

Publicación: La compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos: una modalidad de trata.

Moreno, Gustavo Daniel

Jue 28/07/2022 6:35

 1 archivos adjuntos (1 MB)

La compraventa de niñas y de niños de corta con fines adoptivos. Una modalidad de trata.pdf;

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tengo el honor de dirigirme a la Corte, a fin de enviar mi artículo académico "**La compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos: una modalidad de trata**", que recientemente he publicado en la revista jurídica Temas de Derechos de Familia, Sucesiones y Bioética, de la editorial ERREIUS (Buenos Aires, Argentina, julio 2022, año VI, págs. 467/484), donde se desarrolla la temática en el marco del incumplimiento de la República Argentina a sus obligaciones convencionales, y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e Hija vs. Argentina" (27 de abril de 2012 caso 12.584). En el entendimiento que puede ser de interés para esa Corte en la supervisión de cumplimiento de la sentencia (punto resolutivo cuarto), remito dicho artículo como un aporte, saludando a las autoridades de la Corte con distinguida consideración, y quedando a su disposición.

Gustavo Daniel MORENO

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Buenos Aires). Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Secretario General de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (AJUNAF). Miembro de la Junta Directiva del Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana (COPAJU).

The attachment named could not be scanned for viruses because it is a password protected file.

TEMAS DE
**DERECHO DE FAMILIA
SUCESIONES Y BIOÉTICA**

DIRECCIÓN: JORGE C. BERBERE DELGADO

• DOCTRINA • JURISPRUDENCIA • LEGISLACIÓN •



- LENGUAJE CLARO Y PROCESO DE FAMILIA
- COMPRAVENTA DE NIÑOS
- CESIÓN DE CUOTAS GANANCIALES
- LICITACIÓN SUCESORIA
- ALIMENTOS PROVISORIOS EN FAVOR DE LOS HIJOS MENORES
- ALTAS CAPACIDADES

JULIO 2022

DIRECTOR ACADÉMICO:
JORGE C. BERBERE DELGADO

COLECCIÓN COMPENDIO JURÍDICO

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR ACADÉMICO:
CARLOS F. BALBÍN

TEMAS DE DERECHO CIVIL, PERSONA Y PATRIMONIO

DIRECTORAS ACADÉMICAS:
LILY R. FLAHERTY Y SILVIA Y. TANZI

TEMAS DE DERECHO COMERCIAL, EMPRESARIAL Y DEL CONSUMIDOR

DIRECTOR ACADÉMICO:
MARCELO L. PERCIAVALLE

TEMAS DE DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTORES ACADÉMICOS:
CARLOS A. TOSELLI Y
PATRICIO J. TORTI CERQUETTI

TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

DIRECTORES ACADÉMICOS:
MARIANO H. BORINSKY Y
DANIEL SCHURJIN ALMENAR

TEMAS DE DERECHO PROCESAL

DIRECTOR ACADÉMICO:
CARLOS E. CAMPS

EDITA Y DISTRIBUYE:

ERREPAR SA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

CENTRO DE ATENCIÓN PERSONAL:

PARANÁ 725 - (1017)

BUENOS AIRES - ARGENTINA

TEL.: 4370-2018

E-MAIL: clientes@errepar.com

"ERREPAR ON LINE"

www.errepar.com

TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

JULIO 2022 - AÑO VI

CONSEJO ACADÉMICO

Noemí E. Apezechea - Úrsula Basset - Marcos Córdoba -
Mabel A. de Los Santos - Noemí E. Goldsztern de Rempel -
Ignacio González Magaña - Graciela C. Ignacio -
Jorge L. Kielmanovich - Marcelo López Mesa - Nora B. Lloveras -
Graciela Medina - Juan P. Olmo - Osvaldo F. Pitrau -
Gabriel G. Rolleri - Eduardo G. Roveda - Eduardo Sambrizzi -
Mariel Schneider - Eduardo Sirkin - Néstor E. Solari -
Carina Vázquez - María S. Villaverde - Adriana Wagmaister -
Zulema Wilde

Temas de derecho de familia, sucesiones y bioética / compilación de Ricardo Antonio Parada ; José Daniel Errecaborde. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Erreius, 2022.
1200 p. ; 26 x 19 cm.

ISBN 978-987-793-247-8

1. Derecho de Familia . I. Parada, Ricardo Antonio, comp. II. Errecaborde, José Daniel, comp.
CDD 346.015

Dirección Nacional del Derecho de Autor. Hecho el depósito que marca la ley 11723.

ISBN 978-987-793-247-8

Sistema patentado, modelos y marcas registrados. Prohibida la reproducción total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, sin autorización escrita del editor. Los datos, conceptos y opiniones vertidos por autores y consultores no son necesariamente compartidos por la Editorial ni comprometen a los entes u organismos en los que éstos se desempeñen.

La renovación de las Obras no se entiende realizada en forma automática. La Editorial se reserva el derecho de modificar en todo o en parte la estructura y el contenido del sistema con el objeto de profundizar la eficiencia del mismo. ERREPAR no se responsabiliza por aquellos elementos que (aun haciendo a la eficacia del sistema) no quedan bajo su gestión directa.

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Digital Ferreti SAS, Buenos Aires, República Argentina en julio de 2022

LA COMPRAVENTA DE NIÑAS Y DE NIÑOS DE CORTA EDAD CON FINES ADOPTIVOS: UNA MODALIDAD DE TRATA

Gustavo D. Moreno⁽¹⁾

I - ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS

El artículo 1123 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo.) señala que: “*Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero*”. A su vez, del artículo 15 se desprende que las cosas son bienes materiales susceptibles de valor económico, mientras que el artículo 17 dispone que los derechos sobre el cuerpo humano no tienen valor comercial; y el artículo 51 establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

A la luz de dicha normativa, sé que quizá genere algún malestar la utilización del término *compraventa de niñas y de niños* -y pido disculpas al lector desprevenido- por la analogía figurativa con un contrato prohibido por su objeto; pero lo cierto es que, en la realidad, esta modalidad de Trata que *vulnera esencialmente el derecho a la identidad*,

(1) Abogado (UBA) - Especialista en Derecho de Familia (UBA) - Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo (CABA) - Secretario General de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (AJUNAF) - Miembro de la Junta Directiva del Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana (COPAJU) - El presente trabajo se encuentra basado en la ponencia del autor en la “Cumbre de Magistradas y Magistrados sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana - En tiempos de pandemia y pospandemia”, celebrada en Puerto Iguazú, Provincia de Misiones, los días 3 y 4/3/2022, en el quinto panel: “Trata de personas, Niñez, Adolescencia y Género”

importa la *cosificación* de las/os niñas/os involucradas/os, quienes son parte de una verdadera *mercantilización* en la cual tienen un valor económico (precio), como si fueran una *propiedad* cuyo *título legal* devendrá con la adopción que se persigue.

También utilizaré el término *compraventa*, a diferencia de *venta* -que es más usado en la temática especializada [por ejemplo, en el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de los Niños en la Pornografía, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)]-, a fin de remarcar que hay que concentrarse más en la persecución de la conducta de *las personas que compran* y en las que son *intermediarias*, en tanto quienes *venden* son muchas veces madres en condiciones de extrema vulnerabilidad, y que, si bien su conducta no puede justificarse, debe ser encuadrada necesariamente en el contexto social de la pobreza.

