

Derechos de la infancia, adopciones irregulares y protección del vínculo familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Un análisis del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*

Salvador Herencia Carrasco

Volume 49, Special Issue, 2019

Le rôle du Canada à l'égard de la protection des droits de la personne au sein des Amériques

Canada's Role in Protecting Human Rights in the Americas

El papel de Canadá en la protección de los derechos humanos en las Américas

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1055496ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1055496ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Herencia Carrasco, S. (2019). Derechos de la infancia, adopciones irregulares y protección del vínculo familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Un análisis del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*. *Revue générale de droit*, 49, 373–400. <https://doi.org/10.7202/1055496ar>

Article abstract

The purpose of this article is to analyze the case Fornerón and daughter vs Argentina, decided by the Inter-American Court of Human Rights in April 2012. The case focuses on three main topics: (i) the superior interest of the child, due process and judicial protection in cases related to family law; (ii) the international standards on human rights to protect the biological link between parent and child; and (iii) the duty to implement internal regulations to protect the child and the family in adoption procedures.

The article will focus on two areas of analysis. First, it will assess the standards set by the Inter-American Human Rights System on the protection of the child, specifically in adoption processes and the protection of the biological link between parent and daughter. The second part will analyze the obligations of the state to prevent the sale of children, proposing some guidelines that the Inter-American Court of Human Rights could have taken in this topic. Finally, the article will conclude with some information regarding the implementation of this decision and what this case might mean for state parties to the American Convention on Human Rights.

Derechos de la infancia, adopciones irregulares y protección del vínculo familiar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Un análisis del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*

SALVADOR HERENCIA CARRASCO*

RESUMEN

El propósito de este artículo es realizar un análisis del Caso Fornerón e hija vs Argentina, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en abril de 2012. Esta sentencia se centró en tres aspectos principales: (i) el interés superior del niño y de la niña, las garantías judiciales y la protección judicial en casos relativos al derecho de familia; (ii) el marco de protección del derecho internacional de los derechos humanos aplicable al vínculo entre padres e hijos; y (iii) el deber de implementar disposiciones de derecho interno para la protección del niño y de la familia en procesos de adopción.

El artículo se centrará en dos temas. En primer lugar, analizará el tratamiento de los derechos de la niña y del niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente en lo relativo al interés superior del niño en los procesos de adopción y la protección especial del vínculo entre el padre y la hija. La segunda parte analizará el tratamiento de la compraventa de niños en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proponiendo algunas medidas que la Corte IDH pudo haber tomado en cuenta en este caso. Finalmente, se presentarán algunos desarrollos recientes del caso, así como algunas conclusiones y posibles repercusiones para una mayor protección de la niñez.

* El presente artículo es inédito y se basa en una investigación realizada para cumplir con el requerimiento de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) para obtener revalidación del título de abogado obtenido en el extranjero. Quisiera agradecer a la Secretaría de la Facultad de Derecho de la PUCP por el apoyo prestado para el cumplimiento de este requisito, así como por los comentarios recibidos por el Comité de Evaluación, Prof. Roger Rodríguez Iturri, Prof. Víctor Saco Chung y Prof. Erika Zuta Vidal.

** Director de la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa y candidato a doctor en derecho por la misma Universidad.

PALABRAS CLAVES:

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interés Superior del Niño, Derecho de los Niños y de las Niñas, Compraventa de niñas y niños, Argentina.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the case Fornerón and daughter vs Argentina, decided by the Inter-American Court of Human Rights in April 2012. The case focuses on three main topics: (i) the superior interest of the child, due process and judicial protection in cases related to family law; (ii) the international standards on human rights to protect the biological link between parent and child; and (iii) the duty to implement internal regulations to protect the child and the family in adoption procedures.

The article will focus on two areas of analysis. First, it will assess the standards set by the Inter-American Human Rights System on the protection of the child, specifically in adoption processes and the protection of the biological link between parent and daughter. The second part will analyze the obligations of the state to prevent the sale of children, proposing some guidelines that the Inter-American Court of Human Rights could have taken in this topic. Finally, the article will conclude with some information regarding the implementation of this decision and what this case might mean for state parties to the American Convention on Human Rights.

KEY-WORDS:

Inter-American Human Rights System, Inter-American Court of Human Rights, Superior Interest of the Child, Rights of Children, Sale of Children, Argentina.

RÉSUMÉ

L'objectif de cet article est d'analyser l'affaire Fornerón et sa fille c l'Argentine, décidée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en avril 2012. L'affaire se concentre sur trois thèmes principaux: (i) l'intérêt supérieur de l'enfant, des garanties judiciaires et la protection judiciaire dans les affaires liées au droit de la famille; (ii) les normes internationales relatives aux droits de la personne pour protéger le lien biologique entre parent et enfant; et (iii) le devoir de mettre en application les règlements internes pour protéger l'enfant et la famille dans les procédures d'adoption.

L'article se concentrera sur deux domaines d'analyse. Premièrement, il évaluera les normes établies par le Système interaméricain des droits de l'homme sur la protection de l'enfant, en particulier dans les processus d'adoption et la protection du lien biologique entre le parent et sa fille. La seconde partie analysera les obligations de l'État en matière de prévention de la vente d'enfants, en proposant certaines lignes directrices que la Cour Interaméricaine aurait pu prendre sur ce sujet. Enfin, l'article se terminera par quelques informations sur la mise en œuvre de cette décision et sur ce

que cette affaire pourrait signifier pour les États parties à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme.

