

**A DIEZ AÑOS DE FORNERÓN E HIJA VS REPÚBLICA ARGENTINA Y DEL
ESFUERZO A REALIZAR PARA QUE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES RESULTE EFICIENTE**

Bernardo David Marotta¹²

Fecha de recepción: 23 de junio de 2023

Fecha de aprobación: 23 de junio de 2023

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/p4lmxn63k>

Resumen

El presente trabajo corresponde a la disertación pronunciada por el autor en la V Jornada de Investigación en Derecho: Los niños, niñas y adolescentes y el derecho a entender en la encrucijada, realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) el 23 de junio de 2023 vía Zoom Institucional.

A través del trabajo se busca determinar, mediante un diseño no experimental de alcance descriptivo, si en materia de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes Argentina continúa en mora.

¹ Abogado (UM). Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE). Especialista en Derecho Tributario (ECAE). Especialista en Asesoramiento Jurídico del Estado (ECAE). Doctorando en Derecho (UCES). Docente (IUGNA). Instructor Sumariante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Investigador en el Proyecto de Investigación “Los Derechos Humanos en Argentina ante los nuevos desafíos”, dirigido por los Dres. Paola Urbina y Darío Spada (UCES). Miembro del Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas-InCJyP (UCES). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3392-8692>

² Agradezco la colaboración inapreciable de la Dra. Paola A. Urbina.

Abstract

This work corresponds to the dissertation given by the author at the V Conference on Law Research: Children and adolescents and the right to understand at the crossroads, held at the Faculty of Legal and Political Sciences of the University of Business Sciences and Social (UCES) on June 23, 2023 via Institutional Zoom.

Through the work it is sought to determine, through a non-experimental design of descriptive scope, if in terms of human rights of girls, boys and adolescents Argentina continues in arrears.

Resumo

Este trabalho corresponde à dissertação proferida pelo autor no V Encontro de Pesquisas Jurídicas: Crianças e adolescentes e o direito ao entendimento na encruzilhada, realizado na Faculdade de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade de Ciências Empresariais e Sociais (UCES). em 23 de junho de 2023 via Zoom Institucional.

Através do trabalho busca-se determinar, através de um desenho não experimental de alcance descritivo, se em matéria de direitos humanos de meninas, meninos e adolescentes a Argentina continua em atraso.

Palabras clave

Derechos humanos; derechos de los niños, niñas y adolescentes; Corte Interamericana de Derechos Humanos; procesos judiciales.

Keywords

Human rights; rights of children and adolescents; Inter-American Court of Human Rights; judicial processes.

Palavras chave

Direitos humanos; direitos da criança e do adolescente; Corte Interamericana de Direitos Humanos; processos judiciais.

1. El caso en sí

Nos proponemos poner de relieve si en materia de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes Argentina continúa en mora.

Todos seguramente, hemos escuchado la frase “Los únicos privilegiados son los niños” (Perón, 1951). Sin embargo, pese a ser una de las frases más famosas, podemos advertir que del dicho al hecho hay un gran estrecho.

En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia condenando Internacionalmente al Estado Argentino, por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija biológica M.

Los antecedentes del caso se remontan al año 2000, y de conformidad con lo interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comenzaron el día 16 de junio de 2000 cuando nació M en el Sanatorio Policlínico de la Ciudad de Victoria.

La niña M era hija de la Sra. Enriquez y del Sr. Fornerón, quienes mantuvieron una relación que finalizó con antelación al nacimiento de la niña. La Sra Enriquez, dio a luz sin que el padre supiera hasta el quinto mes del embarazo de la madre. En esa fecha, una amiga en común le anotició de ello.

Sin embargo, y pese a las preguntas del Sr. Fornerón, al Sra. Enriquez negó que él fuese el padre.

Cabe señalar que el 20 de junio de 2000 M fue inscripta por su madre (4 días después del nacimiento, tres días después de la entrega para guarda de adopción).

Sin embargo, tres días antes de inscribirla en el Registro Civil, es decir, al día siguiente al día del nacimiento, la Sra. Enriquez, con intervención del defensor de pobres y menores suplente de la Ciudad de Victoria entregó su hija al matrimonio B-Z residente en la Ciudad de Buenos Aires.

En busca de analizar la situación, no podemos dejar de hacer notar que, si una niña o un niño es puesto en situación de adoptabilidad al nacimiento, la madre o padre no va al registro Civil a anotarlo, sino que queda en situación de adoptabilidad, porque lo informan así a la institución.

Por otra parte, la mujer que concurre al registro Civil expresa una voluntad de tener al recién nacido, de sentirlo suyo y, por otra parte, al hallarse inscripto puede facilitar tareas de intermediarios para sortear el escollo judicial.

A partir de situaciones análogas, aunque sin llegar a esta instancia, cuando una madre reconoce como propio al hijo o hija y le asigna el nombre nos preguntamos ¿está tomando una decisión libre al entregar al recién nacido?, simplemente, es un llamado de atención.

En la práctica, en la maternidad u hospital se hallan los representantes del Estado (por lo menos en algunas provincias) que ponen en trámite desde el primer momento y por la vía legal el proceso que podrá derivar en una adopción, a su vez, en ese ínterin la madre podrá reevaluar su actitud y recuperar a la niña o niño.

¿Pero podrá una mujer recuperar a un niño/a que ha reconocido y que ha dejado en estado de abandono?

