



Delitos de trata y venta de niños en el marco de la adopción

Derecho internacional, comparado y nacional

Autoras

Christine Weidenslaufer v.

cweidenslaufer@bcn.cl

Anexo: 1892

Paola Truffello G.

ptruffello@bcn.cl

Anexo: 3185

Colaboradora:

Virginie Loiseau

Nº SUP: 123435

Resumen

El Convenio de La Haya (1993) relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional protege a los NNA y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales o irregulares. El cumplimiento de las garantías que ella establece pretende prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños, debiendo cada Estado contratante sancionar severamente tales delitos.

Complementariamente, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y su Protocolo facultativo sobre venta de niños (2000) exigen que los Estados Parte tipifiquen como delitos el ofrecer, entregar o aceptar un niño con fines de explotación sexual, lucro de sus órganos y trabajo forzoso, así como la intermediación indebida para obtener el consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales sobre adopción.

En la legislación comparada (Alemania, Brasil y Francia) se tipifica el delito de trata de NNA con fines de adopción pero su configuración varía. Si bien todas prevén penas de prisión y multa, estas aumentan ante circunstancias agravantes como concurrencia de lucro, participación de un funcionario público, asociación ilícita, aprovechamiento de relaciones con la víctima/padres, salida del menor del país. Destaca el caso francés, cuyas penas para el delito de trata de NNA son muy superiores a las establecidas en el contexto de adopción.

En Chile, la Ley N° 20.507 (2011), que incorporó el delito de trata de personas al Código Penal, establece una protección especial a las víctimas menores de edad. La norma no exige la concurrencia de medios coercitivos para la configuración del delito.

Por su parte, la Ley N° 19.620 de adopción de menores (1999) tipifica figuras delictivas que pueden darse en el marco de la adopción de NNA relacionadas con el tráfico de niños y la intermediación con fines de lucro. Estas se sancionan con penas inferiores a las que se contemplan para el delito de trata de personas. Mientras las primeras sanciones corresponden a penas de simple delito (hasta 5 años de prisión), las segundas, asignadas al delito de trata con víctima menor de edad, corresponden a la pena de crimen: hasta los 15 años en su grado medio.

No obstante la dictación de la Ley N° 20.507 el año 2015 el Comité de Derechos del Niño recomendó a Chile tipificar expresamente el delito de venta de niños. Así, el Boletín N° 9119-18 que reforma integralmente el sistema de adopción en Chile, sanciona con mayor dureza los ilícitos que pueden cometerse en el marco de la adopción de un NNA, en especial en relación a acciones vinculadas a su comercialización. Pero, tal como ocurre en la actual regulación, se mantiene un estándar punitivo diferenciado menor respecto al delito de trata de niños contemplado en el Código Penal.

Introducción

De acuerdo a lo solicitado este Informe se divide en tres partes. En primer lugar se analiza cómo el derecho internacional de derechos humanos aborda la problemática de la trata de niños para fines de adopción. Luego, se estudia a la adopción ilegal como forma de trata de personas en la legislación comparada, específicamente en Alemania, Brasil y Francia. En tercer lugar, en el ámbito nacional, se examina la tipificación de delito de trata de niños, los tipos penales que contempla la Ley de Adopción, así como, los principales desafíos regulatorios pendientes en Chile en esta materia.

Al final del documento, se agrega una tabla demostrativa con las diferencias de tratamiento regulatorio de las normativas penal y de adopción chilenas, la propuesta en el proyecto de ley citado y los ejemplos de derecho comparado revisados (Tabla 1).

Si bien la tendencia legislativa que ha ido adoptando nuestro país distingue entre niños, niñas y adolescentes (NNA), para efectos de este documento, se utiliza también el término “niño” para referirse a toda persona menor de edad cualquier sea su sexo.

Las traducciones son propias y los destacados añadidos son nuestros.

I. La trata de niños para fines de adopción en el derecho internacional

1. Conceptos

Según la **Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**, Maud de Boer-Buquicchio, desde el punto de vista conceptual, la venta y la trata de niños, aunque similares, son delitos diferentes, pero los estados tienden a identificarlos¹.

Para David M. Smolin, los conceptos de “trata/tráfico” y “venta” de niños estarían en una relación de género a especie, por cuanto la trata generalmente se refiere a la compra y venta de niños. Aunque el término tendría mayor aplicación cuando la venta del niño implica que este es transportado a una distancia significativa, particularmente a través de alguna frontera, cualquier venta debería ser suficiente para calificarla como una forma de trata. Por lo tanto, la venta de un niño sería una forma de trata de niños².

Estos conceptos serán revisados en el contexto de la adopción en los apartados siguientes.

2. Regulación aplicable

La trata o venta de niños para fines de adopción han sido abordadas en el derecho nacional e internacional desde ambas perspectivas: la adopción ilegal por una parte y la trata/venta de niños por otra.

Los principales instrumentos internacionales que regulan esta materia son la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada en Chile en 1990³, su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía de 2000, ratificado por Chile en 2003⁴ y el

¹ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:3).

² Smolin (2004:287).