MOTS-CLÉS :

Système interaméricain des Droits de la Personne, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, intérêt supérieur de l'enfant, droits des enfants, vente d'enfants, Argentine.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----|
| Introducción y planteamiento del <i>Caso Fornerón e hija vs Argentina</i> | 375 |
| I. Hechos del <i>Caso Fornerón e hija vs Argentina</i> | 381 |
| A. Primera demanda: “Agente Fiscal solicita medidas previas-posible comisión de supresión de estado civil”, expediente No. 537..... | 382 |
| B. Segunda demanda: “[M.] S/ Guarda Judicial”, expediente No. 994..... | 382 |
| C. Tercera demanda: “Fornerón Leonardo Aníbal Javier S/Derecho de visitas”, expediente No. 3768..... | 383 |
| D. Cuarta demanda: “Fornerón M [.] S/Adopción Plena”, expediente No. 4707..... | 384 |
| II. Problemas jurídicos del <i>Caso Fornerón e hija vs Argentina</i> | 385 |
| III. El interés superior del niño y la protección del vínculo familiar en el <i>Caso Fornerón e hija vs Argentina</i> : Comentarios desde los estándares internacionales en derechos humanos..... | 387 |
| IV. La compraventa de niñas y niños como violación a los Derechos Humanos: La obligación de adoptar medidas de derecho interno debe incluir la creación de políticas públicas preventivas..... | 392 |
| Conclusiones en torno al <i>Caso Fornerón e hija vs Argentina</i> y posibles repercusiones para el contexto peruano..... | 398 |

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL CASO FORNERÓN E HIJA VS ARGENTINA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”)¹ ha consolidado la protección de derechos y libertades

1. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, 9 ILM 99 (entrada en vigor el 18 de julio de 1978).

universales reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, "DIDH") en las Américas. Desde la entrada en vigor de la CADH en julio de 1978, los estándares establecidos por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "SIDH") y los Estados Parte han propiciado un mayor régimen jurídico de protección, particularmente hacia los grupos vulnerables. Sin embargo, y cómo se verá en este artículo, estas victorias jurídicas no necesariamente están acompañadas de políticas públicas, lo que dificulta el logro de cambios sociales.

El propósito de este artículo es realizar un análisis del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, decidido el 27 de abril de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH").² Esta sentencia se centró en tres aspectos principales: (i) el interés superior del niño y de la niña, las garantías judiciales y las protección judicial en casos relativos al derecho de familia; (ii) el marco de protección del derecho internacional de los derechos humanos aplicable al vínculo entre padres e hijos; y (iii) el deber de implementar disposiciones de derecho interno para la protección del niño y de la familia.

El SIDH ha desarrollado³ extensamente los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial,⁴ por lo que gran parte de la jurisprudencia de la Corte IDH, independientemente de los hechos del caso, ha centrado su análisis en la respuesta de los órganos de administración de justicia.⁵ En el caso de los derechos del niño, la Corte IDH ha desarrollado principios relativos al interés superior del niño y su protección bajo el artículo 19 de la CADH, así como la relación entre la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ y otros instrumentos internacionales con la CADH.⁷

2. *Caso Fornerón e hija (Argentina)* (2012), Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 242.

3. Christian Steiner & Patricia Uribe, eds, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014).

4. Kai Ambos, Gisela Elsner & Ezequiel Malarino, eds, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional — Tomo 1* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010); Kai Ambos, Gisela Elsner & Ezequiel Malarino, eds, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional — Tomo 2* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011).

5. Thomas Antkowiak & Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights* (New York: Oxford University Press, 2017).

6. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Resolución 44/25 de la Asamblea General (entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990).

7. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños y Niñas* (San José de Costa Rica: Inter-Am Ct HR, 2015).

En el presente caso, la Corte interpretó la CADH en concordancia con el artículo 9⁸ de la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo que debe priorizar el vínculo biológico entre el padre y la hija.⁹ La Corte IDH ha reiterado este criterio, aunque sin mayor profundización o desarrollo, en casos relativos al derecho de los migrantes¹⁰ y el vínculo familiar de las personas dominicanas de ascendencia haitiana.¹¹ De igual forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") no ha profundizado en este aspecto en sus informes temáticos relativos a la movilidad humana,¹² la situación de

-
8. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

9. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, supra nota 2, para 119.

10. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Argentina, Brasil, Paraguay & Uruguay)* (2014), Opinión Consultiva OC-21/14, Inter-Am Ct HR (Ser A) No 21.

11. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (República Dominicana)* (2014), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 282. En este caso, la Corte IDH analizó la responsabilidad internacional de República Dominicana por limitar la nacionalidad dominicana de personas de origen haitiano. En este caso, la Corte IDH hace una breve referencia al *Caso Fornerón e hija* únicamente para resaltar la especial gravedad de los casos en que las víctimas son niñas o niños.

12. CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Washington, DC: CIDH, 2015).

niños refugiados y migrantes en Estados Unidos¹³ o el impacto de la violencia y del crimen organizado en la infancia.¹⁴

Desde la publicación de este fallo, la Corte IDH volvió a tratar el tema de las adopciones en un caso decidido en marzo de 2018. El *Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala*¹⁵ trata sobre el proceso de adopciones internacionales y las obligaciones del Estado para asegurar que el marco legal sea conforme con los estándares internacionales en derechos humanos. A diferencia del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, en este caso el estado de Guatemala asumió parcialmente su responsabilidad¹⁶ y el análisis de la Corte IDH se centra en el marco jurídico que permitió la adopción de dos hermanos declarados en situación de abandono por dos familias estadounidenses.¹⁷

Si bien en ambos casos existe un vacío normativo, el *Caso Fornerón e hija vs Argentina* mantiene su relevancia pues demuestra la falta de conocimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos en materia de derechos de la infancia por parte de las autoridades argentinas, así como el uso de estereotipos por parte de las autoridades judiciales para dificultar el restablecimiento del vínculo familiar. No obstante, lo anterior, en el *Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala*, la Corte IDH reitera los principios de mantener el vínculo con el padre biológico,¹⁸ la debida diligencia de las autoridades en materia de adopción¹⁹ y la prohibición de remuneración en este tipo de procesos.²⁰

En el *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, la Corte IDH hizo lo mínimo indispensable para restablecer el vínculo entre el padre y su hija. Los hechos lograron demostrar que la víctima intentó judicialmente establecer esta relación y que cualquier demora que pudo haberse producido en los cuatro procesos internos, no podía ser atribuida al señor Fornerón. Sin embargo, y con un enfoque constructivo, este

13. CIDH, *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América* (Washington, DC: CIDH, 2015).

14. CIDH, *Violencia, niñez y crimen organizado* (Washington, DC: CIDH, 2015).

15. *Caso Ramírez Escobar y otros (Guatemala)* (2018), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 351.

16. *Ibid*, paras 19–26.

17. *Ibid*, paras 61–78.

18. *Ibid*, para 164.

19. *Ibid*, para 167.

20. *Ibid*, para 316.

artículo pretende ahondar en algunos aspectos que hubiesen merecido una atención especial por parte de la Corte IDH.

