

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA
INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Solicitud de Contribuciones - Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños

1. Argentina ha ratificado distintos instrumentos internacionales de derechos humanos¹ que consagran el derecho a la identidad, los cuales han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. En el ordenamiento jurídico interno la ley N° 26.413² y sus modificatorias, regulan el Registro Civil y Capacidad de las personas, el cual establece un procedimiento de inscripción de nacimiento administrativo hasta el año de vida, vencido corresponde realizar la inscripción de nacimiento vía judicial. A través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 185/2019³, el Poder Ejecutivo flexibilizó la edad tope para el uso de la vía administrativa⁴. Por su parte, la Ley N° 346⁵ y sus modificatorias, regulan todo lo atinente a la ciudadanía y la Ley N° 26.061 de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes dispone, en su art. 11, sobre el derecho a la identidad de este colectivo⁶: Los capítulos VI, VII y VIII del Título V del Libro Segundo del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC)⁷ regulan las denominadas acciones de filiación. Así, el art. 558 prevé la filiación natural, la adoptiva y la derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana y el art. 588 y sig. establecen las distintas acciones de impugnación filial. Argentina no han promulgado hasta la fecha legislación en materia de gestación por sustitución, ya sea prohibicionista o permisiva, con lo cual los tribunales y las autoridades competentes se ven obligados a articular sus propias respuestas a la práctica de la gestación por sustitución a medida que ésta evoluciona. Distintos fallos judiciales⁸ han declarado la

¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Arts. 6° y 15); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24), Convención sobre los Derechos del Niño(Art. 7º y 8), Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 18 y 20).

² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/145345/texact.htm>

³ <http://aaip.gob.ar/normativa/nacional/decreto-185-2019-320782>

⁴ El decreto mencionado, estableció un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños recién nacidos y de hasta DIECIOCHO (18) años de edad, en los casos en que no hubiese sido inscripto su nacimiento o cuya inscripción estuviese aún en trámite y en igual sentido para mayores de 18 años pertenecientes a comunidades de pueblos indígenas.

⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48854/norma.htm>

⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#15>

⁸ En nuestro país, diversos pronunciamientos que se han pronunciado a favor de la voluntad procreacional de los comitentes al momento de determinar el vínculo jurídico respecto de los niños nacidos mediante el método de gestación por sustitución (JCivil nro. 86, “N.N. o D.G, M.BM. s/ inscripción de nacimiento, 18/06/2013, JCivil Nro. 8, “Barrios, Beatriz Mariana y otro c. González, Yanina Alicia s/ impugnación de la filiación”, 20/09/2016; JFamilia N° 1 Mendoza, “C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento” , 15/12/2015; Familia Nro. 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”; Juzgado de Familia Nro.2 de Moreno ya citado, del 4/07/2016, entre otros) En ellos, en líneas generales, se ha destacado el factor

inconstitucionalidad del art. 562 del Código CCyC⁹ y ordenaron la inscripción del niño que fue concebido mediante ovo donación anónima y por gestación por sustitución como hijo de los actores pronunciándose a favor de la voluntad pro creacional de los comitentes al momento de determinar el vínculo jurídico respecto de los niños nacidos mediante el método de gestación por sustitución.

2. Argentina ha ratificado la Convención de los Derechos del niño dotando a este instrumento con jerarquía constitucional. En el orden interno la Ley N° 26.061 establece en su art. 11 hace referencia al derecho de los niños "... al conocimiento de quiénes son sus padres, ... Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen...". El CCyC en su art. 596 regula el derecho del niño a conocer sus orígenes en los casos de adopción.

Para los casos de filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana, el art. 563 del CCyC regula el derecho a la información de las personas nacidas por estas técnicas, en los siguientes términos: " La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento y el art. 564 establece que " A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

Teniendo en cuenta la ausencia de normativa para la práctica de gestación subrogada y que el código civil solo regula la posibilidad de acceder a los orígenes personales en caso de adopción y excepcionalmente conforme art. 563 en los casos de filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana, cualquier petición al respecto debiera de dirimirse en sede judicial.

Cabe destacar que el principio rector utilizado por la justicia fue a favor de que la determinación de la filiación sea en cabeza de los comitentes, en base al derecho a la identidad del niño/a nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño/a como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño, principio rector de todo proceso¹⁰.