No es menor la aclaración que debe realizarse con relación a los términos *adopción fraudulenta*, *adopción irregular* o *adopción ilegal*, que utilizan documentos internacionales y nacionales, como trabajos doctrinarios. Si es fraudulenta, irregular o ilegal, por la propia conducta delictiva o al menos ilícita, no es una adopción sino una *apropiación*, aun cuando se hubiera dictado una sentencia de adopción con posterioridad a la compraventa.

II - LA COMPRAVENTA DE NIÑAS Y DE NIÑOS COMO MODALIDAD DE TRATA

De acuerdo con el Informe Mundial sobre la Trata de Personas (2020) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en los últimos quince años, entre las víctimas detectadas, más del 30% son personas menores de edad. El porcentaje de niños mayormente utilizados para trabajos o servicios forzados pasó del 3% al 15%; en el caso de las niñas, tratadas con fines de explotación sexual, pasó del 10% al 19%, lo que se debe, entre otros temas, a la tolerancia social en ciertos entornos. Más allá de las modalidades de Trata con fines de explotación, se informó con relación a otros propósitos de la Trata, la existencia de fines delictivos relativos a la venta de bebés y adopción ilegal.⁽²⁾

Entiendo que la Trata de niñas, niños y adolescentes no ha sido abordada todavía con la especificidad que merece, y cuando se lo ha hecho, se han desarrollado las modalidades principales, tales como la *explotación sexual infantil* (que incluye la prostitución, la pornografía, y el turismo sexual), y el *trabajo infantil*, con las amplias variantes que implica esta última modalidad de Trata en virtud de la propia dinámica de las distintas formas de trabajo. Otras modalidades de la Trata de niñas y de niños no han merecido un abordaje gubernamental específico y profundo -a través de tareas de investigación, prevención, asistencia, y persecución-, tal como sucede con la *compraventa*, y en especial cuando se trata de niñas y de niños de *corta edad con fines adoptivos*.

La dificultad para encuadrar a la compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos, como una modalidad de la Trata, radica en que la legislación relativa a la Trata de personas identifica distintas conductas que tienen *fines de explotación* (ver art. 2, L. 26364 modificado por art. 1, L. 26842).

(2) Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2020 - UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito); ver fig. 9 y nota al pie 14 - en pág. 34 - publicado en enero de 2021



El problema de la adopción de niñas y de niños con fines comerciales se encuentra dentro de los mandatos que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas -mediante la R. 1990/1968- le dio a la Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Siguiendo dicho lineamiento, en el Informe presentado por la Relatora Especial del 29/1/1999⁽³⁾, se estableció *la relación de la trata con la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos*.

En el párrafo 57 del mencionado Informe, expresamente se señaló: *“la ‘Trata’ en este contexto ocurre cuando la adopción puede compararse con una venta, por ejemplo, cuando un familiar secuestra a un niño o lo da en adopción sin el consentimiento previo de los padres. En lo que respecta a la autorización de adopción que deben dar los padres, hay que prestar especial atención a la situación de las madres solteras, sobre todo si son pobres, ya que, debido a su situación financiera o a la inadmisibilidad social de las circunstancias en que se encuentran, pueden verse obligadas o presionadas a ceder a sus hijos en adopción”*.

En el Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas - 2009⁽⁴⁾, se estableció que *otros fines de la Trata de personas incluyen, entre otros, la “Venta de niños y niñas y adopciones ilegales: las adopciones fraudulentas son otra modalidad de Trata de personas que no ha sido profundizada, a pesar de que hay países donde la situación es realmente obvia y hasta escandalosa. Bajo el subterfugio de adopciones ‘legales’, pero sobre todo por la amplitud y complaciente permisibilidad de la legislación, se han establecido redes de adopciones internacionales”*.

Más recientemente, en 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso “Ramírez Escobar y otros c/Guatemala”⁽⁵⁾ reconoció que la Trata de personas, prohibida por el artículo 6.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *incluye la trata de niñas y de niños con fines de adopción*.

Para ello, recordó que en la sentencia del Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c/Brasil”⁽⁶⁾, la Corte ya había sostenido que el concepto de Trata ha trascendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las personas traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento.

En este sentido, agregó que el delito de Trata de personas se puede cometer *“con cualquier fin de explotación”*, por lo cual el elemento de finalidad no está limitado a un fin específico de explotación, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, sino que podría también comprender otras formas de explotación. Esta interpretación es acorde con el principio pro-persona, y el efecto útil de la prohibición de la Trata de personas que -ante la gravedad del delito- busca la protección más amplia posible contra las múltiples formas de explotación de las personas. Ello también se evidencia, según la propia Corte,

(3) Documento E/CN.4/1999/71 - párr. 57 - 29/1/1999

(4) Guía de Autoaprendizaje - UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - Representación Regional para México, Centroamérica y el Caribe) - impresa en Costa Rica - 2010 - pág. 36

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ramírez Escobar y otros c/Guatemala” - sentencia del 9/3/2018 - párrs. 309 a 317

(6) Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c/Brasil” - sentencia de 20/10/2016 - párr. 288

en la definición de Trata de personas contenida en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños (Protocolo de Palermo), en el cual se indica, de manera explícita, que los fines de explotación incluidos en dicha definición son un *mínimo*, con cita al artículo 3 del mencionado Protocolo y a sus trabajos preparatorios.

Para dar mayor claridad, la Corte Interamericana concluyó que una “...*adopción ilegal por sí misma no constituye el delito de Trata de personas, pero cuando los actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas se cometen con el fin de facilitar o llevar a cabo una adopción ilegal se está ante un supuesto de Trata de personas con fines de adopción. En este supuesto el traficante desarrolla estas conductas con el propósito de explotar a la propia niña o niño por medio de su cosificación para una adopción ilegal. La Corte estima que, para que se configure el delito de Trata de personas en este contexto, no es necesario que la adopción ilegal sirva como medio para una explotación posterior del niño o niña adoptado, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, pues la explotación viene dada por la propia comercialización del niño o niña bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción*”.

De lo expuesto, se desprende con claridad que *la compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos debe ser considerada una forma de explotación en sí misma*, en tanto la explotación está dada por la cosificación y la mercantilización de la niña o del niño con fines adoptivos; de forma tal que no requiere para su configuración como modalidad de Trata de una explotación posterior del niño o de la niña, distinta a la propia adopción (apropiación ilegal) que se persigue.

III - LA OBLIGACIÓN CONVENCIONAL PARA TIPIFICAR EL DELITO DE COMPRAVENTA DE NIÑAS Y NIÑOS

En el fallo mencionado con anterioridad (“Ramírez Escobar y otros c/Guatemala”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “*varios países de la región han incluido el delito de Trata de personas con fines de adopción en su legislación nacional*” (ver párr. 314, última parte, con remisión a la cita 518), consignando a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

La República Argentina no solamente ha dejado de considerar a la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos en la legislación específica de Trata de personas (ver L. 26364 y 26842; y Código Penal de la Nación), sino que ha omitido, deliberadamente, durante años, el cumplimiento de las obligaciones convencionales y del mandato judicial de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a las obligaciones convencionales, cabe destacar que los artículos 34 y 35 de la Convención sobre de los Derechos del Niño [L. 23849 -1990- de raigambre constitucional conforme art. 75, inc. 22), Constitución Nacional] establecen que los Estados deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de todas las formas de explotación y abusos sexuales, adoptando todas las medidas posibles a los fines de evitar que se las/os secuestre, se las/os venda o se trafique con ellas/os.

Dicho instrumento internacional de derechos humanos, en materia de infancia, se complementa con el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de los Niños en la Pornografía (L. 25763 - 2003), que en su artículo 3, inciso 1) apartado a), punto ii) establece la obligación de los Estados Partes



(entre ellos, la República Argentina) de tipificar penalmente la venta de niñas y de niños con fines adoptivos, definiéndola 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*” [art. 2, inc. a)].