Volviendo al caso, *subexamine*, luego de dejarles estos interrogantes, que pueden servir para contemplar un poco el sistema.

En el caso, la madre había entregado al día siguiente del nacimiento a su hija, sin consentimiento del padre, y mediante un mecanismo ilegal (entrega de guarda a

un tercero con fines de adopción). Por su parte, en la partida de nacimiento el lugar establecido para consignar el nombre del padre aparecía en blanco.

En el acta celebrada con motivo de la entrega el día 17 de junio ante el asesor de menores (suplente) y conforme lo indicado por la Corte Interamericana, el funcionario dejó constancia

"...de (la voluntad de la madre) de entregar a su hija en guarda provisoria con fines de futura adopción al referido matrimonio y expresó su voluntad de no ser citada en todo trámite judicial de guarda y/o adopción pena que a los efectos se pudieran realizar (p. 9, párrafo 22 CIDH).

Primer interrogante, ¿es válida tal renuncia de derechos de la madre a un día de dar a luz, cuando se encuentra en un estado de vulnerabilidad?

El padre de la niña, conjuntamente con la madre, se apersonaron 17 días después del nacimiento de la niña ante la defensoría de pobres y menores de Rosario del Tala. Ante la Defensoría el Sr. Fornerón declaró su voluntad de hacerse cargo de la niña y que la madre que le habría indicado y reconocido su paternidad se la desconocía frente a los funcionarios de dicha Defensoría e informó que la niña se encontraba en la Ciudad de Baradero con una tía. Al día siguiente la madre se apersonó nuevamente en la Defensoría, y según la Corte, señaló que había entregado la niña a un matrimonio conocido en calidad de guarda para futura adopción debido a la escasez de recursos que sufría.

Un mes y medio después del nacimiento de la niña, y 15 días después de haber acudido a la Defensoría de pobres, el Sr. Fornerón fue al registro Civil y reconoció a la niña.

El padre realizó la denuncia; el fiscal solicitó medidas de prueba para la averiguación del delito de supresión de identidad; sin embargo, la justicia penal en fallo conformado por la Cámara archivó la causa por inexistencia de delito; y mientras tanto un padre que no lo dejaban ser padre, una madre que entregó a su hija porque estaba en un estado de vulnerabilidad económica y por qué no, quizás afectiva; no lograron que le devuelvan a la niña.

La madre continuó negando la paternidad de Fornerón hasta que la Justicia dispuso la realización de un ADN que confirmó su calidad de padre. Para ese momento el matrimonio que se había quedado con la guarda de la niña, en forma irregular, solicitó judicialmente la guarda judicial.

Frente a la oposición del padre, la Defensoría de menores ordenó la realización de un informe psicológico respecto de los posibles daños que podría sufrir la niña en caso de ordenarse su entrega al padre biológico. El informe producido es otro elemento que, no nos sorprende a los que hemos transitado por situaciones de hecho análogas vinculadas con estos sistemas paralelos, determinaba que

...sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de la familia a la que reconoce a otra que desconoce y que el alejamiento de la niña de sus afectos sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales e irreversibles, más aún, si atravesó por una primera situación de abandono (p. 12, CIDH).

Al padre biológico de la niña se le rechazó la guarda con fundamento en:

- "...la inexistencia de un "noviazgo formal de más de 12 meses" entre el señor Fornerón y la señora Enríquez, el hecho de que la niña "no fue resultado del amor" ni "del deseo de formar una familia", y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, por considerar que son circunstancias que acreditaban un real conflicto entre los progenitores de la niña y la ausencia de una familia biológica" (párrafo 33, CIDH);
- "...el señor Fornerón no había demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del nacimiento de la niña, ni realizó ninguna presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña" (párrafo 33, CIDH);
- "...resulta excesivo el plazo contado desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar la entrega de M" (párrafo 33, CIDH);

- "...de entregarse la niña al padre biológico, no contaría con una familia biológica, faltándole la presencia maternal, y" (párrafo 33, CIDH);
- ...sin dejar de evaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña, quien, a criterio de la perita, sufriría un daño irreparable si fuese entregada al señor Fornerón. Concluyó que, de así acceder en un futuro el padre biológico se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña (párrafo 33, CIDH).

La cámara ante la apelación resaltó la ilegalidad del procedimiento de entrega de la guarda y falta de prueba respecto de las aseveraciones del Juez de Primera Instancia, que en ningún momento evaluó los vínculos de la niña con el matrimonio cuya guarda judicial reclamaba, no respetó el derecho a la identidad de la niña, no existió consentimiento necesario del padre para llevar adelante una guarda de adopción. A su vez respecto de la desidia del Sr. Fornerón, la Cámara consideró que el reconocimiento de la niña, realizada ante el registro civil, lo constituía en el padre, mientras la paternidad no fuera impugnada; ese para nosotros no resulta un detalle menor en estos temas, cuando el que reconoce a la niña, no resulta ser el padre biológico, sin embargo en el caso, el Sr Fornerón era el padre biológico y, como tal, desde el reconocimiento tenía todos los derechos y deberes que la paternidad conlleva.

Sin embargo, la Suprema Corte de Entre Ríos confirmó la sentencia de primera instancia bajo el criterio de sostener, si bien el

artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación del Estado de no separar a un niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, también contempla una "reserva de revisión judicial" que puede establecer tal separación en base al interés superior del niño, particularmente en casos como el presente en el que "los vínculos biológicos no son significativos (párrafo 37, CIDH).