En la sentencia, los hechos del caso son presentados de una forma que deja abierta la posibilidad que la madre habría vendido su hija a la familia.²¹ Si bien la sentencia no ahonda en esta situación, la Corte IDH dejó abierta la posibilidad de que se realicen las investigaciones correspondientes. Adicionalmente, se ordena la tipificación del delito de compraventa de niñas y niños en el Código Penal argentino.

Recientemente, la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha establecido en su reporte al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU") que uno de los principales problemas es la falta de datos fiables para determinar la magnitud del problema de niños que están siendo adoptados como consecuencia de procesos de venta.²² Si bien esta práctica implica una violación al 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,²³ la falta de información y el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas, impacta significativamente en la implementación de medidas preventivas.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es el acervo probatorio para determinar si la compraventa de niños es una práctica común en dicho país o fue un hecho aislado.²⁴ La Corte IDH determinó que únicamente se iba a centrar en los hechos concretos contemplados en el informe de fondo de la CIDH.²⁵

En este caso, la Corte IDH hubiese podido ordenar informes o expertos que contribuyan a determinar la veracidad de dicha afirmación.

21. En la siguiente sección de este artículo se hará un resumen de los principales hechos del caso.

22. Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía — Estudio temático sobre adopciones ilegales*, UNGAOR, 22 de diciembre de 2016, UN Doc A/HRC/34/55, para 27.

23. *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*, 25 de mayo de 2000, Resolución A/RES/54/263 (entrada en vigor el 18 de enero de 2002).

24. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 19.

25. *Ibid.*

La Corte IDH en su práctica ha ido “más allá” del caso concreto,²⁶ tanto en sus argumentos de fondo como en algunas de las reparaciones ordenadas.²⁷ De cierta forma, esta es la razón de ser de las garantías de no repetición.²⁸

Los motivos para determinar por qué la Corte IDH no utilizó estos precedentes para ir más allá difícilmente se sabrán. Puede ser que en este caso se quiso priorizar el establecimiento del vínculo entre el padre biológico y la hija, por lo que se evitó cualquier medida complementaria que pudiese haber afectado esta relación. Sin embargo, el principio del interés superior del niño y de la niña debe contener reglas claras que permitan asegurar que los procesos de adopción cumplan con estándares de derechos humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño, principalmente el respecto al vínculo biológico y medidas de prevención para evitar que este tipo de procesos sean utilizados como pretexto para conseguir un beneficio económico o que se aproveche de la situación de indefensión de grupos vulnerables como pueblos indígenas, entre otros.

Luego de hacer un breve recuento de los hechos y de identificar los principales problemas jurídicos del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, el artículo se centrará en tres temas. En primer lugar, analizará el tratamiento de los derechos de la niña y del niño en el SIDH, particularmente en lo relativo al interés superior del niño en los procesos de adopción y la protección especial del vínculo entre el padre y la hija. La segunda parte analizará el tratamiento de la compraventa de niños en el DIDH, proponiendo algunas medidas que la Corte IDH pudo haber tomado en cuenta en este caso. Finalmente, se presentarán algunos desarrollos recientes del caso, así como algunas conclusiones y posibles repercusiones para la protección de la infancia frente a la compraventa o procesos de adopción irregulares.

26. Cristián Correa, “Artículo 63. Reparaciones y Medidas Provisionales” en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 817.

27. Claudio Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009); Judith Schonsteiner, “Dissuasive Measures and the ‘Society as a Whole’: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights” (2007) 23:1 *Am U Int’l L Rev* 127.

28. Sergio García Ramírez, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones” en Corte Interamericana de Derechos Humanos, ed, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004* (San José de Costa Rica: Organización de Estados Americanos, 2005) 1.

I. HECHOS DEL CASO FORNERÓN E HIJA VS ARGENTINA

Como se ha establecido en la introducción de este artículo, el caso trata sobre las medidas planteadas por el señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón para que sea reconocido como el padre biológico de M²⁹ y que esto permita el desarrollo de un vínculo parental entre ambos. Los principales actores de los hechos del caso son: (i) el padre biológico de M y peticionario en el presente caso, Leonardo Fornerón; (ii) la madre biológica, Diana Elizabeth Enríquez, quién dio en adopción a M; (iii) el matrimonio que adoptó a la niña, identificados como B-Z; y (iv) la niña, identificada por la Corte IDH como M.

M nació el 16 de junio de 2000 en la ciudad de Victoria, Provincia de Entre Ríos, Argentina.³⁰ Su madre biológica es Diana Elizabeth Enríquez y su padre biológico es Leonardo Aníbal Javier Fornerón. El 17 de junio de 2000, la madre entregó M al matrimonio B-Z, habitantes de la ciudad de Buenos Aires, para la guardia con fines de adopción sin el conocimiento de esta medida por parte del señor Fornerón. Este proceso contó con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria.³¹ El acta de nacimiento de M fue registrado por la madre el 20 de junio de 2000 en la ciudad de Rosario del Tala. Con posterioridad a este registro, la señora Enríquez le confirmó al señor Fornerón que él es el padre biológico de M.

El 3 de julio de 2000, el señor Fornerón y la señora Enríquez acudieron ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala en la cual el señor Fornerón manifestó que si es el padre biológico de M, él estaría dispuesto a hacerse cargo de su hija.³² Dado que la relación entre los padres biológicos de M había terminado antes de su nacimiento, el señor Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo de la señora Martínez hasta el quinto mes de gestación pero su paternidad sólo fue confirmada con posteridad al nacimiento y luego de haberse iniciado el proceso de guardia con fines de adopción.³³

29. Tanto en el informe de admisibilidad como en el informe de fondo, la CIDH utiliza el nombre completo de la hija del señor Fornerón (Milagros Fornerón). Para efectos de este informe y siguiendo el criterio utilizado por la Corte IDH en su sentencia, la hija será referida como "M" y el matrimonio que adoptó a M será referido como el matrimonio B-Z.

30. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 21.

31. *Ibid*, para 22.

32. *Ibid*, para 23.

33. *Ibid*.