IV - LA CONDENA A LA REPÚBLICA ARGENTINA

Con fecha 27/4/2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina, en el caso “Fornerón e hija c/Argentina”.

La Corte declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la protección a la familia y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio del señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija biológica.

En el punto dispositivo cuarto de la sentencia, la Corte Interamericana dispuso como obligación para la República Argentina, que: “*4. 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 y lo establecido en los párrafos 176 y 177 de la presente sentencia*”.

En la sentencia que condenó a la República Argentina, la Corte describió con claridad circunstancias fácticas que tenían relación con la probable compraventa de la niña, y con la posibilidad de que hubiera personas organizadas para facilitar dicha compraventa. En tal sentido, sostuvo que “*existían diversos e importantes indicios*”, señalados incluso por las autoridades judiciales argentinas, que “*avalaban la posibilidad de que la niña M -nacida el 16/6/2000- hubiera sido entregada por su madre a cambio de dinero, y que la ausencia de una investigación penal tuvo un rol fundamental en la falta de determinación de lo ocurrido con la niña*” (párr. 129).

Agregó que el fiscal y el juez a cargo de la investigación penal establecieron la existencia de tales indicios. El fiscal indicó que *habría existido presuntamente una maniobra de compraventa de la bebé*, y describió los hechos a ser investigados señalando que detrás de la madre de la niña “*se mueven otras personas con mayores influencias, con mayor poderío económico, personas que tal vez estén organizadas para captar embarazadas jóvenes, solteras y humildes y contactarlas con matrimonios de solvencia material que pagan para hacerse de los hijos de estas mujeres*” (párr. 132).

Y a pesar de ello, la investigación penal fue archivada en dos oportunidades sin determinar si efectivamente ocurrió una compraventa, dado que, a criterio del juez de Instrucción y la Cámara en lo Criminal intervinientes, los hechos relativos a la alegada compraventa de la niña “*no encuadraban en ninguna figura penal*” (párr. 134).

La Corte señaló, además, que el encuadre de tal conducta, a través de otros tipos penales legislados en la República Argentina, no satisfacían lo establecido por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño con relación a adoptar todas las medidas necesarias para impedir la compraventa de niñas y de niños cualquiera sea su forma o fin. Destacó al respecto, que la obligación de adoptar todas las medidas para impedir ello incluye su prohibición penal, lo que está vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990; y a lo

que se suma, que la obligación de prohibir penalmente toda compraventa de niños y de niñas ha sido reafirmada por el Estado Argentino al ratificar, el 25/9/2003, 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 (párrs. 141 y 142).

En definitiva, la Corte Interamericana no hizo otra cosa que imponer, a través de la sentencia, el cumplimiento de una obligación convencional que el Estado Argentino asumió expresamente en 2003 al ratificar el Protocolo Facultativo, y que incumple hace diecinueve años.

V - DIEZ AÑOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA CONDENA IMPUESTA A LA REPÚBLICA ARGENTINA

En la actualidad, la Corte Interamericana mantiene abierto el *procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia* con relación a la medida de reparación incumplida (tipificar el delito de la compraventa de niñas y de niños), en virtud del incumplimiento de la condena impuesta al Estado Argentino.

En el marco de la supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte dictó la *resolución del 28/11/2018*, donde constató que el Estado Argentino había informado sobre proyectos de ley que se encontraban en trámite legislativo, con el fin de reformar el artículo 139 bis del Código Penal de la Nación.

Sin embargo, el Tribunal advirtió con preocupación que, a esa fecha, habían transcurrido más de seis años desde la notificación de la sentencia y no existía avance alguno en el trámite legislativo para la aprobación de una tipificación del delito de la compraventa de niñas y de niños en Argentina. Si bien la Corte valoró los esfuerzos del Estado por presentar proyectos de ley, recordó que “*la obligación contenida en la medida de reparación no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley*” correspondiente, sino que debe *asegurar su pronta sanción y entrada en vigor*, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno (párr. 51); para luego, instar al Estado Argentino a que “*el trámite legislativo no culmine con la aprobación y vigencia de normativa que no se adecue a dichos estándares internacionales y/o que no cumpla a cabalidad con lo ordenado por la Corte*”, ya que “*una vez aprobada legalmente la tipificación del delito de compraventa de niñas y de niños, la Corte evaluará si la misma se adecua a los estándares*” (párr. 53).

Posteriormente, en la *resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 7/10/2019*, la Corte Interamericana reiteró el incumplimiento, y requirió más información al Estado Argentino (párr. 23).

Entre las últimas informaciones relativas a la demora en el cumplimiento del Estado Argentino, encontramos que el Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas para la Protección y Asistencia a las Víctimas, a cargo del Director de Apoyo Gustavo Vera, anunció con fecha 5/10/2020 -entre las cien medidas contra la Trata- la articulación con el Poder Legislativo Nacional y la presentación del proyecto de ley identificado con el N° 3993-D-2020 que corresponde a la autoría del



diputado Ramiro Gutiérrez y de la diputada Paula Andrea Penacca⁽⁷⁾, el cual habría perdido estado parlamentario a la fecha.

Por otro lado, el ministro de Justicia y Derechos Humanos Martín Soria anunció -en agosto de 2021- la elaboración de un Anteproyecto de ley desde el Poder Ejecutivo Nacional como resultante de lo acordado en una Mesa de Trabajo⁽⁸⁾; lo cual también fue informado por el Estado Argentino a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Nota NO-2021-71003317-APN-DNAJIMDDHH#MJ del 5/8/2021).

La Mesa de Trabajo contó con la participación de representantes del señor Leonardo Fornerón; la vicepresidenta y la relatora sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la presidenta de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación; el presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación; el secretario nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; el titular de la Unidad Especializada para Casos de Apropiación de Niños durante el Terrorismo de Estado del Ministerio Público Fiscal de la Nación; la Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Nación; y representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI); la Defensoría General de la Nación; la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo; y UNICEF Argentina, así como otros/as expertos y expertas en la materia.

Con fecha 20/1/2022 la representación letrada del señor Fornerón, al momento de expedirse ante la Corte Interamericana con relación a la presentación del Estado Argentino, confirmó lo actuado en la Mesa de Trabajo.

Recientemente (abril 2022), en el sitio web del gobierno nacional se anunció que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, junto a otros integrantes de la Mesa de Trabajo, hicieron entrega al presidente Alberto Fernández del Anteproyecto de ley que busca incluir en el Código Penal la tipificación de la compraventa de niñas y de niños. Dicho Anteproyecto prevé, según el anuncio, incorporar tres figuras penales que sancionan la compraventa e incorpora la adopción irregular al Código Penal. La iniciativa alcanzaría a todos los actores que participan de la secuencia del delito, incluidos los promotores, facilitadores e intermediarios.⁽⁹⁾

A la fecha de cierre de la redacción de este trabajo⁽¹⁰⁾, el Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional aún no ha ingresado al Congreso de la Nación.