³ Ratificaciones de la Convención en: <http://bcn.cl/2ct1b> (enero, 2020).

⁴ Ratificaciones del Protocolo en: <http://bcn.cl/2ct1h> (enero, 2020).

Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, ratificado por Chile en 1999⁵ . .

a. En materia de adopción

El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya sobre Adopción), que entró en vigencia en 1995, protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales⁷ ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas. Este Convenio, que opera a través de un sistema de Autoridades Centrales, refuerza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (art. 21).

En su artículo 1 letra b establece sus objetivos, entre los que están instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto a las garantías de los niños en cuanto a su adopción que “en consecuencia, *prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños*” [énfasis añadido].

Asimismo, establece prohibiciones y obligaciones a quienes intervienen en los procesos de adopción, así el artículo 32 prohíbe obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional. De la misma manera, se dispone que solo podrá reclamarse y pagar costos y gastos razonables de las personas que han intervenido en la adopción y los directores, administradores y empleados de los organismos que intervengan en la adopción, no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados. Sin embargo, dicho artículo no establece las consecuencias de su incumplimiento, ya que no impide directamente “el secuestro, la venta y el tráfico de niños”, sino sería de manera indirecta. Solo habría una expectativa de que el cumplimiento de las normas de la Convención evite tales abusos, pero el sistema en sí no cuenta con medidas de responsabilidad y solo aborda aspectos civiles⁸.

En el mismo sentido, la **Guía de Buenas Prácticas para la implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción de 1993** señala que “todos estos actos [la sustracción, la venta o el tráfico de niños] constituyen delitos y cada Estado contratante debe garantizar que sus leyes penales impongan sanciones severas para los mismos. El sistema judicial debe garantizar que los autores sean detenidos y juzgados”⁹.

Es más, el trabajo de preparación de la citada Convención indica, según Smolin, que ella no estaría diseñada para abordar las respuestas del derecho penal a estas prácticas. A lo sumo, ella facilita la denuncia de delitos penales a las autoridades correspondientes. La Convención se basaría en el supuesto de que otros medios, complementarios a ella abordarían las respuestas apropiadas de la ley penal a tales prácticas ilícitas. Como señala el mismo autor, el Protocolo Opcional sobre la venta de niños, adoptado siete años después que la Convención de La Haya sobre Adopción y que se revisará en el siguiente apartado, respondería a esta necesidad, al exigir específicamente a las partes

⁵ Ratificaciones de la Convención en: <http://bcn.cl/2ct1f> (enero, 2020).

⁶ Por razones de extensión del documento, no se hará referencia a la legislación internacional regional sobre la materia.

⁷ De acuerdo al Parlamento Europeo, citando a Naciones Unidas, se distinguen la “adopción doméstica”, referida a la que involucra a padres adoptivos y un niño de la misma nacionalidad y mismo país de residencia; la “adopción entre países” (*Intercountry adoption*, ICA), que implica un cambio en el país de residencia habitual del niño, independientemente de la nacionalidad de los padres adoptivos; y la “adopción internacional”, que involucra a padres de una nacionalidad distinta a la del niño, residan o no en el país de residencia habitual del niño (EPRS, 2016:1). Estos dos últimos conceptos pueden confundirse, pero para efectos de este informe le denominaremos “adopción internacional” a la adopción entre países, a fin de distinguirla de la adopción doméstica.

⁸ Parra-Aranguren (1993:párr.52) y Furtado Guerra (2017:48).

⁹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008:párr.74).

contratantes que aborden, en su derecho penal, ciertas formas que sancionen la compra de niños con fines de adopción¹⁰.

Por otra parte, en los trabajos preparatorios del señalado Convenio de 1993 se reconoció que “[...] la demanda de niños por parte de las naciones industrializadas y la disponibilidad de muchos niños sin hogar en las naciones en vías de desarrollo, [...], ha conducido a prácticas de tráfico internacional de niños con fines de adopción en el exterior, o bajo la apariencia de una adopción, para otros propósitos, usualmente ilegales”¹¹. Pero, la Guía de Buenas Prácticas hace énfasis en que, aunque el tráfico de niños podría conducir a una adopción ilegal, “la sustracción o venta de un niño con fines de adopción” podría tratarse de un hecho aislado. Para que tal sustracción o venta sea considerada como “tráfico de niños para la adopción”, es probable que esta sea efectuada como una operación organizada y sistemática¹².

La Relatora Especial, Maud de Boer-Buquicchio, en su informe temático sobre adopciones ilegales del año 2017, presentado durante la 34ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2017, destacó “la gran variedad de actos ilegales y prácticas ilícitas que se han cometido, y se siguen cometiendo, en el contexto de los procesos de adopción nacional e internacional”, para lo cual sugiere “soluciones concretas para prevenir y combatir el fenómeno”¹³.

En el contexto de la presentación del señalado informe, las Naciones Unidas recalcaron que “las adopciones ilegales violan múltiples normas y principios de los derechos del niño, incluidos el interés superior del niño, el principio de subsidiariedad y la prohibición de obtención de ganancias económicas indebidas. Estos principios son violados cuando el propósito de una adopción es encontrar un hijo para padres adoptivos en lugar de una familia para el hijo”¹⁴.