El 18 de julio de 2000, el señor Fornerón fue al Registro Civil y reconoció legalmente a M como su hija.³⁴ Desde la visita a la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala el 3 de julio de 2000 hasta la presentación del caso ante la CIDH el 14 de octubre de 2004,³⁵ el señor Fornerón intervino en 4 demandas, dos civiles y dos penales, para lograr establecer el vínculo con M.³⁶

A. Primera demanda: "Agente Fiscal solicita medidas previas-posible comisión de supresión de estado civil", expediente No. 537

El 11 de julio de 2000,³⁷ la Fiscalía solicitó al juez de instrucción de Rosario del Tala la autorización de medidas previas por la supuesta comisión del delito de supresión y suposición del estado civil y de identidad, establecido en los artículos 138 y 139 bis del Código Penal argentino.³⁸ El 28 de julio de 2000, el juez de Instrucción rechazó esta medida por considerar que los hechos no constituían el tipo penal referido en la solicitud fiscal.³⁹ A pesar de las apelaciones y del resultado de las pruebas de ADN realizadas por el señor Fornerón que conformaron su paternidad,⁴⁰ esta causa fue archivada definitivamente el 26 de abril de 2011.

B. Segunda demanda: "[M.] S/ Guarda Judicial", expediente No. 994

El 1 de agosto de 2000,⁴¹ el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M.⁴² El señor Fornerón pidió el 18 de octubre del mismo año la interrupción de la guarda judicial y que M le fuera entregada en guarda provisoria.⁴³ Fue en el marco de este proceso que la paternidad del señor Fornerón fue confirmada mediante una prueba de ADN, cuyos

34. *Ibid*, para 24.

35. *Ibid*, para 1.

36. *Ibid*, para 25.

37. *Ibid*, paras 26–30.

38. *Ibid*, para 26.

39. *Ibid*, para 27.

40. *Ibid*, para 29.

41. *Ibid*, paras 31–38.

42. *Ibid*, para 31.

43. *Ibid*.

resultados fueron recibidos por el juez de Primera Instancia el 11 de diciembre de 2000. En marzo de 2001, el mismo juez ordenó la realización de un informe psicológico para determinar los posibles daños que M podría sufrir en el caso el señor Fornerón recibiese la guarda provisoria.⁴⁴ El informe concluyó que este cambio sería sumamente dañino psicológicamente y que podría ocasionarle daños emocionales graves e irreversibles.⁴⁵

El 17 de mayo de 2001, el juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de M al matrimonio B-Z.⁴⁶ Algunos de los motivos para justificar su decisión fueron la relación esporádica entre el señor Fornerón y la señora Enríquez, la oposición por parte de la madre biológica a que el señor Fornerón tenga la guarda de M, la supuesta falta de interés por parte del señor Fornerón durante el proceso de gestación, la ausencia de una figura materna en el caso de dar la guarda al padre biológico y los daños irreparables que podría sufrir M en este proceso.⁴⁷ Esta decisión fue apelada y el 10 de junio de 2003, la Sala Primera de la Cámara Segunda de Paraná revocó la guarda judicial del matrimonio B-Z pero esta fue posteriormente restablecida el 20 de noviembre del mismo año por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.⁴⁸ De acuerdo con el razonamiento de este Tribunal, el interés superior del niño hizo prevalecer la necesidad de mantener a M bajo la guarda del matrimonio B-Z, quienes ya llevaban más de 3 años viviendo juntos, que establecer el vínculo con el padre biológico.⁴⁹ La última apelación en esta causa fue desechada el 4 de diciembre de 2003 por el incumplimiento de requisitos formales.⁵⁰

C. Tercera demanda: "Fornerón Leonardo Aníbal Javier S/Derecho de visitas", expediente No. 3768

El 15 de noviembre de 2001,⁵¹ el señor Fornerón presentó un juicio de derecho de visitas, el cual fue conocido por el Juez de Primera

44. *Ibid*, para 32.

45. *Ibid*.

46. *Ibid*, para 33.

47. *Ibid*.

48. *Ibid*, para 36.

49. *Ibid*, paras 36–37.

50. *Ibid*, para 38.

51. *Ibid*, paras 39–42.

Instancia de Victoria el 7 de abril de 2004.⁵² Fue en el marco de esta causa que, hasta la publicación de la sentencia de la Corte IDH, se dio el único encuentro entre el señor Fornerón y M.⁵³ Luego de que el régimen de visitas fuera rechazado y esta decisión fuera apelada, el 4 de mayo de 2011 se realizó una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la cual el señor Fornerón y el matrimonio B-Z acordaron un régimen de visitas.⁵⁴

D. Cuarta demanda: "Fornerón M [.] S/Adopción Plena", expediente No. 4707

El 6 de julio de 2004,⁵⁵ el matrimonio B-Z interpuso una demanda de adopción plena, la cual fue conocida por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Victoria. En una audiencia del 6 de abril de 2005, el señor Fornerón se opuso a la adopción plena pero igualmente informó al matrimonio B-Z y al juez de esta causa sobre la presentación de una petición ante la CIDH. El 23 de diciembre de 2005, el juez otorgó la adopción simple al matrimonio B-Z.⁵⁶

La petición del señor Fornerón ante la CIDH se formuló el 14 de octubre de 2004, cuyo informe de admisibilidad fue adoptado el 26 de octubre de 2006. El informe de fondo fue publicado el 13 de julio de 2010.⁵⁷

La Corte IDH adoptó la sentencia para este caso el 27 de abril de 2012, en la cual determinó que el Estado argentino: (i) es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial con relación a los artículos 1.1 y 17.1 de la CADH; (ii) es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH; y (iii) incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la CADH.⁵⁸

52. *Ibid*, para 39.

53. *Ibid*, para 40.

54. *Ibid*, para 42.

55. *Ibid*, para 43.

56. *Ibid*.

57. *Ibid*, para 1.

58. *Ibid*, para 218.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO FORNERÓN E HIJA VS ARGENTINA

La Corte IDH centró su decisión de fondo en el análisis del derecho a las garantías judiciales⁵⁹ y a la protección judicial⁶⁰ aplicable⁶¹ a la

59. El artículo 8 de la CADH establece:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

60. El artículo 25 de la CADH establece:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

61. Sobre la interpretación y aplicación de los artículos 8 y 25 de la CADH, ver: Juana María Ibáñez Rivas, "Artículo 8. Garantías Judiciales" en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 207; Juana María Ibáñez Rivas, "Artículo 25. Protección Judicial" en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 606.

obligación de respetar y garantizar los derechos del niño en el marco de la CADH. De forma más concreta, la Corte IDH evaluó la actuación de los órganos de administración de justicia argentina en los procesos relativos a la guarda, custodia y visita de M. Luego de determinar que en estos procesos internos se dieron violaciones a los artículos 8 y 25 de la CADH, la Corte IDH analizó como dicha falencia afectó el derecho a la protección familiar del señor Fornerón y de M. Finalmente, la Corte IDH se centró en la falta de tipificación del delito de compraventa de niños en el Código Penal como un incumplimiento de adoptar medidas de derecho interno.