El Superior Tribunal de la Provincia consideró que la cuestión central es el conflicto entre el derecho subjetivo del padre biológico a la tenencia de su hija y el

interés superior de la niña, de manera que la Corte consideró el tiempo transcurrido desde el día de la entrega de la niña hasta el día del fallo de la Corte y consideró que "...hace totalmente inconveniente cambiar la situación de la menor, por los efectos muy perniciosos que tal hecho acarrearía sobre la psiquis y en la conformación de su personalidad" (p. 15). Para la Corte,

La determinación del interés superior de la niña "está llena de subjetividades y depende de la escala de valores del [j]uez, de su formación ideológica, de su experiencia de vida, como así también de quienes participan en la decisión, la que por otra parte también es aleatoria, porque cuando se conozcan los resultados, el tiempo habrá consumido muchos años de la vida de [M]" (párrafo 37, "*in fine*" CIDH).

Ante, dicho fallo, el padre de M interpuso recurso, extraordinario federal, que fue denegado al considerar el Superior Tribunal Provincial que no cumplía con los requisitos formales de admisibilidad, el 2 de abril de 2003.

En prieta síntesis, la demora del propio poder judicial frente a la situación derivó en que el Sr. Fornerón perdiera todo derecho como padre, aun cuando la ley establece ciertos requisitos que en el caso se violaron manifiestamente en función que la subjetividad judicial determinó que la entrega de una menor en forma ilegal da respaldo al derecho superior del niño.

El Sr. Fornerón promovió un juicio de régimen de visitas, sin embargo, también le fue rechazado todo régimen de derecho de visitas. Once años después del inicio de la situación para la niña su padre biológico fue un desconocido a quien no quería ver.

En el año 2004, y pese a la oposición del padre, el Juzgado de primera Instancia de victoria (el lugar donde la niña fue entregada con un acta) dispuso la adopción plena de la niña por parte del matrimonio que la había obtenido con dicha acta.

2. La cuestión jurídica: el niño/a como sujeto de derecho

La Corte Interamericana recordó que los niños y las niñas son titulares de derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las

medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales son definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto (párrafo 45).

Al día de hoy dicha interpretación debe articularse con las disposiciones de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación y con la Ley de Protección Integral del Niño, niña y adolescente, de manera de considerar de conformidad que se trata de sujetos de derecho. Así, la opinión consultiva 17 del año 2002 deja en claro que los Estados deben separar la capacidad de goce de derechos inherentes a la persona humana, con la incapacidad relativa de derechos o absoluta en los casos de menores de 18 años.

No obstante, en la práctica existen posturas en nuestro país que en el caso que han resuelto para la procedencia del beneficio de litigar sin gastos que se debe estar al patrimonio y capacidad económica de los padres, con fundamento en que los padres responden por los daños que pueden producir los hijos (como si presentarse ante la justicia un niño fuera una acción dañosa), y en función del deber alimentario. La postura no solo desnaturaliza la situación de sujeto de derecho del niño y niña, sino también, la naturaleza de la Representación en Juicio. Así, el Presidente del Directorio de una SA representa a la Sociedad Comercial en juicio sin vincular su patrimonio y, en el caso del niño o niña, el representante, sin ningún fundamento legal expreso, es su progenitor el que debe responder ¿acaso no será una forma de limitar el acceso para la protección de los niños y niñas?

Ello deriva en un necesario cuestionamiento. Estas diferencias están establecidas para dificultar el acceso real a la justicia. Así notamos que para la protección del consumidor el artículo 53 de la ley 24.240 establece de pleno derecho la presunción de gratuidad del trámite, debiendo el demandado acreditar la solvencia del consumidor en un incidente. No se explica por qué nuestro derecho en el caso de procesos iniciados por niños o niñas a los efectos que se cumplan con las normas nacionales e internacionales de protección como aquellas destinadas a poner fin al maltrato infantil psíquico y/o físico deban considerar al niño o niña como un solvente,

y responsabilizarlo de eventuales costas o gastos de tasas como el depósito previo del recurso extraordinario.

Aun cuando existen fallos de Cámara en las diferentes provincias que vienen poniendo coto a dicho proceder, todavía encontramos pronunciamientos en primera instancia que niegan derechos a los niños y niñas como sujetos de derecho considerando a la madre de la niña o niño como la actora en un proceso de beneficio de litigar sin gastos en un juicio puramente desarrollado en interés del niño (causa MMR en representación de MMMB c/ AECH s/ Beneficio de litigar sin gastos, en primera instancia se confundió a la actora con la madre de la niña que era quien resultaba titular del derecho subjetivo que se reclamaba en juicio).

3. La inexistencia de una zona de reserva judicial para interpretar el interés superior del niño y niña

La Corte Interamericana citó sus propios antecedentes, por cuanto "...el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes" (párrafo 45 CIDH).

La Corte desarrolla criterios sobre el contenido y respaldo que deben tener los pronunciamientos judiciales, vedando la validez de criterios especulativos como el sostenido por el Superior Tribunal de Entre Ríos, la desnaturalización y la creación de una zona de reserva de revisión judicial respecto de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

El cuidado y custodia debe valorarse a partir de comportamientos parentales específicos, probados y reales, la imaginación judicial o la falta de fundamentación vulneran el interés superior del niño.