Asimismo, afirma el mismo organismo, “las adopciones resultantes de delitos como el secuestro, venta y tráfico de niños, el fraude en la declaración de adoptabilidad, la falsificación de documentos oficiales o la coerción, y cualquier otra actividad o práctica ilícita, como la falta de consentimiento de los padres biológicos, la obtención de ganancias económicas indebidas por parte de intermediarios¹⁵ y la corrupción asociada a estas, constituyen adopciones ilegales y deben prohibirse, penalizarse y sancionarse como tales”¹⁶.

b. En materia de trata de niños

El sistema de Naciones Unidas incluye un conjunto de instrumentos internacionales destinados a prevenir y combatir la trata de personas en general, y en particular, la trata de niños y niñas.

La **Convención sobre los Derechos del Niño de 1989** establece el marco general sobre la materia en dos artículos. En el artículo 21, se obliga a los Estados Partes que reconozcan o permitan el sistema de adopción, a tener como consideración primordial el interés superior del niño y a adoptar “todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella” (letra d).

¹⁰ Smolin (2010:451).

¹¹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008:párr.73).

¹² Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008:párr.74).

¹³ NU, AG (2017:4).

¹⁴ OHCHR (2017).

¹⁵ Según el art. 32 del Convenio de La Haya de 1993, “solo se podrán exigir y pagar los costos y gastos reales, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que hayan intervenido en la adopción. Además, los directores, administradores y empleados de los organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir una remuneración desproporcionada en relación a los servicios prestados” (NU, AG. 2017:6).

¹⁶ OHCHR (2017).

Este artículo obliga a los Estados a garantizar que la adopción de un niño esté autorizada solo por las autoridades competentes que determinan, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que la adopción es permisible en vista del estado del niño en relación con los padres, familiares y tutores legales y que, si son requeridas, las personas interesadas han dado su consentimiento informado para la adopción, fundado en la asesoría que sea necesaria. Además, con respecto a las adopciones internacionales, el artículo 21 establece el principio de subsidiariedad y la prohibición de ganancias financieras indebidas para aquellos involucrados en el proceso de adopción. También establece que el mismo nivel de salvaguardas y estándares para las adopciones nacionales se aplica en el contexto de las adopciones internacionales¹⁷.

Luego, en su artículo 35 la Convención sobre los derechos del Niño dispone que 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”.

En particular, el **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Protocolo Facultativo sobre venta de niños)**¹⁸, adoptado el 25 de mayo de 2000 y que entró en vigor en 2002, en su artículo 3.1 exige a los Estados Parte lo siguiente:

Artículo 3.1.: Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

- a. Explotación sexual del niño;
- b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
- c. Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción¹⁹;

Además, De Boer-Buquicchio señala que esta disposición contendría ejemplos no exhaustivos de actos o actividades que constituyen venta de niños con fines de adopción que deben ser penalizados por los Estados Parte²⁰.

¹⁷ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:4).

¹⁸ Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

¹⁹ Se entendería que la referencia a los “instrumentos jurídicos internacionales” sería respecto de la Convención de la Haya de 1993, la que incluye explícitamente como uno de sus “objetos” la prevención de “el secuestro, la venta o el tráfico de niños”. Smolin (2004:300).

²⁰ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:3-4).

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo)²¹ -también adoptado en 2000 y vigente desde 2003-, de la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, siendo un instrumento específico en materia de trata de personas, nada señala en forma específica en materia de adopción. En su artículo 3 (a) el Protocolo define la “trata de personas” como:

[L]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; [...].

Sin embargo, se especifica en el mismo artículo que la trata de personas existe cuando los elementos primero y tercero –transferencia y explotación–, están presentes, incluso no habiendo medios ilícitos:

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

3. ¿Puede una adopción ilegal o irregular constituir venta o trata de niños?

En una opinión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en causa *Ramírez Brothers and Family vs. Guatemala*), la Relatora Especial Maud De Boer-Buquicchio señala que, de acuerdo a la definición del Protocolo de Palermo, la “trata de personas” tiene tres elementos²²:

- i. un acto (la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas),
- ii. un medio (la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra), y
- iii. un propósito (con fines de explotación).

Sin embargo, cuando las víctimas son niños, de acuerdo con el artículo 3 (c) del mismo Protocolo, la “trata” solo tendría dos elementos obligatorios: un acto y un propósito, pues debido a su vulnerabilidad particular, los medios utilizados para realizar el acto de trata se considerarían irrelevantes. Además, aunque el Protocolo de Palermo requiere el elemento de “propósito de explotación” para que exista la trata, no define el término “explotación”. En cambio, proporciona una lista no exhaustiva de ciertas formas de explotación que abarca el término, de donde se infiere que otras formas también pueden constituir explotación²³.

Asimismo, la cuestión de la adopción como forma de explotación, no mencionada en el Protocolo de Palermo, se aborda explícitamente en los *travaux préparatoires* del mismo: “Cuando la adopción ilegal

²¹ Resolución A/RES/55/25 del 15 de noviembre de 2000.