(7) “Las 100 acciones contra la Trata comienzan a ser ejecutadas” - nota del 5/10/2020, en argentina.gob.ar -consultada 31/5/2022

(8) “Caso “Fornerón”: El ministro Soria encabezó una reunión para impulsar la tipificación de la compraventa de niños y niñas” - nota del 11/8/2021 - en argentina.gob.ar - consultada 31/5/2022

(9) “Junto al presidente Alberto Fernández, el ministro de Justicia, la CIDH y organismos especializados presentaron el Anteproyecto de ley que incorpora al Código Penal los delitos de compraventa de menores y la adopción ilegal” - nota del 28/4/2022 - en argentina.gob.ar - consultada 31/5/2022

(10) 31/5/2022

VI - UNA LEY QUE TIPIFIQUE LA COMPRAVENTA COMO DELITO NO ES UNA SOLUCIÓN POR SÍ SOLA

Como ya señalé, la obligación convencional de Argentina -de adoptar medidas contra esta modalidad-, está vigente desde que nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), y específicamente en cuanto a la tipificación del delito, lo está desde el año 2003 cuando ratificó el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Por otra parte, Argentina se encuentra condenada desde el año 2012, sin haber cumplido con la medida de reparación que le impuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, el Estado Nacional se ha limitado solamente a impulsar reiteradamente proyectos de ley, como lo hace en la actualidad, sin que procure -a través de los canales legislativos pertinentes- la *pronta sanción y su entrada en vigor*, tal como lo ha manifestado la propia Corte Interamericana en la resolución del 28/11/2018 (ver párr. 51).

Adviértase en cuanto a la actual demora, que a la misma se sumará el tiempo que demande el tratamiento legislativo. El Proyecto de ley para la tipificación penal de la compraventa de niñas y de niños -que estaría impulsando el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional-, requerirá del *debate acerca del alcance del tipo penal* que sancionará a la compraventa de niñas y de niños, no solamente con finalidad adoptiva, pero que obligatoriamente debe incluirla.

A tal efecto, la compraventa de niñas y de niños ha sido definida 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*” [art. 2, inc. a) del Protocolo Facultativo], a lo que la sentencia en el Caso “Fornerón” agregó “*a cambio de ... cualquier otra compensación, cualquiera sea su forma o fin*”; resultando necesario que se legisle específicamente con relación a la finalidad adoptiva en virtud del artículo 3, inciso 1), apartado a), punto ii) del Protocolo Facultativo, como también surge de la propia sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, resultará decisiva la ubicación sistemática del tipo en el Código Penal; el establecimiento imprescindible de la competencia federal; la escala penal; las penas accesorias para funcionarias/os públicas/os y otras/os profesionales intermediarias/os; los eximentes de responsabilidad (debate con relación a la conducta de la madre); y la imprescriptibilidad; cuestiones -entre otras- que necesariamente deben merecer un debate adecuado en un plazo razonable.

Con relación a los fines adoptivos que debe contemplar el tipo penal, será importante tener en cuenta la *complejidad de la conducta a tipificar*, que requiere considerar que -en casi todos los casos- la cosificación se efectúa respecto de niñas y de niños de corta de edad, que representan la *franja etaria demandada como consecuencia de la alta disponibilidad adoptiva* (la adopción es la finalidad de la conducta delictiva). Y en el delito participan varias personas como autores: además de quienes compran (pretensos padres), se ven involucradas personas que son intermediarias y tienen participación directa (muchas de ellas profesionales: abogadas/os, parteras/os, enfermeras/os, médicas/os, trabajadoras/es sociales, funcionarias/os estatales -aun judiciales- entre otra/os), lo que supone la constitución de una red delictiva destinada específicamente a la concreción de la compraventa; y todo ello en un contexto de pobreza al que pertenece generalmente la madre que vende.

A lo expuesto, cabe recordar que, una vez aprobada legalmente la tipificación del delito de compraventa de niñas y de niños, “*la Corte evaluará si la misma se adecua a los*



estándares” (párr. 53, última parte, de la R. del 28/11/2018), por lo que “*no solamente se trata de sancionar un tipo penal, sino una tipificación que se corresponda con la manda de la Corte Interamericana*”.

Y, así y todo, la mera sanción de una ley que tipifique el delito de compraventa no solucionará, por sí sola, esta modalidad de Trata que reviste alta complejidad. Será un primer paso, pero insuficiente, si no se adoptan medidas positivas de carácter judicial en torno a la investigación y persecución del futuro tipo penal; de carácter administrativo -tanto en la esfera nacional como en las esferas provinciales y municipales- con relación al diseño y ejecución de políticas públicas, en especial en materia de derechos sociales; y de carácter legislativo con relación a institutos jurídicos del derecho de familia.

VII - BAJO NIVEL DE INFORMACIÓN COLECTADA Y DE TRATAMIENTO DE LA TEMÁTICA POR PARTE DEL ESTADO

Es un hecho objetivo el incumplimiento de la República Argentina: diecinueve años desde la obligación convencional para la tipificación del delito penal de la compraventa de niñas y de niños; y diez años desde la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este incumplimiento del Estado Nacional con relación a la tipificación del delito de compraventa de niñas y de niños es preocupante, vergonzante, y sospechoso. Preocupa por la responsabilidad internacional del Estado Nacional violando el plazo razonable para la ejecución de una sentencia de la Corte Interamericana, respecto de la situación vergonzante, visibilizada a través del Caso “Fornerón”: existe en nuestro país -desde hace muchos años- una *mercantilización* de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos, lo que implica que hay niñas y niños que *tienen precio* dentro de una *oferta y demanda con finalidad adoptiva*, en el marco de omisiones estatales que benefician a las redes delictivas. Esta falta de interés estatal, al menos, es también sospechosa.

La República Argentina no tuvo, ni tiene, una investigación específica y estadísticas que se relacionen con la Trata de niñas y de niños de corta edad, a raíz de la compraventa con fines adoptivos.

Durante el año 2006 se constituyó la Subcomisión Interinstitucional contra la Venta y Tráfico de Bebés en el ámbito de la SENNAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia) -de la cual el autor tuvo el honor de participar-, y cuyo objetivo general estaba destinado a profundizar los conocimientos existentes acerca de la venta y Trata de bebés pequeños, de cero a cinco años, y obtener información calificada que permitiera una aproximación descriptiva y real de la cuestión. La tarea de la Subcomisión culminó en la Primera Jornada Nacional frente a la Venta y Trata de Bebés y Niños Pequeños, llevada a cabo el 22/6/2006, que estableció conclusiones con objetivos y propuestas que no fueron concretadas luego por las autoridades nacionales, provinciales, y municipales.

De las *estadísticas publicadas* (período 2008/2019) en el sitio web del Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas para la Protección y Asistencia a las Víctimas (creado en 2012 a partir de la L. 26842) solamente surge que de las 14.505 víctimas registradas, corresponde el 8% a niñas, niños y adolescentes (1.162 NNyA). En el año 2018 se asistieron o rescataron a 49 niñas, niños y adolescentes que representan el 3%.

No se advierte que la compraventa de niñas y de niños hubiera sido incluida como modalidad de Trata en las estadísticas, y menos aún, lo referente a niñas y a niños de corta edad con fines adoptivos; ni en las publicaciones del Comité relativas a la “Definiciones, Normativa y Etapas” (módulo 1 - 2019) y a las “Principales Modalidades y Características” (módulo 2 -2019), como tampoco en el Plan Nacional para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas (período 2018/2020)⁽¹¹⁾, a cargo del Comité Ejecutivo [art. 22, inc. l), L. 26364 modificada por L. 26842] y que aprueba el Consejo Federal cada dos años [art. 20, inc. k), L. 26364].