3. Se observa que, tanto en la filiación por naturaleza como en la filiación por adopción, rige el principio de la "verdad biológica". No así en la filiación mediante técnicas de reproducción humana que en principio, prioriza el elemento volitivo.

determinante de la voluntad procreacional para la determinación de la filiación de los niños nacidos producto de técnicas de reproducción humana asistida, los principios convencionales y constitucionales de respeto a la diversidad y a la no discriminación, la protección de la familia desde una visión amplia y el interés superior del niño de contar con una filiación acorde a la realidad volitiva. Fallo S. T. V. s/ inscripción de nacimiento" Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: H, Fecha: 15-mar-2018 Cita: MJ-JU-M-110359-AR | MJJ110359 | MJJ110359 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/08/06/inscripcion-de-un-nino-que-fue-concebido-mediante-ovodonacion-anonima-y-por-gestacion-por-sustitucion-como-hijo-de-los-actores-2/>

⁹ ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

¹⁰ Fallo."N.N. o DGMB s/inscripción de nacimiento". Juzgado Nacional en lo Civil 86.

En estos casos, como se sostuvo anteriormente, el código Civil y Comercial (CCyC) en el art. 563, establece la posibilidad de acceder a información del donante de gametos, y, el art. 564 establece que, a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. La filiación por gestación con estas técnicas presenta conflictos propios, a tal punto de hablarse de un derecho a la información de las personas nacidas de esta técnica cuando en el proceso se utiliza material genético de un tercero. Tratándose el derecho a la identidad de un derecho humano que debe quedar resguardado, el CCyC dispone que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite el correspondiente certificado o partida debe también constar información de que el niño ha nacido de esta técnica. No se refiere a toda la información sobre el donante, datos que estarán en el centro de salud interviniente como así también en el registro único que la ley especial debería regular, y que aún no se ha regulado, sino de información de la que surja el origen genético de la persona, lo cual implica que la información personal del donante de gameto queda sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud.

Teniendo en cuenta el interés superior del menor y el derecho a conocer su verdad biológica, se pudo sostener que a los niños que nacen con el uso de estas técnicas se les restringe el derecho a conocer su origen biológico, pues el código civil supedita su ejercicio a determinadas circunstancias. El derecho del hijo de conocer la verdadera identidad debe estar por encima de la voluntad y del derecho de los padres y los donantes a resguardar su intimidad.

4. En el orden interno, la Ley N°26.061 de “Protección integral del Niño, Niña y Adolescente” regula los aspectos del derecho a crecer en un entorno familia de acuerdo a las previsiones de la Convención de los derechos del Niño la cual posee jerarquía constitucional.

En el anteproyecto del nuevo Código Civil y comercial entre los fundamentos se debatió sobre la incorporación de la figura de la gestación subrogada fundado en los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación¹¹. Sin embargo, finalmente no llegaron a plasmarse en la versión final de dicho Código que fue aprobada, y por ello, frente a este vacío normativo, se han suscitado en la jurisprudencia diversos planteos, tendientes a determinar el emplazamiento filial de los nacidos a través de esta técnica. En los fallos judiciales que se ha tenido que dirimir la cuestión filial de niños nacidos por maternidad subrogada, en sus fundamentos se invoca el interés superior del niño de crecer en un entorno familiar, y que los intereses de estos son los que deben considerarse primero, respecto de los intereses de los progenitores.

El nuevo CCy C valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder la maternidad/paternidad importando sólo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo y/o personas solas. Es así como comienza a formarse el concepto de “voluntad procreacional”, en el cual toma relevancia la voluntad de ser progenitor de un niño concebido con gametos

¹¹ Se explicó en dicha ocasión que se optó por su regulación por diversas razones, entre ellas, por fuerza de la realidad tanto nacional como internacional y por la existencia de muchos niños ya nacidos por estas técnicas. Además, se hizo especial énfasis en que el reconocimiento del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería incongruente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

propios o donados, por medio del elemento volitivo y no el genético/biológico como era antes. La actualización del DNI a los 5 y 8 años de realiza en todas las oficinas de los Registros Civiles del País están habilitadas para la tomar trámites de documentación. Los ciudadanos argentinos para tramitar su DNI deben dirigirse al Registro Civil o Centro de Documentación que les corresponda de acuerdo con su domicilio.