²² De Boer-Buquicchio, Maud (2017:6).

²³ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:6).

equivale a una práctica similar a la esclavitud como se define en el artículo 1 (d), de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, también entrará en el ámbito del protocolo”. El artículo 1 (d) de la Convención Suplementaria mencionada anteriormente incluye entre las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, cualquier institución o práctica mediante la cual un niño es entregado por sus padres o tutores a otra persona, “con el fin de la explotación del niño o joven o de su trabajo”. Por lo tanto, los *travaux préparatoires* indicarían que la adopción cumple el propósito del requisito de explotación cuando se trata de una práctica similar a la esclavitud. Esto también sugiere que, cuando existe la intención de explotar al niño, la adopción ilegal puede equivaler a la trata de niños²⁴.

Incluso, según De Boer-Buquicchio, algunos académicos habrían argumentado que la obtención de niños de manera ilícita para fines de adopción puede ser explotadora, ya que la capacidad del niño y la necesidad de amar y vincular se utiliza como parte de un proceso ilícito, mediante el cual se hace que el niño se una emocionalmente a extraños en lugar de los padres y familia originales de este. Esto constituiría una explotación profunda del carácter, la vulnerabilidad y las necesidades inherentes de desarrollo de los niños²⁵.

Este último argumento es rebatido por Smolin, quien afirma que, en los términos del Protocolo de Palermo, la adopción, en sí misma, no parece ser un propósito de explotación. La definición de trata de personas del artículo 3 (a) pareciera considerar que una transferencia ilícita de un ser humano es insuficiente en sí misma para constituir trata²⁶.

Por su parte, concluye que la “venta de niños” implicaría dos elementos: 1) la transferencia de un niño y 2) alguna forma de remuneración (es decir, una transacción), siendo el propósito de la transferencia irrelevante. Así, en el contexto de las adopciones, la comisión de actos o actividades en violación de las normas y estándares internacionales aplicables –como el principio del interés superior del niño, la prohibición de obtener ganancias económicas inadecuadas y el principio de subsidiariedad-, conducirían a adopciones ilegales y también podría constituir venta de niños²⁷.

Para Smolin, desde el punto de vista del derecho internacional, la adopción internacional constituye venta y el tráfico ilícitos de niños cuando un intermediario induce el consentimiento para la adopción en violación de los estándares de la Convención de La Haya y cuando el niño es transferido por una remuneración u otra consideración. Como una cuestión técnica, ambos elementos (el incentivo del consentimiento por parte de un intermediario de una manera que viola las normas de La Haya y la transferencia de niños a cambio de una remuneración o consideración) deben establecerse para constituir el tipo “venta de niños” que literalmente viola las normas del Protocolo Facultativo sobre la materia²⁸.

Finalmente, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés), citada por De Boer-Buquicchio, afirma que la adopción ilegal puede ser una forma de trata de personas, enfatiza la naturaleza “abierta” de la lista de prácticas de explotación del Protocolo de Palermo y reconoce que pueden identificarse propósitos de explotación nuevos o adicionales en el futuro. La OHCHR considera que, según el “entendimiento jurídico internacional” de la trata, “la gama de prácticas potencialmente explotadoras vinculadas a la trata es muy amplia”. Del mismo modo, UNICEF ha

²⁴ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:6).

²⁵ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:7).

²⁶ Smolin (2004:298).

²⁷ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:5).

²⁸ Somlin (2004:300).

caracterizado la adopción ilícita como una forma de trata, haciendo hincapié en la amplitud de la definición de “explotación”²⁹.

4. Formas y métodos de adopción ilegal

De acuerdo al Informe de la Relatora Especial en 2017, no se dispondría “de datos fiables sobre el número de niños que han sido o están siendo adoptados como consecuencia de la venta, la trata u otros actos ilegales y prácticas ilícitas”. Por una parte, establecer tales cifras sería difícil debido a la naturaleza ilícita y clandestina de esas actividades, y por otra, habría una apariencia de legalidad de estas adopciones ilegales, por cuanto muchos de los niños afectados reciben documentos de adopción “oficiales”³⁰. En particular, se señala:

El secuestro de bebés (por ejemplo, raptándolos o informando falsamente a los padres de que su hijo nació muerto o falleció poco después del nacimiento), la inducción indebida del consentimiento (por ejemplo, mediante declaración falsa, soborno o coacción) y la obtención de beneficios materiales indebidos (por ejemplo, mediante el pago por el niño o el soborno de los intermediarios que participan en el proceso de adopción) figuran entre los métodos más comunes utilizados en la venta de niños y las adopciones ilegales. La falsificación de documentos (por ejemplo, los certificados médicos y de nacimiento, los documentos de identidad de la madre biológica, los resultados de las pruebas de ADN y las declaraciones de abandono o renuncia a la patria potestad) y la evasión de las normas son inherentes a esos métodos (UN, AG. 2017:párr.8).