Si aparece en el Plan Nacional (período 2020/2022)⁽¹²⁾, y solamente como acción del Comité Ejecutivo, la consideración de “*las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que Argentina avance en la penalización de la compraventa de personas menores de edad*”, lo que tuvo como resultado la presentación del Proyecto de ley identificado con el N° 3993-D-2020 para tipificar el delito de compraventa de niñas y de niños, aun cuando dicho proyecto habría perdido estado parlamentario.

A su vez, del Informe Anual 2020 de la Línea 145, en la cual recibe denuncias la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), surge que, de las 1.346 denuncias, 5 de ellas se relacionan con “*Venta de bebés/niños*”⁽¹³⁾, sin detallar la finalidad. En 2021, sobre un total de 1.671 denuncias, 14 habrían sido registradas como venta de bebés o niños.

Es cierto que se evidencia que “*el nivel de denuncias formales es bajo, pero ello no significa que esta modalidad de Trata no exista*”. Las autoridades no deben esperar a que existan denuncias con indicios concretos, en tanto, quienes han participado de esta modalidad de Trata, son reticentes a denunciar o a dar datos sobre los actos ilegales, por temor a las eventuales consecuencias jurídicas, aun en el caso de las madres que -en condiciones de vulnerabilidad social- han sido inducidas indebidamente a entregar a su hija/o a cambio de una compensación.

A mi entender, se advierte con claridad palmaria que, a nivel nacional, lo actuado aparece como insuficiente, existiendo un bajo nivel de información colectada, y de tratamiento de la temática específica, por parte de las autoridades estatales. Advuértase que esta modalidad de Trata, a nivel nacional, no ha sido objeto de investigación académica, ni de tratamiento por los organismos administrativos competentes a lo largo del tiempo, existiendo un déficit del sistema de protección integral en cuanto al instituto jurídico de la adopción; y en materia judicial -al no existir un tipo penal específico que sancione a la compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos- la actividad jurisdiccional e investigativa se diluye en conductas tipificadas en delitos más leves, que, además, son de competencia de la justicia ordinaria provincial, permeable a las tensiones políticas o a otros intereses.

A nivel internacional también sucede algo parecido -como se señala en el Informe de la Relatora Especial del 22/12/2016-, en tanto no se dispone de datos fiables

(11) Los documentos descriptos fueron consultados en el sitio web del Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas para la Protección y Asistencia a las Víctimas - en argentina. gov.ar - con fecha 24/5/2022

(12) Plan Nacional para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas (período 2020-2022) - ver eje “Fortalecimiento y Articulación Institucional” - Acción N° 16

(13) Informe Anual 2020 de la Línea 145 - PROTEX (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas) - ver cuadro “Tipo de Denuncias” - publicado en julio de 2021 - pág. 11

sobre el número de niñas y de niños que han sido o están siendo adoptadas/os como consecuencia de la venta, la Trata u otros actos ilegales y prácticas ilícitas. En primer lugar, es difícil establecer cifras fiables debido a la naturaleza ilícita y clandestina de esas actividades. En segundo lugar, las adopciones ilegales pueden parecer legales, dado de que muchos/as de las/os niñas/os afectadas/os reciben, en algún momento del proceso, documentos de adopción oficiales.⁽¹⁴⁾

VIII - UNA CUESTIÓN DE OFERTA Y DEMANDA, EN EL MARCO DE OMISIONES ESTATALES

El bajo nivel de tratamiento, por parte del Estado Nacional, de la compraventa de niñas y de niñas de corta edad con fines adoptivos, y los obstáculos para obtener denuncias formales al respecto, no obsta a la posibilidad de visibilizar la existencia de la modalidad de Trata.

En el Informe de la Relatora Especial, del 22/12/2016, se sostuvo que los *“...factores de oferta y demanda que afectan las adopciones ilegales y la venta de niños son multidimensionales y guardan relación con los ámbitos político, jurídico, socioeconómico, cultural y ambiental, tanto a nivel nacional como transnacional. Las situaciones de pobreza y estrechez económica, la escasa inscripción de los nacimientos y la discriminación, incluidas la discriminación y la violencia por motivos de género, destacan entre las causas profundas y los factores de riesgo de la adopción ilegal, el abandono y la renuncia a la patria potestad sobre los hijos. Un factor general que favorece las adopciones ilegales es la existencia o la debilidad de los sistemas de protección de la infancia en los planos nacional y local”* (párr. 53).

En cuanto a la *oferta*, es claro que la discriminación por motivos de género y la violencia basada en conceptos morales y religiosos, con el estado civil (soltera) o la condición social (pobre) de la madre, son un factor clave de la compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos. Estas madres vulneradas en sus derechos sociales (en algunos casos ambos padres) son elegidas por parte de las redes delictivas para ser víctimas. A ello se suma el estigma sociocultural, aprovechado por intereses espurios, en cuanto a que *“lo mejor para el/la niño/a es que no quede en la pobreza”* o *“va a estar mejor con una familia con recursos”*. Se invisibiliza así el incumplimiento del Estado Nacional, de los estados provinciales, y de los estados municipales, con relación a la satisfacción de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Las deficiencias previas de las políticas públicas de autoridades provinciales y municipales, especialmente en cuanto se refieren a garantizar estándares mínimos de derechos sociales (programas destinados a la salud reproductiva, a las madres adolescentes, al fortalecimiento de la maternidad, al acceso a la vivienda adecuada, a la alimentación adecuada, a la asignación universal por hijo, etc.), tornan como débiles a los propios sistemas de protección integral de esas Provincias y Municipalidades, dando permisividad o facilitando conductas ilegales que se aprovechan de la vulnerabilidad derivada de la pobreza, y que tienen por finalidad concretar la compraventa de niñas y de niños recién nacida/os, pactando -en casos- con las madres desde que están embarazadas.

(14) Documento A/HRC/34/55, párr. 27 - 22/12/2016. Este Informe contiene un estudio temático sobre la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos, y ofrece recomendaciones de cómo prevenir y combatir esta modalidad de Trata

Con relación a la *demanda*, se advierte que existe una *fuerte presión social* derivada de la discrepancia entre el número de pretendientes adoptantes que desean tener un/a hijo/a (a veces inscriptos en los registros de adoptantes), y el número de niñas y de niños que realmente pueden adoptarse en el sistema formal de la adopción. La diferencia es mayor con relación a las niñas y a los niños de corta edad que son las/os más demandadas/os (alta disponibilidad adoptiva). Esta frustración de la maternidad y de la paternidad conduce en algunos casos a la comisión injustificable de conductas ilegales relacionadas con la compraventa de niñas y de niños de corta edad.

Según los datos estadísticos de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, al 5/5/2022, se constataban 2.583 legajos de pretendientes adoptantes, y la disponibilidad adoptiva era la siguiente: para niñas y niños de hasta un año la disponibilidad representaba el 86,26% (2.228 legajos); de hasta dos años el 87,53% (2.261 legajos); de hasta tres años el 86,80% (2.242 legajos); de hasta cuatro años el 78,55% (2.029 legajos); y de hasta cinco años el 65,62 (1.695 legajos); descendiendo abruptamente la disponibilidad adoptiva a partir de los seis años (43,67%), los siete años (27,84%), los ocho años (19,24%), y los nueve años (9,29%).

Sin dudas, la demanda formal está centrada en las niñas y en los niños de corta edad, franja etaria que tiene una alta disponibilidad adoptiva; y existe además un *mercado paralelo* para quienes desean ser padres sin los obstáculos que plantearía el sistema legal de la adopción (*demanda ilegal*); lo que, a su vez, permite afirmar que hay un número de niñas y de niños que no ingresan al sistema de adopción. Si bien no puede mensurarse el número de niñas y de niños involucradas/os en este mercado paralelo, por su propia ilicitud; lo cierto es que existe y puede visibilizarse, a partir de información aparecida en distintas noticias e investigaciones periodísticas, y en informes de organizaciones no gubernamentales.