No se pueden fundar cuestiones de interés superior del niño en:

- especulaciones,
- presunciones,

- estereotipos
- consideraciones generalizadas sobre los padres o preferencias culturales;
- conceptos tradicionales de la familia.

4. La protección de la familia

En principio de protección de la familia que está presente en nuestro ordenamiento constitucional desde 1957, en el 14 bis, y el que surge de los ordenamientos Internacionales de Derechos Humanos debe ser interpretado sin estereotipos.

Así, el concepto de familia de la Convención no está destinada a la familia bi parental, por el contrario, la Convención acepta la familia monoparental.

La postura sostenida respecto de apreciaciones filosóficas o de creencias sobre el rol funcional del varón o la mujer en el seno familiar no solo genera estereotipos de género sin sustento legal, que en modo alguno puede alterar el concepto de familia o la existencia de familias monoparentales. Una familia monoparental es también familia, y como tal, debe ser respetada sin injerencias.

La Corte dejó en claro que no resulta posible la denegación del derecho a la crianza de un hijo biológico sobre la base de estereotipos sobre la capacidad y cualidades o atributos de las personas su condición de progenitor único. La situación debe de encuadrarse también en el marco de lo que entendemos en el derecho por la familia adoptante, y la solución que puedan tomar los magistrados respecto de la familia adoptante que, habiendo adoptado o en proceso de hacerlo, se separa o divorcia y los niños o niñas quedan bajo el cuidado de los adoptantes, pero bajo una estructura de divorcio.

La situación ha resultado materia de preocupación por mujeres que, habiendo adoptado niños o niñas y ante el proceso de divorcio temieron, o incluso fueron sujetas pasivas de la denegación del proceso de adopción, lo que nos lleva a interrogarnos sobre si en el caso podemos estar frente a categorías sospechosas.

La Convención al igual que el ordenamiento Constitucional Argentino no han determinado una forma estricta de familia, siendo considerado familiar a todas las personas vinculadas por un lazo cercano.

Dice la Corte Interamericana: “No hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños” (párrafo 98, CIDH).

En este aspecto, transcurridos diez años del fallo, notamos que no existe una actuación del Estado tendiente a evitar la formación de estereotipos familiares. Tal es así que, en causas judiciales que involucran situaciones de menores de edad, hemos notado el uso por parte de instituciones públicas de estereotipos familiares, como la composición del núcleo familiar del niño en su defensa respecto de la validez legal de actos administrativos sancionatorios (cuya existencia no se halla en modo relacionado con la composición familiar). Pero más grave es que dichas situaciones sean de consideración o respuesta en la justicia para considerar la concesión de una protección a un niño o niña.

Igual temperamento se ha utilizado por parte de autoridades escolares, docentes y padres respecto de niñas o niños cuya familia presenta composición monoparental. En este sentido también se utilizaron mecanismos, incluso intimidatorios, hacia madres que aparecen como únicas titulares de la responsabilidad parental (antes denominada patria potestad), confundiendo el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente con la existencia de una familia monoparental.

5. Análisis del fallo de la Corte sobre plazo razonable, la debida diligencia en determinados procesos judiciales internos: deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Traemos al presente párrafos reseñados por la Corte sobre manifestaciones del incumplimiento del Estado Argentino de la Convención Interamericana emanadas de las propias autoridades argentinas.

Así, la posición de la Secretaría de la niñez, adolescencia y familia de la República Argentina dijo: "...fue la justicia quien [...] cercenó en forma sistemática la guarda de su hija al señor Fornerón [...] y la posibilidad a ambos de conformar su propia familia" (párrafo 55, CIDH).

"El entonces Ministro de Justicia indicó que el Poder judicial [...] fabricó un contexto fáctico irreversible que luego le sirvió de fundamento a su decisión" (párrafo 56, *in fine*).

La Comisión interamericana indicó que "Fornerón nunca tuvo la posibilidad [...] de que [...] fuese escuchado de otra manera distinta que no fuera la aprobación del procedimiento de adopción que se había iniciado ilegalmente (y) con claros indicios de que más que una adopción estaba ocurriendo [...] un proceso de apropiación. "El estado nunca implementó ninguna de las garantías judiciales establecidas para la protección de la niñez, para la protección incluso de la institución de la adopción como una institución [...] tutelar, que protege, que guarda la niñez y la infancia y el concepto [...] de familia (párrafo 58, CIDH).

La República Argentina cuestionó que el actor no hubiera interpuesto queja contra denegatoria del Recurso Extraordinario para revertir la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos como medio para lograr un pronunciamiento federal y no tener que llegar a la Instancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El aspecto no menor es que la Corte consideró agotada la instancia Nacional con la denegatoria del Recurso Extraordinario Federal. Es decir, la Nación Argentina a través de la Corte Suprema no tuvo posibilidad de revisar una sentencia provincial para analizarla en forma previa a ser llevada ante un juicio internacional. Ello nos debe interrogar sobre la posibilidad de evaluar otro mecanismo para determinar la admisibilidad de la cuestión federal que no deba pasar por el Tribunal provincial de última instancia, que ya resolvió y que, por ende, será sometido a revisión frente a un poder federal, y cuyo fallo puede conducir a que la República Argentina deba responder ante Tribunales Internacionales y ante las partes damnificadas por el incumplimiento de los Derechos Humanos garantidos por la Constitución Nacional, y los tratados Internacionales que, en muchos casos, tienen jerarquía constitucional.