Los métodos, actos ilegales y prácticas ilícitas anteriores estarían “vinculados a las deficiencias del sistema de protección de la infancia (como los procedimientos inadecuados para prestar asesoramiento a los padres biológicos y los procedimientos viciados de renuncia a la patria potestad)”. Estas mismas deficiencias serían “explotadas por redes delictivas impulsadas por lo lucrativo del negocio de la venta de niños y la facilitación de las adopciones ilegales, a menudo con la participación de funcionarios del Estado” o “por la insuficiencia o permisividad de las políticas públicas”. Si tales actos ilegales y prácticas ilícitas son sistémicas, según el Informe de la Relatora Especial 2017, los Estados serían responsables de ellas por omisión o por complicidad³¹.

El citado informe identifica diferentes etapas –dentro del proceso de adopción–, que conducen a determinar que un niño puede ser adoptado, que pueden ser vulnerables a actos ilegales y prácticas ilícitas. Estas “a menudo están vinculadas a las deficiencias de los sistemas nacionales de protección de la infancia”. Ejemplos de actividades vulnerables, especialmente en el ámbito de las adopciones nacionales, serían la colocación de los niños en modalidades alternativas de cuidado (en residencias); la designación de los niños como abandonados o la renuncia a la patria potestad; y la creciente adopción de niños “con necesidades especiales”³².

5. Recomendaciones para prevenir y combatir las adopciones ilegales

Los Estados habrían adoptado diversas medidas para prevenir y combatir la venta de niños y la adopción ilegal, pero pocos lo habrían dado respuesta a los casos de adopción ilegal a gran escala (particularmente gracias a los continuos esfuerzos de la sociedad civil, como las organizaciones de víctimas). El Informe de la Relatora Especial 2017 destaca asimismo que no habría “estrategias

²⁹ De Boer-Buquicchio, Maud (2017:9-10).

³⁰ NU, AG (2017:párr.27).

³¹ NU, AG (2017, párr.29, 35).

³² NU, AG (2017, párr.31 y ss.).

encaminadas a hacer frente a los problemas sistémicos que generan un entorno propicio para las adopciones ilegales y garantizar que las adopciones se lleven a cabo exclusivamente en el interés superior del niño y de conformidad con las normas internacionales³³.

La Relatora Especial Maud de Boer-Buquicchio en su informe de 2017 también realizó recomendaciones a los Estados, a nivel nacional, aplicables tanto a las adopciones nacionales como internacionales³⁴. Entre otras medidas, recomienda “promulgar legislación amplia y clara en virtud de la cual se prohíba y tipifique como delito separado la adopción ilegal, así como la *venta y la trata de niños que desemboquen en la adopción ilegal*, y se castigue con penas que reflejen la gravedad de los delitos” y “examinar las leyes y reglamentos nacionales para asegurarse de que no contribuyan a la creación o el mantenimiento de un entorno propicio para las adopciones ilegales” [énfasis añadido].

En este mismo sentido ya se habían pronunciado en el Día de Debate General, convocado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en 2012, Bruce Abramson y Ross Oke, como expertos independientes. En esa ocasión, los autores instaron al Comité de los Derechos del Niño a incluir, dentro de las recomendaciones contenidas en el documento final del Día de Debate General, que los abusos graves en el proceso de adopción internacional deban tratarse como “trata de niños” y tipificados, en el derecho nacional e internacional, como delitos penales³⁵.

II. Adopción ilegal como forma de trata de personas en la legislación comparada

De acuerdo a un informe de Naciones Unidas, del 2009, a la época ya habría avances en la promulgación de leyes que criminalizan la obtención de ganancias inapropiadas en el contexto de una adopción internacional. Por ejemplo, países como Brasil y Alemania han modificado sus legislaciones nacionales para penalizar la venta y la trata de niños con propósitos de adopción³⁶.

1. Alemania

La sección 236, ubicada en el Capítulo 18 sobre delitos contra la libertad personal, del Código Penal alemán, establece el delito de “trata de niños” (*Kinderhandel*). Sin perjuicio de su nombre genérico, este párrafo solo se refiere al tráfico de adopción, pero no a otras formas de trata y explotación de niños, las que se encuentran consagradas en otras normas del mismo código³⁷.

De acuerdo a esta disposición (cuyo origen es de 1998), se sanciona a quien, descuidando gravemente sus deberes de cuidado y educación, deja a su hijo, pupilo o hijo adoptivo menor de 18 años de edad con otro, por un período indefinido, para obtener ganancias materiales o con la intención de enriquecerse a sí mismo o a una tercera persona.

La pena correspondiente al delito señalado es la prisión hasta 5 años o una multa. La misma sanción recaerá sobre la persona que lleve consigo al niño, pupilo o hijo adoptivo, por un período indefinido y que entregue una compensación por ello.

³³ NU, AG (2017, párr.69).

³⁴ El Informe de la Receptora Especial 2017 también efectúa recomendaciones específicamente referidas a las adopciones internacionales (párrafo 97) y a los Estados partes en el Convenio de La Haya de 1993 (párrafo 98) (NU, AG. 2017:párr.95 y ss.).

³⁵ Abramson y Oke (2012:8).

³⁶ United Nations (2009:60).