Como se ha establecido en la introducción, la Corte IDH hizo prevalecer el vínculo entre el padre biológico y su hija. Si bien no fue solicitado en el caso que el señor Fornerón asuma la guarda de M, la Corte IDH ordenó el establecimiento del vínculo entre ellos.⁶² La Corte IDH, de una forma similar al *Caso Atala Riffo e hijas vs Chile*,⁶³ también pudo declarar inadmisibles el uso de “especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas”⁶⁴ para negar o limitar el vínculo entre padre e hija.

Con el propósito de ahondar en algunos de los aspectos centrales del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, este artículo desarrollará las siguientes preguntas:

- ¿Cómo se puede interpretar y aplicar el principio del Interés Superior del Niño en procesos de adopción y qué medidas se deben adoptar para evitar que este tipo de procesos menoscaben el vínculo entre el padre biológico y la hija?
- ¿Qué es lo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entiende por venta de niños y qué medidas deben los Estados adoptar para prevenir su realización a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos?

62. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, paras 150–60.

63. *Caso Atala Riffo y niñas (Chile)* (2012), Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 239, paras 109–11.

64. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 50.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN DEL VÍNCULO FAMILIAR EN EL *CASO FORNERÓN E HIJA VS ARGENTINA*: COMENTARIOS DESDE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS

La protección de la familia cuenta con un amplio reconocimiento en el DIDH y en la CADH.⁶⁵ Esta protección es igualmente extensa en lo que respecta a los derechos del niño.⁶⁶ Como se ha establecido en la primera parte del artículo, los artículos relevantes para esta sección son los artículos 17⁶⁷ y 19⁶⁸ de la CADH.

En el SIDH, la Corte IDH estableció en su *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos — menores y adultos — y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”⁶⁹ Esta disposición es importante pues implica que más allá de la normativa, lineamientos y protocolos de actuación, la autoridad competente tiene la obligación de examinar el caso

65. Mary Beloff, “Artículo 17. Protección a la Familia” en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 386.

66. Mary Beloff, “Artículo 19. Derechos del Niño” en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 448.

67. El artículo 17 de la CADH establece:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

68. El artículo 19 de la CADH establece:

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

69. *Condición jurídica y derechos humanos del niño (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)* (2002), Opinión Consultiva OC-17/02, Inter-Am Ct HR (Ser A) No 17, para 54.

concreto y tomando en cuenta el contexto de la niña, niño o adolescente, tomar la decisión que mejor respete y proteja sus derechos humanos.

En el *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, lo que se puede observar es que la conducta de las autoridades que intervinieron en los procesos de adopción y custodia de M estuvo marcada por la negligencia,⁷⁰ situación que afectó tanto al señor Fornerón como a su hija. Las decisiones adoptadas en las distintas causas internas demostraron una falta de conocimiento de los estándares mínimos de protección del DIDH y las obligaciones internacionales asumidas por Argentina,⁷¹ una concepción limitada del concepto de familia⁷² y estereotipos que primaron sobre la aplicación del derecho.⁷³

Por este motivo es que no sorprende la importancia que la Corte IDH le da al principio de interés superior del niño.⁷⁴ La preocupación por encontrar las disposiciones de protección más amplias hacia la niña, niño y adolescente guarda relación directa en cómo vincular lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño con el artículo 19 de la CADH para que pueda ser utilizada como un criterio interpretativo.

En el *Caso Niños de la calle vs Guatemala*, la Corte IDH estableció que tanto “la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”⁷⁵

El principio del interés superior del niño es un elemento que se encuentra en todas las secciones del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, incluyendo las medidas de reparación.⁷⁶ Este principio fue inicialmente reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño en su

70. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 106.

71. *Ibid*, paras 79–90.

72. *Ibid*, paras 95–97.

73. *Ibid*, paras 91–100.

74. *Ibid*, para 48.

75. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) (Guatemala)* (1999), Fondo, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 63, para 194.

76. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, paras 150, 178 y 184.

artículo 3, párrafo 1⁷⁷ pues permitió pasar de una doctrina de situación irregular hacia una de protección integral.⁷⁸ Sobre este aspecto, el Comité de los Derechos del Niño (en adelante “CDN”) de la ONU ha establecido que el interés superior del niño tiene una triple dimensión, la cual incluye un marco de derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma procesal:⁷⁹

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán

77. El artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

78. Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral* (Bogotá: Forum Pacis, 1997).

79. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CDNOR, 62º período de sesiones, UN Doc CRC/C/GC/14 (2013).

explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.⁸⁰

La referida Observación General del CDN se da con posterioridad a la publicación de la sentencia del *Caso Fornerón e hija vs Argentina* pero esta recoge un consenso sobre el interés superior del niño que se ha desarrollado desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990.⁸¹ En lo que corresponde al caso bajo análisis, es importante mencionar que el interés superior del niño busca la protección del vínculo familiar, estableciendo en su artículo 9 que por regla general, los hijos no pueden ser separados contra la voluntad de sus padres.

Este es uno de los aspectos más críticos de todo el caso pues desde la realización de la prueba de ADN por parte del señor Fornerón,⁸² en la cual se comprobó ser el padre biológico de M, las entidades de administración de justicia argentinas pusieron trabas para establecer el vínculo entre ellos. Si bien la Corte IDH analiza la responsabilidad de estos agentes y posteriormente determina la responsabilidad del Estado por violación de los artículos 8 y 25 de la CADH, las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH hubiesen podido haber desarrollado un poco más la importancia de mantener y fortalecer este vínculo. Por ejemplo, en el *Caso Gelmán vs Uruguay*,⁸³ la Corte IDH estableció lo siguiente:

el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia

80. *Ibid*, para 6.

81. Carlos Tejeiro López, *Teoría General de Niñez y Adolescencia* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2005).

82. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 29.