A su vez, es responsabilidad del Poder judicial acelerar el procedimiento en virtud de la protección que debe brindarse a la niña por su condición de menor de edad. La responsabilidad de acelerar el proceso no recae en el padre. Esta imposición de la Corte Interamericana impone una obligación internacional para nuestro país que determina que el proceso laboral o el proceso penal no son los únicos que puede ser tramitados o impulsados de oficio, y que tal conducta debe desarrollarse cuando se requiere la protección del menor.

6. La naturaleza de los recursos

Dice la Corte Interamericana:

...la denegación del acceso a la justicia tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico del estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento pueda ser considerado como un recurso efectivo (párrafo 110, CIDH).

Luego del Caso Fornerón en la Instancia Nacional se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en cuyo artículo 27 estableció garantías mínimas para que todo niña o niño goce de una protección efectiva de su derecho. Sin embargo, hace casi 20 años era la provincia de Entre Ríos la involucrada. Hoy, a diez años de la Sentencia Internacional, vemos situaciones análogas en otros procesos.

Así, en el marco de un amparo en la Provincia de Buenos Aires, un Juzgado contenciosos administrativo de primera instancia decidió en el marco de un acta de audiencia virtual (notificada cuatro días después de realizada la misma), disponer adelantar sin brindar fundamento que la causa se había tornado abstracta; y que pasen los autos a resolver (pasados más de dos años nunca se resolvió nada más).

En la causa, la actora era un niña, así que en ejercicio de ese artículo 27 inciso e de la ley 26.061 que establece expresamente la garantía mínima de todo niño y niña de recurrir cualquier decisión en el marco de garantías del proceso administrativo

y judicial, interpuso recurso de apelación y se encontró que su recurso de apelación fue rechazado, por no estar incluida la decisión tomada (acta de audiencia) entre las decisiones judiciales sometidas a recurso según la ley de amparo, aunque dicha decisión infundada de hecho pone fin al proceso.

Cabe señalar que las causales de apelación en la acción de amparo provincial en la provincia de Buenos Aires se circunscriben a la sentencia definitiva, la denegatoria de medidas cautelares, y el rechazo de la acción de amparo como medio procesal; por lo que el Juzgado, la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dejaron de lado, sin fundamento legal alguno, la aplicación de las garantías especialmente establecidas para el acceso al proceso judicial de las niñas, niños y adolescentes y resolvieron cual si fuera el caso de un mayor, que la decisión no era recurrible según la ley de amparo.

Cabe señalar que contra sus propios precedentes las decisiones judiciales fueron tomadas sin solicitar la opinión del Asesor de Menores; tampoco se fundó el por qué se dictaba un pronunciamiento judicial y se dejaba de lado la ley 26.061. A su vez, la propia Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires fundó el rechazo del recurso extraordinario en el que se denunciaba la violación de la Convención Internacional de Derechos del Niño y del artículo 18 de la Constitución Nacional en que se trataba de materia de competencia local.

Hoy, esta cuestión aguarda que la Corte Suprema decida si acepta o no la Queja Interpuesta, aunque al día de la fecha se está en condiciones de formular una nueva denuncia contra la República Argentina, mediante repetición parcial los argumentos que recibió nuestro país en materia de condena en Fornerón.

También observamos en esta materia una forma inapropiada de utilizar el lenguaje judicial, que de hecho ha sido tomado por la niña como una burla hacia su derecho cuando reiteradamente los magistrados se han referido a la niña al momento de considerar el planteo por la vía de la queja como “la Quejosa”.

En estos aspectos hemos podido visualizar que la capacitación que en materia de protección de los derechos de la niñez deberían tener todos los agentes estatales judiciales dista de lograr los estándares que en Fornerón fijó la Corte Interamericana.

Y, por otro lado, cuando la contrastamos con la publicidad de la realización de alguna audiencia en que los jueces escucharon a un niño o niña, o hablaron en una sentencia con lenguaje claro, nos viene a exhibir un comportamiento que debe ser tan común como hablar por teléfono con un hecho extraordinario.

7. El daño de la separación familiar, concepto de familia

La Corte Interamericana sostuvo, citando la Opinión Consultiva OC 17, que una de las interferencias estatales más graves es la que produce la división de una familia.

Las separaciones de los niños y niñas respecto de su familia biológica son excepcionales y, en lo posible temporales, debe estar establecida por la ley; el derecho del niño de crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y consiste en uno de los estándares normativos más relevantes de la Convención.

La comisión consideró que en el caso existieron indicios respecto que en el caso la niña había sido objeto de una transacción en el marco del nacimiento de M.

Es menester señalar que la República Argentina no sólo es parte de la Convención desde el año 1990, sino que además firmó el Protocolo a la Convención Internacional de Protección de los derechos del niño, comprometiéndose a tipificar el delito de venta de niños, así como tráfico de niños, obligación que el Estado al día de la fecha y pasados más de diez años no ha realizado.

De igual manera, observamos que los trámites de inscripción en los registros de las personas de los niños y niñas recién nacidos no protege frente al tráfico o venta de niños y niñas.