³⁷ Czarnecki (2019:16).

En particular, la disposición sanciona a quien ilegalmente procure la adopción de una persona menor de 18 años de edad o que realice tales gestiones, con el objetivo de que una tercera persona se lleve a una persona menor de 18 años a su hogar por un período indefinido, actuando en beneficio propio o de un tercero, se sanciona con prisión hasta por 3 años o con una multa.

Con la misma pena anterior se sanciona a quien facilite la adopción de una persona menor de 18 años, entregando una compensación económica a otro a cambio del consentimiento requerido para la adopción, pena que aumenta si el niño es llevado a Alemania o al extranjero, con prisión hasta 5 años o multa. La norma específica que las tentativas de este delito son punibles.

Por último, la pena de prisión será de 6 meses a 10 años si:

- el infractor busca una ganancia, si actúa en forma comercial o si lo hace como miembro de una pandilla cuyo propósito es la comisión continua de trata de niños o,
- por el acto pone al niño en peligro de un deterioro sustancial de su desarrollo físico o mental.

2. Brasil

Con el fin de adaptar el Código Penal brasileiro al derecho internacional, la Ley N° 13.344 de 2016, que establece la prevención y el enjuiciamiento de la trata nacional e internacional de personas y de medidas para atender a las víctimas, reformó este cuerpo legal.

La ley citada eliminó los artículos 231 y 231-A (bajo el epígrafe de “trata internacional de personas con fines de explotación sexual”), ambos previstos en el Título VI sobre delitos contra la libertad sexual y los migró a un nuevo tipo criminal. Este último se encuentra contenido actualmente en el artículo 149-A, en el Título I (de los delitos contra las personas), Capítulo IV (de los delitos contra la libertad individual), cubriendo no solo el propósito de la explotación sexual a otros que detalla³⁸.

El nuevo artículo 149-A sobre tráfico de personas (*Tráfico de pessoas*) sanciona actualmente las acciones de “organizar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger a una persona, a través de amenazas graves, violencia, coerción, fraude o abuso”, con los siguientes propósitos:

- extirpar órganos, tejidos o partes del cuerpo;
- someterlo a trabajar en condiciones análogas a las de un esclavo;
- someterlo a cualquier tipo de servidumbre;
- adopción ilegal; o
- explotación sexual”.

Además, la reforma señalada incrementó la pena. Antes de esta el delito de trata de personas interno (nacional), previsto en el art. 231-A del Código Penal, tenía una pena de prisión de 2 a 6 años, mientras que el delito de trata de personas externo (internacional), previsto en el art. 231, tenía una pena de prisión de 3 a 8 años³⁹.

La Ley N° 13.344/2016 incrementó la pena del delito de trata de personas cuando se practica dentro del territorio nacional a prisión de 4 a 8 años y a una multa, manteniendo la exención de la aplicación de cualquiera de los beneficios de la Ley N° 9.099/1995 (que establece los tribunales especiales civiles y penales). En relación con la trata transnacional de personas (que entran o salen del territorio nacional),

³⁸ Pureza (2017).

³⁹ Pureza (2017).

en lugar de ser una figura criminal autónoma, el legislador estableció una mayor pena como circunstancia agravante⁴⁰. Así, la pena aumenta de un tercio a la mitad si:

- el delito es cometido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones o con el pretexto de cumplirlas;
- el delito se comete contra un niño, adolescente, anciano o discapacitado;
- el agente se aprovecha de las relaciones familiares, domésticas, de convivencia, hospitalidad, dependencia económica, autoridad o superioridad jerárquica inherentes al ejercicio de un empleo, posición o función; o
- la víctima de la trata de personas es retirada del territorio nacional.

Finalmente, la pena se reduce de uno a dos tercios si el agente es primerizo y no pertenece a una organización criminal.

3. Francia

La trata de personas en el derecho francés se encuentra regulada en la sección 1 bis (*Section 1 bis: De la traite des êtres humains*) del capítulo V sobre ofensas a la dignidad de la persona (*Des atteintes à la dignité de la personne*), en los artículos 225-4-1 y siguientes del nuevo Código Penal francés de 1994, modificado en esta materia en 2013.

La trata de seres humanos es el hecho de reclutar, transportar, transferir, alojar o recibir a alguien con miras a la explotación en una serie de circunstancias:

- involucrando el uso de amenazas, coerción, violencia o engaño dirigido a la víctima, su familia o alguien en contacto regular con la víctima;
- por un familiar ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la persona, o una persona que tiene autoridad sobre ellos o que abusa de la autoridad conferida por su posición;
- al abusar de una situación de vulnerabilidad de la persona debido a su edad, una enfermedad, discapacidad física o problema de salud mental, o embarazo, que es aparente o conocido por el autor;
- a cambio de u ofreciendo compensación o cualquier beneficio o una promesa de compensación de beneficios.

La explotación dice relación con utilizar a la víctima o ponerla a disposición de un tercero para permitir que se cometan delitos con respecto a la ella de proxenetismo, abuso o agresión sexual, esclavitud, trabajo forzado o la provisión forzada de servicios, servidumbre, extracción de un órgano, explotación de condiciones de mendicidad, vivienda o trabajo que son contrarias a la dignidad humana, u obligando a la víctima a cometer un delito.