83. *Caso Gelmán (Uruguay)* (2011), Fondo y Reparaciones, Inter-Am Ct HR (Ser C) No 221.

solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.⁸⁴

En este caso, la Corte IDH ordenó al Estado la restitución del vínculo entre el señor Fornerón y M⁸⁵ a través de un procedimiento de acercamiento progresivo.⁸⁶ Esto es importante para resolver el caso, pero insuficiente para consolidar el marco de protección del artículo 17 y artículo 19 de la CADH. En este caso, la Corte IDH pudo haber establecido lineamientos con respecto a procesos de adopción para permitir conocer la voluntad de la madre y del padre, así como solicitar al Estado la creación e implementación de protocolos específicos de actuación que permita a las instituciones del Estado evitar que situaciones como esta vuelvan a repetirse.

Con anterioridad al *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, el vínculo entre el padre y su hijo tuvo especial relevancia en el *Caso Elián González* que enfrentó⁸⁷ diplomáticamente a Cuba y Estados Unidos sobre la custodia del niño, quién había sido llevado por su madre a Estados Unidos en 1999 utilizando una balsa. La madre falleció en el trayecto desde Cuba, pero el niño fue rescatado por las autoridades estadounidenses. Esto implicó un conflicto político pues el padre de Elián González se encontraba en Cuba y su hijo había sido llevado por la madre sin su consentimiento. En este caso, el principio del interés superior del niño fue utilizado tanto por el padre como por la familia materna ubicada en la ciudad de Miami. Finalmente, el niño retornó a Cuba, bajo el cuidado de su padre a mediados de 2000.⁸⁸

Este caso es relevante pues más allá de aspectos políticos o la existencia de prejuicios o estereotipos por parte de las autoridades judiciales, el DIDH establece la obligación de los Estados de preservar el vínculo familiar. En este sentido, el interés superior del niño obliga a las autoridades competentes a velar por la niña, niño y adolescente como sujeto de derecho. En el caso que se deba romper este vínculo,

84. *Ibid*, para 125.

85. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, para 150.

86. *Ibid*, para 160.

87. David L Dillman, "The Paradox of Discretion and the Case of Elian Gonzalez" (2002) 2:2 Pub Org Rev 165.

88. Marcia M Reisman, "Where to Decide the Best Interests of Elian Gonzalez: The Law of Abduction and International Custody Disputes" (2000) 31:2 U Miami Inter-Am L Rev 323.

permitido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este debe ser debidamente motivado y justificado.

En el presente caso, la Corte IDH priorizó el establecimiento del vínculo familiar entre el señor Fornerón y M.⁸⁹ Se debe tener en cuenta que ni lo peticionarios ni la CIDH solicitaron que el señor Fornerón asuma la custodia de M como padre biológico. Sin embargo, la Corte IDH pudo haber contemplado medidas que prevean este tipo de situaciones conflictivas. No es del todo cierto si es que, bajo el interés superior del niño, la Corte IDH hubiese dado la custodia al señor Fornerón, pero el vacío existente sobre este punto podría llevar a procesos judiciales innecesarios. Si bien el *Caso Fornerón e hija vs Argentina* trata sobre un proceso de adopción nacional, la Corte IDH pudo haber tenido en cuenta los lineamientos establecidos en el *Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*.⁹⁰

IV. LA COMPRAVENTA DE NIÑAS Y NIÑOS COMO VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS DE DERECHO INTERNO DEBE INCLUIR LA CREACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVENTIVAS

En el desarrollo del *Caso Fornerón e hija*, los peticionarios alegaron ante la CIDH que el proceso de adopción por parte del matrimonio B-Z fue resultado de una compraventa entre ellos y la madre biológica de M.⁹¹ Adicionalmente, los peticionarios argumentaron que la compraventa y/o tráfico de niños es una práctica común en ciertas partes del país y que no existe información oficial por parte del Estado sobre este fenómeno.

La Corte IDH decidió no entrar al análisis de este aspecto dado que no fue incluido en el informe de fondo de la CIDH pero, al centrarse en

89. Lucía Rizik Mulet, "Los Derechos del Niño y la Protección a la Familia. El *Caso Fornerón e hija vs Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (2014) 6 *Revista de Derecho* — Escuela de Posgrado 35.

90. *Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, 29 de mayo de 1993, 17^ª sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Privado Internacional (entrada en vigor el 1 de mayo de 1995).

91. CIDH, *Petición 1070-04: Caso Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón Javier Fornerón v Argentina* (2006), CIDH, Informe de Admisibilidad No 117/06, paras 11–13.

el proceso de adopción de M, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por violación del artículo 2 de la CADH, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1. En este contexto, ordenó la tipificación del delito de compraventa de niñas y niños en el Código Penal argentino.

El objetivo de esta sección del artículo es analizar el razonamiento de la Corte IDH para desestimar el estudio de esta supuesta práctica generalizada de venta de niños en Argentina. Si bien no existen elementos para decir que el caso de M es parte de una práctica generalizada o que esta práctica se da, la Corte IDH pudo haber tenido en cuenta este punto, tanto en su análisis de fondo como en su decisión para poder garantizar que la alegada “venta” no se repita en el Estado. Como se verá a continuación, la decisión de tipificar una conducta es correcta pero insuficiente pues se centra en aspectos represivos y no preventivos.

En el informe de fondo de la CIDH,⁹² los peticionarios afirmaron que M fue vendida por la madre biológica al matrimonio B-Z. Cuando el señor Fornerón presentó una causa ante el tribunal argentino por la presunta comisión del delito de supresión de estado civil, el juez archivó la demanda, no por falta de méritos sino por atipicidad, dado que los hechos del caso se equiparaban más a una compraventa de niños, la cual no estaba tipificada en el código penal.⁹³

Sobre este aspecto, los peticionarios enfatizaron sobre la existencia de una práctica de tráfico de niños, particularmente en el norte de Argentina pero que no se podía dimensionar la amplitud de este fenómeno debido a la ausencia de información oficial sobre esta situación.⁹⁴ La CIDH analizó este alegato por los peticionarios en su informe de fondo,⁹⁵ pero en este caso el informe se centró en cómo la falta de tipificación de la compraventa de niños en el Código Penal constituía una violación a los artículos 2, 1.1 y 19 de la CADH,⁹⁶ recomendando al Estado la implementación del delito de compraventa de niños en su Código Penal.⁹⁷

92. *Caso 12.584: Caso Milagros Fornerón, Leonardo Anibal Fornerón y Javier Fornerón v Argentina* (2010), Inter-Am Ct HR, Informe de Fondo No 83/10.