8. Labor de la Argentina en protección de la minoridad desde que la sentencia dictada por los Tribunales Nacionales de la Argentina quedó firme

- Sanción de la ley 25.854 que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos.
- Red interconexión entre las provincias, para coordinar un único registro, sin embargo, se encuentra sometido a la aceptación de las provincias, y mediante dicha red se busca garantizar un único modo de registración.
- Sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Elaboración de un proyecto que prohíbe taxativamente las entregas directas de guardas con fines adoptivos; dicha prohibición hoy se halla establecida en el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Estado rechazó que, en el caso, se estuviera ante una situación relacionada con el tráfico o venta de niños.

Observamos que en su defensa la República Argentina ha exhibido como acciones el establecimiento de marcos normativos, como si el sólo dictado de una ley permitiera mejorar la vida de las personas, en este caso de los niños.

La forma de obtener la guarda de la niña hija del Sr. Fornerón no estaba conforme a ley y, sin embargo, la niña no le fue devuelta a su padre para su crianza.

Los marcos normativos son esenciales, pero no son menos importantes que las acciones concretas en el marco del poder judicial se lleven a cabo para exhibir un sistema protectorio de la niñez. Tampoco podemos dejar de notar y reflejar la acción que se observa por parte de muchos funcionarios judiciales en la protección del

sistema de la niñez. Nos ha tocado observar en nuestros más de 20 años de profesión gestiones oficiosas aún sin competencia específica de magistrados, fiscales o funcionarios en la protección de niñas y niños; sin embargo, existen muchos aspectos que debemos mejorar.

La Corte interamericana en sus consideraciones pone a nuestro juicio el dedo en la llaga cuando citó las palabras del fiscal de la República Argentina que intervino en el proceso nacional, al decir, que "...habría existido presuntamente una maniobra de compraventa de bebé" (párrafo 133) y, además, señaló 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 (párrafo 133, CIDH).

Cabe señalar que la Corte también citó las palabras del juez a cargo de la investigación penal, al decir que

Es cierto y así lo he sostenido en el fallo revocado [...] que al amparo de las necesidades económicas por un lado (de la madre soltera generalmente) y afectivas por otro (de quienes pretende[n] adoptar una criatura a toda costa incluyendo pagar por ello), se mueven intereses espurios de personajes [muy] conocidos en comunidades pequeñas como éstas, que a sabiendas de tantas penurias se aprovechan con ánimo de lucro de contactar a unos y otros, llevándose con algún socio la tajada mayor y convencidos tal vez de haber hecho un bien... (párrafo 134, CIDH).

A su vez, indicó el mismo magistrado que integran el vehículo que permite la práctica de profesionales del derecho y de la salud.

El tráfico de bebés no se halla tipificado en el Código Penal. Sólo queda tipificada la conducta cuando una persona (los compradores) inscriben en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas como hijos propios un hijo biológico de un tercero.

Pero en esos casos quienes quedan como autores de la maniobra son los padres que realizan el fraude. En cambio, todos los restantes miembros de la organización, se hallan *prima facie* fuera de dicha situación.

El derecho penal argentino no penaliza a quienes intermedian con la entrega de niños y niñas con fines de lucro o motivados en supuestos fines benévolos o humanitarios.

Tampoco es una situación real de efectividad en la persecución penal de la supresión de identidad de los niños y niñas recién nacidos, pues se requiere de la existencia de la *notitia criminis* y de que se pueda acreditar el dolo, es decir, que el Estado tome conocimiento de la presunta realización de la conducta para impulsar la acción penal; y como hemos escuchado en alguna oportunidad de algunos operadores, sólo podemos, en algunos casos, estar seguros de quien es la madre.

Cabe señalar que más allá de la tipicidad legal de dicha conducta se requiere de un sistema administrativo que permita evitar o dificultar dicha práctica, pues existen mecanismos de inscripción que permiten decir, por ejemplo, que para tener un hijo se requiere un certificado médico y dos testigos, situación que se verifica en las inscripciones realizadas "de niños nacidos en domicilio".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la Argentina omitió cumplir con adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la venta de niños. Cualquiera sea su fin o forma se debe impedir la venta mediante todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones. Ello incluye toda medida legislativa, administrativa, y de cualquier otro carácter, además de prohibir la venta de niños y niñas.

La Constitución Argentina dice en el artículo 15 que todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Pasaron casi 200 años y aún no se halla tipificado dicho delito con relación a los niños, aún en esta rudimentaria forma.

Respecto de este tópico a diez años de la sentencia, y conforme lo ha indicado la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 7 de octubre de

2019 (sobre este aspecto) se mantiene abierto el proceso, dado que luego de más de diez años de dictada la sentencia de condena contra la República Argentina, y pasado más de 33 años de ratificada la Convención Internacional de Derechos del Niño que en su artículo 35 dispone: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

Asimismo, han transcurrido más de veinte años desde la ratificación del 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, sin que la República Argentina pusiese en práctica a la tipificación penal del delito.

Finalmente, lleva 170 años sin tipificarse penalmente el delito previsto en el artículo 15 de la Constitución Nacional, delito que establecido en la Constitución por parte del Constituyente no ha sido (conforme nuestras pautas de orientación penal) ser tipificado en el ordenamiento argentino mediante la consagración de la fórmula de legalidad prevista en nuestro sistema, ello es, la descripción de la conducta típica, y la consecuencia penal de la misma.