La sanción de la trata de seres humanos es de 7 años de prisión y una multa de 150.000 euros, pero si involucra a una persona menor de edad (incluso si no se comete en ninguna de las circunstancias señaladas) se castiga con 10 años de prisión y una multa de 1.500.000 euros.

Sin embargo, las actividades ilícitas con fines de adopción no se encuentran reguladas a propósito del delito de trata de personas, sino que en la sección 4 sobre delitos contra la filiación (*Des atteintes à la filiation*) del capítulo VII sobre las ofensas a los menores y las familias (*Des atteintes aux mineurs et à la famille*).

⁴⁰ Pureza (2017).

En su segundo informe periódico presentado ante el Comité de Derechos del Niño de 2002, Francia señaló que en materia de “venta, trata y secuestro de menores”, el Código Penal sanciona el rapto, el ocultamiento o el secuestro de un niño, la sustitución de un niño por otro, así como a quienes inducen a los padres a abandonar a su hijo y a quienes, procurando obtener ganancias, sirven de intermediarios en la obtención o adopción de un niño⁴¹.

A este respecto, el citado Informe destaca que Francia firmó el Protocolo Facultativo sobre venta de niños del 2000 y el Parlamento francés autorizó la ratificación de ese instrumento en virtud de la ley n° 2002-272 de 26 de febrero de 2002⁴².

En particular, el artículo 227-12 sanciona:

- el acto de inducir, con fines lucrativos o mediante donación, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer se castiga con 6 meses de prisión y una multa de 7.500 euros (inc. 1).
- la confabulación con fines de lucro entre una persona que desea adoptar un niño y un progenitor que desea abandonar a su hijo nacido o por nacer se castiga con pena de 1 año de prisión y una multa de 15.000 euros (inc. 2).
- a la misma pena anterior se sujeta quien sirva de intermediario entre el potencial adoptante y la mujer que acepte llevar en su seno a un niño con miras a entregarlo. Cuando esos actos se hayan cometido con carácter habitual o con fines lucrativos, las penas se duplican (inc. 3).

La tentativa de cometer los delitos previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 227-12 se castiga con las mismas penas.

La sustitución voluntaria, la simulación o la ocultación que hayan causado un perjuicio al estado civil de un niño se sanciona con una pena de 3 años de prisión y 45.000 euros de multa. La tentativa se castiga con las mismas penas (art. 227-13).

III. Chile: Tipificación de la trata de niños, Ley de adopción y desafíos regulatorios

1. Tipificación de la trata de niños en los Códigos Penal y Procesal Penal

El 2011, la Ley N° 20.507 incorporó en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal (CP), el párrafo V bis que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Con ello, se modificaron las definiciones que contemplaba el Código Penal en dicha materia y los delitos se tipificaron, como señalan Araya y Retuerto⁴³, desde la complejidad que ellos presentan en sintonía con los acuerdos internacionales del país en la materia.

Con anterioridad a la Ley N° 20.507, para sancionar la trata de personas, precisa la doctrina⁴⁴, se recurría al artículo 367 bis CP, que castigaba a quien “promoviere o facilitare la entrada o salida de personas de un país para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”. Con ello, señalan los citados autores, el alcance de la acción se limitaba a la prostitución, se exigía el cruce de fronteras para

⁴¹ UN, CRC (2002:93).

⁴² UN, CRC (2002:93).

⁴³ Araya y Retuerto (2012: 138).

⁴⁴ Araya y Retuerto (2012:137).

configurar la trata y no se detallaba la “cadena de acciones” que configuraba este complejo crimen (captación, traslado y recepción).

Actualmente, el artículo 411 quáter del Código Penal sanciona la trata de personas en los siguientes términos:

El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio⁴⁵ y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.

La Ley N° 20.507 incorporó también una protección en sede procesal de la integridad física y psicológica de las víctimas del delito de trata tipificado en el artículo 411 quáter del CP. Al respecto el artículo 78 bis que se transcribe a continuación, dispone que el Ministerio Público adoptará o solicitará las medidas necesarias para asegurar la protección de las víctimas durante el proceso penal, teniendo presente su especial condición de vulnerabilidad y adoptará medidas de protección especiales en el caso de las víctimas menores de edad.

Artículo 78 bis: Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta.

Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad.

En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador ad litem de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia.

⁴⁵ Equivalente a 10 años y un día a 15 años (art. 56 CP).

Los avances del nuevo tipo penal, en especial para los NNA, son resumidos en los siguientes términos por Araya y Retuerto⁴⁶:

- la trata se reconoce sin necesidad del cruce de las fronteras, abordando la trata interna como internacional. Ello es especialmente relevante en la trata de NNA, la que suele realizarse dentro del país.
- se tipifican las acciones (captar, trasladar, acoger y recibir) que constituyen los distintos momentos que implica la trata. Por lo que no es necesario que la explotación llegue a realizarse, basta que se configure una de ellas para sancionar el delito.
- cuando la víctima es menor de edad no se exigen los medios coercitivos que constituyen la trata para su configuración. Es un importante avance pues asume que nunca es válido el consentimiento de una persona menor de 18 años expuesto a una situación de explotación. Se presume su condición de vulnerabilidad por el solo hecho de ser menor de edad, “aunque se haya desplazado por su propia iniciativa, aunque haya, incluso, buscado a quien finalmente la recepcionará con fines de explotarlo”.