93. *Ibid*, paras 14–15 y 44–45.

94. *Ibid*, para 17.

95. *Ibid*, paras 129–34.

96. *Ibid*, para 134.

97. *Ibid*, para 136.5.

En la sentencia de la Corte IDH, en la sección titulada “determinación del marco fáctico”⁹⁸ se vuelve a tocar este tema en la cual se reitera la posición de los peticionarios de que la situación de M se enmarca dentro de una práctica de compraventa, la cual se mantiene por la connivencia de las autoridades judiciales. Esto fue rechazado por el Estado,⁹⁹ a pesar de haber reconocido la existencia de un vacío legislativo y una confusión conceptual entre los delitos de tráfico y compraventa.¹⁰⁰ En este caso, la decisión de la Corte IDH fue de excluir el análisis de esta situación general dado que no fue incluido en el informe de fondo de la CIDH.¹⁰¹ En este contexto, la Corte IDH se centró en el análisis de la compraventa de menores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,¹⁰² ordenando al Estado la tipificación del delito de compraventa de niños y niñas,¹⁰³ de acuerdo a las prerrogativas establecidas¹⁰⁴ en el artículo 63 de la CADH.¹⁰⁵

Como se ha establecido anteriormente, la Corte IDH adoptó las medidas necesarias para asegurar el restablecimiento progresivo del vínculo entre el señor Fornerón y M.¹⁰⁶ Esta fue su principal preocupación y posiblemente el otorgamiento de medidas de reparación que trasciendan al caso concreto, propio de la figura de las garantías de no-repetición, hubiese podido afectar dicho propósito.

En esta sentencia, la decisión de la Corte IDH de excluir del material fáctico del caso la supuesta práctica de venta de niños en Argentina pudo haberse tratado de forma diferente, considerando las atribuciones de la Corte IDH en la solicitud de pruebas. El artículo 58 del Reglamento de la Corte IDH establece lo siguiente:¹⁰⁷

98. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, paras 17–19.

99. *Ibid*, para 18.

100. *Ibid*, para 128.

101. *Ibid*, para 19.

102. *Ibid*, paras 124–44.

103. *Ibid*, para 177.

104. David Baluarte, “Strategizing for Compliance: The evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims’ representatives” (2012) 27:2 *Am U Int’l L Rev* 263.

105. Salvador Herencia Carrasco, “Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Ambos, Elsner & Malarino, *Tomo 2*, *supra* nota 4, 381.

106. Milagros Berti García & Fernando J Nasazzi Ruano, “Análisis ético jurídico del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno” (2014) 4:4 *Revista Internacional de Derechos Humanos* 221.

107. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Artículo 58. Diligencias probatorias de oficio

En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

- a. Procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.
- b. Requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el su ministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.
- c. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento, la Corte IDH tendría la potestad de solicitar mayor información para determinar la existencia o no de una práctica de compraventa de niños.¹⁰⁸ Si bien esta información no era indispensable para determinar la responsabilidad del Estado argentino en el caso del señor Fornerón, hubiese sido importante para las medidas de repetición y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la CADH, el cual establece:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Esta disposición de la CADH es fundamental para la plena protección, garantía, goce y ejercicio de los derechos reconocidos en este instrumento, pues permite desarrollar un marco de análisis y el otorgamiento de medidas de reparación que trasciendan al caso

108. Alexandra Huneus, "Human Rights between Jurisprudence and Social Science" (2015) 28:2 *Leiden J Int'l L* 255.

concreto.¹⁰⁹ Como está establecido en esta norma, si bien el artículo 2 prioriza la promulgación de medidas legislativas, se deja abierta la creación de medidas “de otro carácter,” la cual puede incluir cualquier acto o medida por parte de las autoridades del Estado.

Lo importante de esta expresión para el *Caso Fornerón e hija vs Argentina* es que la Corte IDH determina la responsabilidad del Estado por la falta de tipificación de esta norma en el Código Penal pero esta medida poco impacto va tener sobre las personas involucradas en la supuesta compraventa de M, pues se aplicaría el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la CADH.¹¹⁰ De esta forma, la orden de la Corte IDH de tipificar esta conducta va más allá de las medidas de reparación individuales, centrándose en medidas legislativas de tipo penal, sin enfatizar que el deber de implementación de medidas de derecho interno también debe incluir la creación de políticas públicas.

La decisión de tipificar esta conducta en el Código Penal es positiva pero insuficiente. Si no existe información que permita conocer la magnitud de este problema, el Estado no puede adoptar políticas preventivas ni crear protocolos de actuación ni asignar los recursos necesarios para poder preparar las instituciones de la Rama Judicial en el tratamiento de estos delitos. Esto es de especial importancia si se toma en cuenta que la Corte IDH ordena al Estado argentino la realización de cursos de capacitación a los operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos en derechos humanos y el principio del interés superior del niño y de la niña.¹¹¹ Si no existe data que permita conocer la magnitud del problema, sin políticas públicas y sin protocolos adecuación de actuación, estos cursos no contribuirán a mejorar la administración de justicia. Priorizar el cumplimiento del artículo 2 de la CADH a la promulgación de medidas legislativas es tener una mirada restrictiva sobre medios de prevención de violaciones de derechos humanos.

109. Eduardo Ferrer Mac-Gregor & Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno” en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 69.

110. El artículo 9 de la CADH establece lo siguiente:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

111. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, *supra* nota 2, paras 178–82.

La venta de niños es una violación a los derechos humanos que se encuentra recogida en el Protocolo Facultativo. El artículo 2.a de este instrumento la define 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.”¹¹² Si bien existe una legislación clara sobre este aspecto, incluyendo normas en América Latina,¹¹³ la ausencia de información y de medidas preventivas dificultan el cumplimiento de la ley.

En este contexto, la problemática de la compraventa de niños ha sido recientemente tratada por la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En un reciente reporte¹¹⁴ discutido en marzo de 2017 por el Consejo de Derechos Humanos, se analizó la forma cómo las niñas y niños pueden ser vendidos bajo la figura de las adopciones ilegales. La relatora hace especial alusión a la dificultad de encontrar información sobre este fenómeno y la dificultad de identificar estas prácticas dado que las niñas y los niños que sufren estos procesos tienden a ser “oficializados” de alguna forma.¹¹⁵ Dentro de las distintas modalidades de adopción ilegal, la compraventa es una de las formas más comunes.