En diciembre de 2000 se publicaron notas periodísticas relativas a la destitución de una jueza en la localidad de Oberá (Provincia de Misiones) por no haber respetado en las adopciones resueltas por su Juzgado la nómina del registro de adoptantes de la Provincia. Las noticias periodísticas, basadas en una investigación televisiva, informaban acerca de adopciones irregulares y compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos, en torno a la actuación de la magistrada destituida.⁽¹⁵⁾

En setiembre de 2002, los medios de comunicación se hicieron eco de la denuncia de un diputado con relación a la existencia de una red de tráfico de bebés, que incluía a funcionarios públicos, siendo la base de operaciones el Hospital de Añatuya (Provincia de Santiago del Estero)⁽¹⁶⁾. Desde el año 2001 la Fundación Adoptar ha formulado denuncias de compraventa de recién nacidas/os en Añatuya⁽¹⁷⁾. En diciembre de 2012, con relación a dicha localidad santiagueña, se informó periodísticamente acerca de un matrimonio

(15) Las denuncias fueron publicadas por el diario "El Territorio", de Posadas, y por una serie de notas realizadas por el equipo de periodistas del programa "Telenoche investiga", de Canal 13. Ver al respecto nota del diario "Clarín": "Jury en Misiones: decisión de cinco miembros de un Tribunal - Destituyeron a una jueza por adopciones irregulares de bebés", del 2/12/2000, en clarin.com (consultada 31/5/2022), y nota del diario "La Nación": "Destituyeron a la jueza denunciada por el tráfico de niños", del 2/12/2000, en lanacion.com.ar -consultadas 31/5/2022

(16) "Un hospital vendía bebés, según una explosiva denuncia en Santiago" - 27/9/2002 - nota del diario "Página/12" - pagina12.com.ar - consultada 31/5/2022

(17) Las denuncias de la Fundación Adoptar constan en el sitio web adoptar.org.ar - link "Trata de bebés" - consultadas 31/5/2022



que tenía cautiva en un hotel a una joven madre con la que habrían acordado la entrega de su hijo, pero luego se arrepintió; tras un allanamiento hallaron una importante suma de dinero que habría estado destinada a concretar la operación.⁽¹⁸⁾

En abril de 2009 tomó notoriedad el caso de una joven boliviana en Rosario (Provincia de Santa Fe) que recuperó a su hijo de ocho meses después de haberlo tenido y haber firmado una guarda preadoptiva bajo la presión de una abogada que actuó como intermediaria.⁽¹⁹⁾

En setiembre de 2017 se informó periodísticamente acerca de la destitución de una jueza de familia en la localidad de Pilar (Provincia de Buenos Aires), acusada, entre otras cosas, de intermediación de cesión directa por precio de personas por nacer.⁽²⁰⁾

La actualidad de este tema resulta también de las propias noticias periodísticas. En setiembre de 2021 se denunció un hecho ocurrido en la ciudad de Villa María (Provincia de Córdoba), donde la fiscalía pudo establecer que la madre de una niña, oriunda de la Provincia de Chaco, llegó a Villa María en el mes de junio de 2021 para controlar el embarazo. Sin embargo, la joven de veinte años vivía en la casa de una pareja de cordobeses de cuarenta y ocho y cincuenta años, que, según las sospechas, le habrían pagado para que la madre les entregara la bebé al momento de nacer. La intermediaria habría sido una abogada. El hecho motivó la detención de cinco personas inicialmente.⁽²¹⁾

Recientemente, se publicó una muy buena investigación periodística de María Ayuso⁽²²⁾, relativa a la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos, donde además de abordar seriamente esta modalidad de Trata, se profundiza en las nuevas variantes tecnológicas que aplican las redes delictivas, que además de buscar a las mujeres embarazadas y pobres en sus lugares de residencia, en la actualidad utilizan también las redes sociales tales como Facebook o grupos de WhatsApp, donde se presentan como espacios que buscan contactar a *mamás de panza* con *mamás de corazón* (dos términos que se repiten constantemente), ofreciendo la *posibilidad de adoptar a bebés sin burocracia*. Estos intermediarios dicen en su información de red que son sin fines de lucro, o tienen simplemente un fin solidario, como si se tratase de algo legal. Como se señala en la investigación periodística mencionada, la apropiación por compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos es un *delito camaleónico* que se ha ido *reinventando* a lo largo del tiempo.

(18) “Secuestran US\$ 90 mil e imputan a una pareja que buscaba un bebé en Añatuya” - del 29/12/2012 - nota del diario “El Liberal”, de Santiago del Estero - en elliberal.com.ar - consultada 31/5/2022

(19) “Entre el deseo y la apropiación” - del 17/4/2009 - nota del diario “Página/12” - pagina12.com.ar - consultada 31/5/2022. En la nota se relata la problemática de quienes siendo mayores de edad buscan datos sobre su identidad biológica, como también se brindan datos acerca de la compraventa de niñas y de niños en las Provincias del Norte argentino, con fines adoptivos

(20) “Destituyeron a una jueza de Pilar acusada de vender bebés” - 20/9/2017 - nota de “Infobae” - infobae.com - consultada 31/5/2022

(21) “Villa María: detuvieron a 5 personas por intentar vender a una beba e investigan una red de tráfico de chicos” - 23/9/2021 - nota de “Infobae” - infobae.com - consultada 31/5/2022

(22) Ayuso, María: “Se busca mamá de panza: como es la nueva modalidad del delito de apropiación de bebés en Argentina” - investigación periodística publicada el 3/4/2022 - diario “La Nación” (sección Comunidad) - lanacion.com.ar - consultada 31/5/2022

A esta altura, se puede concluir que la existencia de la compraventa de niñas y de niños ha sido visibilizada, en mayor medida, en notas e investigaciones periodísticas, o en informes de organismos no gubernamentales, sin que se hubiera reflejado de la misma manera en estadísticas o investigaciones estatales de las autoridades competentes, como ya se ha expuesto anteriormente.

Las estrategias de esta modalidad de Trata han sido y son variadas. Entre otras, surgen algunas: a) el parto domiciliario con un certificado médico de un/a profesional que dice haber atendido al parto de la mujer compradora; b) el parto de madre biológica indocumentada que finge la identidad de la madre compradora; c) el parto de niña o de niño sin filiación paterna que es reconocida/o posteriormente por el padre comprador, para luego generar una adopción de integración por la mujer compradora, ante la desaparición, o aun conformidad, de la madre biológica.

Además, esta modalidad de Trata, que vulnera esencialmente el derecho a la identidad, es *de vieja data*, como resulta de la existencia de personas adultas, quienes luego de enterarse de que han sido *objeto de apropiación* en su niñez, buscan su identidad biológica dando un testimonio periodístico⁽²³⁾, nucleándose en asociaciones civiles, y/o recurriendo a registros oficiales que puedan contener información o colaborar en la búsqueda.