Cabe señalar que, en otros ordenamientos la descripción de la conducta típica permite considerar a un hecho como delito y dejar a la prudencia del juez la aplicación de la pena para el delito del que se trate. Ello permitió tener por cumplido el principio de tipicidad legal para la realización de los juicios de Nüremberg; Tribunal penal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia; Tribunal Penal *ad hoc* para investigar los crímenes de Ruanda. Ello ha sido posible sobre la base de conductas prohibidas en acuerdos internacionales, pero sin establecimiento taxativo de la pena. No ocurre lo mismo en nuestro sistema jurídico que requiere de la tipicidad de conducta y pena para que exista el delito.

Existen al día de hoy varios proyectos de ley en tratamiento en la Cámara de Diputados y Senadores para regular la temática. Sin embargo, ello ha acontecido en el pasado, y los proyectos han perdido estado parlamentario.

Cabe señalar que, al día de la fecha, los proyectos presentados tienen aristas diferentes. Así, advertimos proyectos de contenido básico, pero de difícil concreción para el desbaratamiento de las redes existentes. Por ejemplo, el proyecto del Senado S 1232/2022, que busca sustituir el artículo 139 bis del Código Penal; cuando en realidad, en dicho artículo se prevén cuestiones que se hallan vinculadas con el estado civil de las personas, y el tipo penal establecido por el artículo 138 y 139 es diferente del que se ha de reglar bajo la calidad de venta de niños, niñas y adolescentes.

Es decir, un tipo penal no excluye al otro, puede haber adulteración del estado civil de una persona, y no por ello una venta (remunerada) ¿y si no se logra probar la remuneración? Y queda como una donación, ¿esa conducta está o no incluida en el concepto de venta o tráfico?;

A su vez, si hablamos de venta, quién es el sujeto activo (comprador y vendedor) y nos preguntamos respecto de intermediarios ¿existirá el concepto de venta, cuando la mujer vulnerable es sometida a violencia moral para que dé a su hijo o hija a un tercero con la promesa que lo cuidará mejor y podrá darles más beneficios?

Por otra parte, algunos de los proyectos descuidan la situación de vulnerabilidad de la madre y la penalizan, de forma tal que penalizándola, probablemente resulte mucho más difícil acreditar la existencia de este tipo de actos, que son delitos que se realizan en forma oculta o incluso disimulada hacia la madre, a quien a veces la van sometiendo con el correr de los días, para poder hacerse del niño o niña, incluso con la amenaza que si dice algo va a ser penada penalmente; sobre todo, si decide arrepentirse y quedarse con el niño o niña.

En Fornerón no fue el poder judicial el que descubrió la trama de la situación llevada a cabo con la niña, por el contrario, fue el padre el que incansablemente litigó para recuperar a su hija; nos preguntamos penalizando a los padres con el riesgo de la comisión de un ilícito, ¿no estamos asegurando el éxito de protección de intermediarios?

En el caso, existieron profesionales médicos que certificaron el potencial daño de la niña para volver con su padre; y si hubiera sido su madre quien lo reclamaba, la

respuesta seguramente, seguiría siendo la misma, hay que asegurar la entrega prometida.

En el proyecto del Senado S-404-2021, se busca incorporar una figura penal nueva en el artículo 145 del Código Penal, cuyo título protege el bien Jurídico libertad; y lo tipifica en una forma que consideramos vaga; dice el proyecto original:

ARTÍCULO 145 QUATER.- Será reprimido con prisión de DIEZ (10) a QUINCE (15) años el que ofreciere, sustrajere, condujere, trasladare, recibiere o acogiere a un niño o niña menor de DOCE (12) meses de edad.

La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo cuando mediare cualquier tipo de remuneración en dinero o especie intercambio de bienes.

Como se ve, el tipo penal es bastante incierto, si un abuelo, un padre, una madre trasladada a su hijo o hija comete la conducta típica.

El proyecto 1007-D-2022 de la Cámara de Diputados establece una regulación que deja a salvo a la madre de punibilidad cuando "...mediare situación de vulnerabilidad, salvo que se acredite que pertenece a una organización delictiva de compra venta de personas menores de edad, en cuyo caso la pena será de prisión de 6 meses a 2 años" (artículo 2 del proyecto que busca incorporar el artículo 139 ter al Código Penal Argentino).

El propio artículo nos tiene que llamar la atención, libera a la madre de punibilidad, la madre será responsable pero no afrontará la pena; siempre que se hallare bajo una situación de vulnerabilidad, la gran pregunta, que me formulo de la lectura, que considera la ley penal situación de vulnerabilidad. El código no lo establece; por otro lado, parece existir una excepción a dicha eximente, cuando la mujer no forme parte de la organización criminal, es decir si la mujer está en un estado de vulnerabilidad y puede ser considerada integrante de la asociación criminal ¿resultaría punible?

En este sentido, el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en el Congreso (106-PE-2022), pareciera de los proyectos analizados, el más integral. Sin embargo, observamos el mismo punto respecto de los progenitores que, aunque sólo en el caso

en que provean material genético podrán quedar bajo condiciones de no punibilidad; por qué no se considera el caso en que la madre o padre buscan la restitución del menor, o formula denuncia, o acaso piensan que, en la operación de esos negocios, la madre o el progenitor conocen el derivar del *inter criminis*. Es más, se utilizan formas disimuladas para dar apariencia de legalidad en algunos casos.