Por este motivo es que la relatora recomienda, entre otras cosas: (i) la aprobación de una ley penal que prohíba absolutamente la venta de niñas y niños; (ii) revisar la legislación para evitar que casos de venta de niños sean tramitados como casos de adopción; (iii) fortalecer los sistemas nacionales de protección de la infancia y la familia, con especial atención a las familias vulnerables; (iv) adoptar medidas para que los procesos de adopción sean compatibles con el interés superior del niño; y (v) desarrollar sistemas de información sobre los procesos de adopción e identificación de circunstancias en las que se puedan dar casos de adopción simuladas.¹¹⁶

Volviendo al *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, si bien el reporte de la Relatora Especial fue adoptado con posterioridad a la sentencia, gran parte de las recomendaciones formuladas guardan relación

112. *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*, supra nota 23.

113. *Caso Fornerón e hija (Argentina)*, supra nota 2, para 143.

114. Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. *Supra* nota 8.

115. *Ibid*, para 27.

116. *Ibid*, para 95.

con medidas de prevención y sanción de violaciones a los derechos humanos. La crítica que se hace en este caso a la Corte IDH fue que no desestimó del todo la posible existencia de una compraventa por parte de la madre biológica de M al matrimonio B-Z, lo cual justifica la orden de tipificar esta conducta en el Código Penal. Sin embargo, la Corte IDH pudo haber solicitado más información al Estado argentino sobre esta situación y haber ordenado la implementación de políticas públicas preventivas. Asimilar la implementación de disposiciones de derecho interno a reformas legales es positivo pero el cambio social sólo vendrá de la mano de políticas públicas. De ahí la importancia de interpretar el artículo 2 de la CADH con medidas que impliquen tanto la creación de leyes como de políticas públicas.

CONCLUSIONES EN TORNO AL *CASO FORNERÓN E HIJA VS ARGENTINA* Y POSIBLES REPERCUSIONES PARA EL CONTEXTO PERUANO

Al haberse cumplido 6 años desde la publicación de la sentencia del *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, hasta la fecha la Corte IDH no ha programado una audiencia única de supervisión de cumplimiento de sentencia. La única audiencia que se ha dado fue el 26 de enero de 2015, en la cual se confirma que el Estado argentino informó sobre el cumplimiento de diversas sentencias. En el *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, el estado ha cumplido con el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.¹¹⁷ Hasta la fecha, el Estado argentino tampoco ha reformado su Código Penal para tipificar el delito de venta de niñas, niños y adolescentes, pero ha pagado la reparación económica al señor Fornerón y M. En lo que corresponde al aspecto más importante del caso, la restitución del vínculo familiar entre el señor Fornerón y M, las pocas noticias que han sido publicadas en los medios de comunicación informan que este encuentro se ha venido dando, pero con muchas dificultades.¹¹⁸

117. *Casos Torres Millacura y otros, Fornerón e hija, Furlan y familiares, Mohamed y Mendoza y otros (Argentina)* (2015), Reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, Resolución de la Corte IDH del 26 de enero de 2015.

118. "El Estado nacional debe pagar una indemnización millonaria a un entrerriano por la adopción ilegal de su hija," *Análisis Digital* (29 de mayo de 2014), en línea: <www.analisisdigital.com.ar/noticias.php?ed=1&di=0&no=203694>.

Como se estableció en este artículo, el señor Fornerón argumentó que la madre de M la habría vendido al matrimonio B-Z. La Corte IDH no profundizó en esta aseveración, pero ordenó que el estado llevara a cabo las investigaciones correspondientes. De acuerdo con la información presentada en los medios de comunicación,¹¹⁹ el señor Fornerón logró que un tribunal de primera instancia abriera una investigación contra la madre biológica, la familia adoptante y las autoridades que autorizaron esta adopción irregular. Sin embargo, un tribunal de apelación revocó la orden y actualmente el caso se verá en un tribunal de casación.¹²⁰

Esta decisión es problemática pues a pesar de la sentencia de la Corte IDH y la importancia que este fallo tuvo en tratar los estereotipos en materia de familia, factores socioeconómicos y prejuicios mantienen, en la práctica, una doctrina de situación irregular en lugar de la protección integral establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Si bien la implementación de las sentencias o cumplimiento de sentencias es un tema que no se ha tratado en este artículo,¹²¹ la Corte IDH tendría que ser más precisa en todos los componentes de su parte resolutive.

En lo que corresponde para el SIDH, el *Caso Fornerón e hija vs Argentina* es importante pues establece ciertos lineamientos para evitar que se utilice un proceso de adopción como medio para la venta de niñas, niños y adolescentes. La mayoría de los países de América Latina tipifica la venta de niños bajo la figura de la trata de personas, por lo que eventualmente habría que establecer una reforma para diferenciar entre la venta de niños contemplada en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de la figura de trata de personas.

Se debe resaltar que en la mayoría de los países de América Latina existen políticas sobre la trata de personas e instituciones con responsabilidades a nivel nacional. Sin embargo, la lección del *Caso Fornerón e hija* reside en la importancia de priorizar la implementación de políticas y de normas como mecanismo para cumplir con las disposiciones

119. Gabriel di Nicola, "Leonardo Fornerón: En la Argentina no hay justicia para los pobres," *Diario La Nación* (14 de junio de 2018), en línea: <www.lanacion.com.ar/2143681-leonardo-forneron-en-la-argentina-no-hay-justicia-para-los-pobres>.

120. *Ibid.*

121. Eduardo Ferrer Mac-Gregor & Carlos María Pelayo Möller, "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos" en Steiner & Uribe, *supra* nota 3, 42.

de implementación de medidas de derecho interno de la CADH y la importancia de contar con información sobre estos fenómenos sociales, con el fin de adoptar las medidas necesarias de prevención, protección y sanción.

En lo que corresponde al *Caso Fornerón e hija vs Argentina*, se reitera la idea de que la Corte IDH resolvió el caso correctamente, priorizando el establecimiento del vínculo parental entre el señor Fornerón y M. Sin embargo, un análisis detallado de los elementos de la sentencia lleva a la conclusión que la Corte IDH pudo haber desarrollado un marco preventivo y sancionador sobre la venta de niñas, niños y adolescentes, así como el desarrollo de estándares internacionales para que los procesos de adopción cumplan con el DIDH, particularmente con el interés superior de la infancia.