Al respecto, es clarificador el pensamiento de Eva Giberti: *“Sucedio de ese modo y de otros semejantes hace cuarenta, cincuenta años y antes de ayer. Durante años he recibido en mi consultorio a estos hijos a quienes sus padres de crianza les negaron la descripción de sus orígenes dentro de esa familia porque implicaba reconocer el delito. No se ignoraba que ese comportamiento estaba al margen de la ley, pero ‘el deseo de hijo’ era más fuerte. La confusión de dicho deseo con el narcisismo llevado al límite de la exasperación es lo que regula este comercio, que por cierto precisa mujeres que necesiten desprenderse de su cría. Ellas son las que atraviesan por el dolor de la entrega regulada por los intermediarios que se contactan con quienes no titubean en elegir cualquier camino con tal de incluir una criatura en su vida”*.⁽²⁴⁾

IX - CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Comprar una niña o un niño, por parte de quienes desean a toda costa *tener un hijo* para la satisfacción de su narcisismo, como venderla/o en situación de alta vulnerabilidad social, donde la pobreza y la subjetividad de un entorno familiar no continente puede funcionar -para una mujer pobre y en general joven- como un elemento coercitivo, son ambas conductas de mucha gravedad; que deben ser tipificadas penalmente, incluyendo necesariamente a la red delictiva de intermediarias/os (abogadas/os, parteras/os, enfermeras/os, médicas/os, trabajadoras/es sociales, funcionarias/os estatales -aun judiciales- entre otra/os) que se aprovechan y lucran con esta situación

(23) “La dura historia de vida de la señorita Bimbo: soy apropiada”, del 23/4/2022 - nota de “Infobae” - infobae.com (consultada 31/5/2022). La nota refiere a las declaraciones efectuadas en un programa televisivo por parte de una actriz y conductora de radio, respecto de la apropiación que sufrió siendo niña (Río Hondo, Santiago del Estero) por parte de quienes la criaron: una famosa cantante de tango, y un prestigioso locutor de radio

(24) Giberti, Eva: “Asalto a la identidad” - publicado el 25/6/2014 - diario “Página/12” (contratapa) - pagina12.com.ar -consultado 31/5/2022



(beneficio económico), mediante la captación de la mujer embarazada induciendo su consentimiento, su eventual traslado y el cuidado de su embarazo, y la acogida de ella y del/a niño o niña recién nacida/o, el/la cual es entregado/a a las/os compradores y trasladado/a generalmente fuera de su centro de vida hacia el lugar de residencia de las/os apropiadoras/es (centros urbanos), para el inicio de las acciones legales pertinentes que culminen en una adopción.

El perjuicio para el interés superior de la niña o del niño es muy grave, por la vulneración a la garantía de vivir en su familia de origen (art. 7, CDN), y a su derecho a la identidad (art. 8 de la misma Convención). La apropiación que se efectúa por la compraventa de niñas y niños de corta edad con fines adoptivos implica la construcción de una maternidad y/o una paternidad sellada por el engaño, el silencio, el invento del origen, y la trampa al contarle a un/a hijo/a cómo fue su infancia, debiendo omitir (o mentir) respecto de sus primeros días de vida, y los días que habría recorrido la madre de manera previa al nacimiento. Existe una conexión con esos momentos, a través del engaño y del ocultamiento, es decir lo contrario que se espera de un vínculo parental genuino y adecuado, que brinde cuidado y protección.

En el ámbito psicológico, las consultas que se proponen en la adultez se cruzan, según Eva Giberti: *“...los que fueron inscriptos como adoptivos habiendo sido apropiados durante su infancia y aquellos padres que recientemente han cometido la ilegalidad y solicitan orientación para saber cómo informar a sus hijos acerca de su ‘adopción’, ya que no saben ‘hasta dónde contar’: dudan entre dar detalles o solo confiar en el relato de la adopción, si explicar que le dieron ‘un dinero a la señora’, cuando en realidad no fue a ella a quien entregaron el precio solicitado por la entrega, o bien si no decir nada porque ‘no tiene nada de malo pagar por el trámite de encontrar un bebé como queríamos’. El trabajo con ellos cuenta con la capacidad de los niños que creen en aquello que los adultos narran como ‘lo verdadero’, de manera que explicarles que se comprometió dinero en el contacto con él o ella, aparece inicialmente como normal y esperable. Se naturaliza aquello que la familia cuenta, pero encontramos que prefieren no aclarar porque es probable que el hijo lo repita en algún momento. Entonces el relato de aquello que una adopción pretende se queda atravesado por la circunstancia del canje niño/dinero”*.⁽²⁵⁾

En el aspecto jurídico, nos encontramos que el *vacío legal* que representa la falta de sanción de una ley que tipifique el delito de compraventa de niñas y de niños, por incumplimiento de la obligación convencional desde hace diecinueve años y de la condena al Estado Argentino desde hace diez años, coadyuva a la *existencia actual del delito*. Cuando las apropiaciones son de carácter sistemático y de vieja data, la responsabilidad incumbe al Estado por omisión, casi se lo podría llamar una complicidad pasiva. Por ende, *resulta imprescindible y urgente que el Congreso de la Nación legisle en materia de compraventa de niñas y de niños, debiendo alcanzar el tipo penal -de competencia federal- a la finalidad adoptiva*, entre otras formas y fines de las compraventas.

Asimismo, resulta necesario *incorporar legislativamente a la compraventa de niñas y de niños, como una modalidad de trata, modificando la ley 26364* (ya modificada por la L. 26842), de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia de sus Víctimas. Ello facilitará la intervención de los organismos administrativos competentes: el Consejo Federal y el Comité Ejecutivo, ambos para la Lucha contra la Trata y Explotación de

(25) Giberti, Eva: “Asalto a la identidad” - publicado el 25/6/2014 - diario “Página/12” (contratapa) - pagina12.com.ar -consultado 31/5/2022

Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas; y del Ministerio Público Fiscal: la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX).

Tal como ya sostuve, la compraventa de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos, vulnera el interés superior de niñas y de niños, como también destruye los principios básicos del sistema adoptivo, en tanto *el propósito de una adopción es encontrar una familia para niñas/os en situación de adoptabilidad, y no al revés, encontrar un/a niño/ para adultos que desean tener a toda costa un/a hijo/a.*

Asimismo, entiendo que corresponde *evitar modificaciones legislativas de la normativa en materia de Derecho de Familia, para asegurar que no se cree un entorno “legal” para la convalidación de las compraventas de niñas y de niños con fines adoptivos.*

La utilización de interpretaciones académicas, basadas en el interés superior, puede representar un riesgo en ese sentido. Ya antes de la vigencia del actual artículo 611 del CCyCo. -que *prohíbe las entregas directas*- existían posturas doctrinarias que concluían que la *“elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos de su hijo debe ser tomada en cuenta desde el punto de vista del derecho del niño a vivir en una familia a la luz de su interés superior”*⁽²⁶⁾. Una vez vigente el artículo 611 del CCyCo., y en base al *principio de la socioafectividad*, se sostuvo que *“la prohibición del artículo 611 del CCyCo. no puede involucrar situaciones de afecto genuinas, so pena de incurrirse en una mirada binaria y simplista como la que se deriva de entender que toda guarda de hecho esconde una situación de apropiación y/o ilicitud”*.⁽²⁷⁾

Más allá de lo bien intencionadas de este tipo de posturas, y la solidez en cuanto a su fundamentación sobre *casos excepcionales*, cuya eventual resolución puede poner en duda el texto prohibitivo del artículo 611 del CCyCo., no corresponde cuestionar y modificar el eje central de la prohibición, que impone un límite al principio de socioafectividad, salvo que exista una relación de parentesco entre los progenitores y los pretendidos guardadores.