5.

- Determinación de la filiación matrimonial: El nuevo código civil adopto un cambio terminológico en lo que respecta a la determinación filial, actualmente se denomina «Determinación de la filiación matrimonial», haciéndola comprensiva tanto de la paterna como la materna, diferenciándose así de la redacción de la antigua norma que solo comprendía la presunción de la paternidad por matrimonio, como así también la inclusión de todo tipo de matrimonio: de igual o de ambos sexos¹².

El art. 569 del Código civil y Comercial de La Nación dispone que la filiación matrimonial queda determinada y se prueba:

a) Por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas y con la partida de matrimonio de los padres, es decir, con el alumbramiento queda determinada la maternidad, pero al acreditar la partida de matrimonio, queda establecida la paternidad por la presunción del art. 566 del Código Civil.

b) Por sentencia firme en juicio de filiación;

c) En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El art. 593 establece que “el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo”.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

- Determinación de la filiación extramatrimonial:

El Art. 570 dispone que “La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.”

Las acciones de impugnación de maternidad y paternidad se encuentran reguladas en el Código Civil y Comercial en los artículos 588 a 593. las acciones de impugnación de la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, no se basa en la inexistencia del vínculo biológico, sino en la ausencia del consentimiento prestado en las

¹² Al respecto El art. 566 del Código Civil y Comercial de La Nación determina que “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte...”

No se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

condiciones exigidas por la norma. En el mismo sentido, habiéndose determinado el vínculo paterno-filial a través del consentimiento prestado, no pueden admitirse el reconocimiento ni el ejercicio de acciones de reclamación de filiación respecto de niños nacidos como producto de dichas técnicas. Disposiciones similares se incluyen en el artículo 582 que regula la acción de reclamación de la filiación, en el artículo 588 de impugnación de la maternidad, en el artículo 589 al describir la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, en el artículo 591 en el cual se regula la acción de negación de filiación presumida por la ley, en el artículo 592 de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley y en el artículo 593 de Impugnación del reconocimiento.

6. No existen antecedentes normativos respecto al establecimiento de la paternidad en caso de maternidad subrogada atento a que la técnica no se encuentra regulada. Los fallos que se han pronunciado al respecto, en general, ha destacado el factor determinante de la voluntad pro creacional para la determinación de la filiación de los niños nacidos producto de técnicas de reproducción humana asistida, los principios convencionales y constitucionales de respeto a la diversidad y a la no discriminación, la protección de la familia desde una visión amplia y el interés superior del niño de contar con una filiación acorde a la realidad volitiva.

Venta de niños

Respecto a la venta de niños, entendiéndose la misma como, sic... “todo acto de transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución” CDN (Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños).

Tal conducta, no se encuentra tipificada dentro del ordenamiento jurídico penal, tal falta normativa contribuye a dejar impune, situaciones donde los niños/as podrían ser sometidos a la mera condición de objetos, dejando de ser considerados sujetos de derechos, para ser intercambiados por dinero.

Asimismo, dentro del Código Penal podrían mencionarse 3 artículos 138, 139 y 139 bis, que podrían relacionarse con la venta de niños/as o con la supresión de la identidad de la persona.

Como se puede observar, la cuestión pasa porque la legislación no nombra al fenómeno de la venta de niños explícitamente; pero la realización de esta conducta, evidentemente se castiga a través de los artículos 139 y 139 bis.

Cabe destacar, que, desde esta Defensoría, se elevó a través del expediente 9039-D-2014 un Proyecto de Ley, a los fines de que se incorpore al Código Penal el artículo 139 ter, con la fundamentación de incluir dentro del mismo una pena a quien incurra en el delito de venta de niños y niñas.

El mismo fue reiterado en el año 2018, bajo los mismos argumentos, el cual hasta la fecha no ha tenido acogida favorable para tal modificación.

La maternidad subrogada no se encuentra tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico ante la falta de regulación podrían existir casos donde haya transacciones económicas entre las partes. En este escenario los derechos y obligaciones de los padres y la gestante no están claros