Es de destacar que el hecho de que la Justicia Federal tenga competencia en el asunto, pues una de las modalidades para la comisión del delito es la interjurisdiccionalidad, es decir, sacar al niño o niña de la jurisdicción en la que nació, ya sea en una provincia, o bien primero de una provincia y luego del país, permite mejorar las posibilidades de éxito.

Por otro lado, la protección de niñas, niños y adolescentes es una cuestión de naturaleza federal conforme la ley 26.061, artículo 5 que dice: “Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal”. El poder Judicial es también sujeto pasivo de esa Responsabilidad Gubernamental.

También dejamos la inquietud si, en el caso, estamos ante un delito al estado civil o bien un delito contra las personas, las lesiones materiales. Se hallan tipificadas bajo ese bien jurídico, acaso la venta de niños o la adulteración de su historia biológica no causa algún tipo de lesión en la persona; es la niña o niño el titular y víctima del ilícito, su dignidad como persona, según la interpretación de la Corte. No están en juego la calidad del niño frente al Estado, sino que la persona sufre el riesgo que desaparezca su historia biológica, que puede afectar su salud, en el caso de requerir un trasplante, por ejemplo, induciendo a errores sobre potenciales donantes y receptibilidad del tejido; a su vez, nacen bajo una nueva parentalidad, no es su fuerza, ni su capacidad laboral la que está en juego, ni siquiera su calidad frente al Estado. Está en juego su propia persona, una niña, niño no es un objeto es un sujeto, es decir, se halla comprometida su protección como sujeto de derecho, ello sin perjuicio de sus lazos de familiaridad, su desarrollo y su futuro.

Por otro lado, la tipificación de la conducta también requiere la instrumentación de un mecanismo que brinde certeza de la parentalidad biológica y que no baste con que una persona se apersona al Registro e indique que es padre de algún niño para que automáticamente lo inscriban como tal, o bien una madre munida de un certificado médico y dos testigos para que le inscriban como madre.

9. A modo de conclusión: lo que no dice ninguno de los proyectos de ley

A poco más de seis años de dictar sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos la niña, hija del Sr. Fornerón cumplió 18 años; fue adoptada por el matrimonio que fue actor necesario para privar a Fornerón de su hija; la niña continuó con su nueva familia, y cuando llegó a los 18 años, edad en que la que pasó a ser mayor de edad, decidió que no quería tener contacto alguno con el Sr Fornerón.

La respuesta es que ninguno de los textos establece en forma integral que va a acontecer con los niños y niñas que hubieran sido objeto de tal situación

Finalmente, a diez años, el Estado Argentino no ha podido acreditar haber aplicado sanción alguna a los funcionarios que permitieron la ¿apropiación? de la niña contra lo legalmente establecido. Nos preguntamos y les preguntamos, ¿A diez años, existirá intención de poner fin a estas prácticas paralelas que no son para ellos?

Como conclusión esperamos poder haberles dejado una serie de preguntas que le lleven a interrogar el sistema que tenemos para lograr una mejora y eliminación de un sistema que incluya a los niños, que penalice el tráfico, venta o entrega sin intervención judicial y que no olvide que detrás de estas situaciones muchas veces existen mujeres que están en una situación de vulnerabilidad extrema (situación económica, de violencia intrafamiliar; de sus parejas, de trata) a la que se suma el desconocimiento de aceptar el reto de ser mamá y ser responsable de la vida de un indefenso o indefensa.

A diez años de una condena moralmente dolorosa para el respeto de los Derechos Humanos baluarte que tuvo nuestro país como un defensor acérrimo. ¿No será tiempo de poner fin a tanta morosidad?

10. Fuentes de Información

Cámara Contencioso Administrativo San Martín, causa 10535, MMR en Representación de MMBB c/ AECH s/Beneficio de litigar sin gastos del 12 de mayo de 2023.

Cámara Contencioso Administrativa San Martín, in re MMBBs/amparo s/ Queja (no se detalla, pues el expediente pese a ser de naturaleza reservada se halla disponible en la MEV abierta).

Convención internacional de los derechos del Niño, ratificado ley 26.380, vigor 2 de diciembre de 2008.
<https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php?consulta=si&Ly> 26994.
Código Civil y Comercial de la Nación. Sancionado 1 de octubre de 2014.

Corte Interamericana de derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17 del 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Opinion_Consultiva_17.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
Serie C No. 242.
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de octubre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 1007-D-2022. Incorporación del delito de compra y venta de menores al Código Penal <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/T2022/1007-D-2022.pdf>

Honorable Senado de la Nación. Proyecto 106-PE-2022, Proyecto de ley que modifica el Código Penal - tipificación penal de las conductas conocidas como "compra" y "venta" de niños y niñas y de las concernientes a la intermediación en tales hechos. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/106.22/PE/PL>

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-404-2021. - Incorporar el artículo 145 *quater* que introduce de manera explícita el delito de compraventa de niños o niñas recién nacidos hasta los doce meses de edad. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/404.21/S/PL>

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-1232/2022, proyecto de ley que modifica el artículo 139 del Código Penal. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1232.22/S/PL>

Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>

Ley 25.854. Guarda con Fines Adoptivos. Requisitos para integrar la nómina de aspirantes. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91602/norma.htm>

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, ratificado por ley 25616. Vigor 25 de octubre de 2003.
<https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php?consulta=si&modo=c&pg=3>

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 27/12/2022, in re MMMBs/amparos/ Queja (no se detalla, pues el expediente pese a ser de naturaleza reservada se halla disponible en la MEV abierta).