Y crear excepciones al principio general de la norma (art. 611, CCyCo.) podría permitir planteos judiciales que, con el argumento de la socioafectividad y de la identidad dinámica, intenten convalidar entregas directas y guardas de hecho derivadas de la compraventa de niñas y de niños, aprovechando el paso del tiempo, dando lugar a lo que este autor llamó la *prescripción adoptiva*.⁽²⁸⁾

Recuérdese que *la adopción es un instituto jurídico de por sí excepcional*, que procede solamente cuando las necesidades afectivas y materiales no pueden ser proporcionadas por la familia de origen (conf. arg. art. 594, CCyCo.), y que para declarar a un/a niño/a en situación de adoptabilidad tienen que reunirse necesariamente en los supuestos del artículo 607 del CCyCo., sin perjuicio de la adopción de integración establecida en el artículo 630 del mismo Código.

(26) Baliero, María de los Á.; Carranza Casares, Carlos A.; Herrera, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño” - LL 2001-F-1101 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5191/2001

(27) Fernández, Silvia; González de Vicel, Mariela; Herrera, Marisa: “La identidad dinámica/ socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción” - ponencia en la Comisión 6, Familia: “Identidad y Filiación” - de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca (Provincia de Buenos Aires), los días 1; 2 y 3/10/2015

(28) Moreno, Gustavo D.: “La prescripción adoptiva” - Revista de Derecho de Familia 2019-IV (agosto 2019) - Ed. AbeledoPerrot - págs. 1/25



Comparto la preocupación por casos excepcionales, basados posiblemente en el interés superior de la niña o del niño involucrada/o, y que contrastan -para su resolución- con la prohibición establecida en el artículo 611 del CCyCo.; pero considero que la solución debe darse en el ámbito judicial y en cada caso: las circunstancias fácticas que se invoquen deben ser debidamente acreditadas y, en todo caso, la razonable evaluación judicial permitirá decretar la inaplicabilidad, o aun la inconstitucionalidad del artículo 611 del CCyCo. en el caso concreto, en el marco del control difuso de constitucionalidad.

La complejidad de la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos ha quedado demostrada. La tipificación penal será un primer paso, pero insuficiente, si no se adoptan medidas positivas de carácter judicial en torno a la *investigación y persecución del futuro tipo penal de competencia federal* (por ej., creación de unidades especiales que investiguen las denuncias tan pronto como sean formuladas); y de carácter administrativo -tanto en la esfera nacional como en las esferas provinciales y municipales- con relación al *diseño y ejecución de políticas públicas, en especial en materia de derechos sociales*.

Es necesario que las autoridades gubernamentales aborden los *factores de la oferta*: mujeres en situación de vulnerabilidad social que requieren de acceso efectivo a las políticas públicas (programas destinados a la salud reproductiva; a madres adolescentes; a mujeres embarazadas con compromiso en consumo de sustancias adictivas; al fortalecimiento de la maternidad; al acceso a la vivienda adecuada; a la alimentación adecuada; a la asignación universal por hijo; con ampliación de servicios interdisciplinarios especializados de atención y seguimiento a mujeres o parejas en situación de vulnerabilidad social con niñas y niños de corta edad, etc.); y los *factores de la demanda*: alta disponibilidad adoptiva para niñas y de niños de corta edad, que requiere de campañas destinadas a modificar patrones culturales -que se relacionan con el deseo de reemplazar al hijo biológico que no se pudo tener- en favor de la adopción de niñas y de niños mayores, y de adolescentes, con acompañamiento estatal.

Y a todo ello, deben sumarse *medidas preventivas*, que deben ser adoptadas mayoritariamente por autoridades provinciales, tales como: a) fortalecimiento y aumento de los recursos de los organismos administrativos de protección integral; b) activación de los servicios estatales de búsqueda de niñas y de niños, con aplicación de la tecnología pertinente; c) análisis concentrado y estadístico de las denuncias de esta modalidad de Trata mediante unidades especializadas, que funcionen dentro de los organismos administrativos competentes (por ej: Comité Ejecutivo L. 26364); d) incorporación de esta modalidad de Trata en el Plan Nacional para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas, elaborado de manera bianual; e) seguimiento y verificación de partos domiciliarios; e) verificación de identidad de las madres parturientas en efectores de salud estatales y privados; f) garantizar la efectiva inscripción inmediata del nacimiento de niñas y de niños, ya sea que hubiera ocurrido en un efector sanitario estatal o privado; g) reexaminar las etapas que constituyen el proceso de guarda con fines de adopción (medidas excepciones o de abrigo), a fin de corregir eventuales deficiencias; h) supervisar los procesos judiciales de guarda y adopción, en especial las adopciones de integración; e i) supervisar la actividad de los registros civiles y del Ministerio Público (art. 103, CCyCo.) en la determinación de la paternidad y el reconocimiento de hijas/os (conf. art. 583, CCyCo.).

También se requieren *medidas reparadoras* por parte del Estado (nacional, provinciales y municipales): a) destinadas a niñas y niños víctimas que sean rescatadas/os, en cuanto a sus derechos civiles (especialmente vivir en su familia de origen si es posible) como a sus derechos económicos, sociales y culturales; b) garantizar mecanismos de información sobre los propios orígenes, y el acceso a la información con la que cuenten los registros estatales, facilitando la búsqueda de la identidad, ya sea que se efectúe de manera individual, o por organizaciones de víctimas; y c) además de las penas que contenga el futuro tipo penal, se deben establecer *garantías de no repetición* mediante reformas y/o reestructuraciones de las instituciones estatales (hospitales, juzgados, defensorías de menores, etc.) que hubieran estado implicadas en compraventas de niñas y de niños de corta edad con fines adoptivos.

La compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos es una *apropiación*, una práctica ilícita criminal extendida en el tiempo, y que *lamentablemente ha sido legitimada socialmente*, y por las propias personas que intervienen desde instituciones estatales (hospitales, Poder Judicial, etc.), y que no ha sido percibida por el Estado Nacional como un problema a resolver, a pesar del incumplimiento por diecinueve años de una obligación convencional, y por diez años de una condena a la República Argentina.

El Papa Francisco ha señalado con claridad: “*Se trata esencialmente de esa tendencia a la mercantilización del otro, que he denunciado repetidamente. La Trata de seres humanos es una de las manifestaciones más dramáticas de esta mercantilización. En sus múltiples formas, constituye una llaga ‘en el cuerpo de la humanidad contemporánea’, una llaga profunda en la humanidad de quienes la padecen y de quienes la llevan a cabo. La Trata, en efecto, desfigura la humanidad de la víctima, ofendiendo su libertad y su dignidad...*”^[29]

Sin dudas, tomando las palabras del Santo Padre, la compraventa de niñas y de niños con fines adoptivos es una de las múltiples modalidades de la Trata, y participa de la condena como *crimen contra la humanidad*, en tanto despoja a una niña o niño de su identidad y la/o transforma en una mercancía objeto de transacción a cambio de un precio u otra compensación, degradando a la comunidad que la tolere o la legitime socialmente, y convirtiendo en cómplices a las autoridades del Estado que omita adoptar medidas positivas para eliminarla.

(29) Papa Francisco: Discurso en la Conferencia Internacional sobre la Trata de Seres Humanos - 11/4/2019 - Oficina de Prensa de la Santa Sede - press.vatican.va - consultado 31/5/2020





TEMAS DE
**DERECHO DE FAMILIA
SUCESIONES Y BIOÉTICA**

ERREIUS


ERREIUS

Un nuevo concepto en soluciones jurídicas

TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA SUCESIONES Y BIOÉTICA

JULIO 2022

Paraná 725, CABA (1017), Buenos Aires | Argentina
(011) 4370-2018
contactenos@erreius.com
www.erreius.com