2. Figuras delictivas que contempla la Ley N° 19.620 de adopción de menores

La Ley N° 19.620 tipifica figuras delictivas que pueden darse en el marco de la adopción de NNA. Como consta en la Historia de la Ley N° 19.620 “para evitar conductas dolosas, se tipifican delitos como el tráfico de menores, la intermediación con fines de lucro, estableciéndose sanciones más drásticas y ejemplarizadoras que las vigentes”⁴⁷.

En lo específico, la ley tipifica las siguientes conductas:

- obtención fraudulenta de la entrega del niño: Se sanciona a quien, con fines de adopción, obtenga la entrega de un niño para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante. La pena asignada es de presidio menor en cualquiera de sus grados⁴⁸ y multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales (art. 41 Ley N° 19.620).
- solicitar pago o contraprestación: Se sanciona a quien solicite o acepte recibir cualquier contraprestación por facilitar la entrega de un niño en adopción. La pena asignada es de presidio menor en su grado mínimo a medio⁴⁹ y multa de 10 a 15 unidades tributarias mensuales. Al funcionario público se le aplica la misma sanción, salvo que le corresponda una superior por los delitos de prevaricación o cohecho contemplados en el Código Penal (art. 42 Ley N° 19.620).
- agravante: Si los delitos anteriores son cometidos por autoridad, empleado público, abogado, médico, matrona, enfermera, asistente social o por el encargado, a cualquier título, del cuidado del menor, abusando de su oficio, cargo o profesión, las penas se aumentan en un grado (art. 44 Ley N° 19.620).

Por último, la ley exige que la adopción de niños por parte de matrimonios no residentes se realice conforme al procedimiento de adopción nacional, con el patrocinio permanente del Servicio Nacional de

⁴⁶ Araya y Retuerto (2012:140 y ss).

⁴⁷ Historia de la Ley N° 19.620 (1995:21).

⁴⁸ 61 días a 5 años (art. 56 CP).

⁴⁹ 61 días a 3 años (art. 56 CP).

Menores o algún organismo acreditado (art. 29 y sgtes. Ley N° 19.620). Según Gómez de la Torre⁵⁰, lo anterior responde a establecer un procedimiento más seguro para los niños, evitando su tráfico, explotación y venta, e incorpora las directrices internacionales establecidas en el Convenio de La Haya de 1993.

3. Desafíos regulatorios según el Comité de Derechos del Niño

El año 2015, el Comité de Derechos del Niño, órgano supervisor del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos, realizó recomendaciones a Chile.

En el marco del cumplimiento del Protocolo Facultativo de la citada Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado por Chile el año 2003, el Comité, recordando sus recomendaciones anteriores, sugirió a Chile asegurarse que su derecho penal contemple plenamente el delito de venta de niños en todos los casos que enumera el artículo 3, párrafo 1 a) del citado Protocolo⁵¹.

La norma citada exige a los Estados Parte, en relación con la venta de niños, que los delitos de ofrecer, entregar o aceptar un niño con fines de explotación sexual, de lucro de sus órganos o trabajo forzoso, y de “[i]nducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción” deban estar regulados en su legislación penal.

Asimismo, las recomendaciones del Comité recayeron en materia de reunión de datos, formación de profesionales, difusión, prontitud en la investigación y juicio de las denuncias y medidas de apoyo y reparación adecuadas a los niños víctimas. Específicamente, recomendó a Chile que:

- b) Establezca un sistema general de reunión de datos que incluya información desglosada por naturaleza del delito, edad, sexo, grupo étnico, nacionalidad, situación socioeconómica y área geográfica, así como información sobre el número de investigaciones, enjuiciamientos y condenas;
- c) Refuerce la formación y educación sistemáticas de todos los grupos profesionales pertinentes y dé a conocer más el Protocolo Facultativo entre la población en general, haciendo especial hincapié en los niños y los progenitores;
- d) Redoble los esfuerzos destinados a investigar, enjuiciar y juzgar con prontitud todas las denuncias de delitos previstos en el Protocolo Facultativo y ofrezca medidas de apoyo y reparación adecuadas a los niños víctimas.

4. Proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile

Entre las iniciativas de ley en tramitación en esta temática, destaca el Boletín N° 9119-18 de Reforma integral al sistema de adopción en Chile, originado en Mensaje el año 2013. Este deroga la Ley N° 19.620 de adopción y propone una reforma integral al sistema de adopción chileno.

⁵⁰ Gómez de la Torre, M. (2007:242).

⁵¹ Comité (2015: 89, 90).

En la materia en estudio, el texto aprobado en primer trámite tipifica los siguientes dos delitos⁵²:

- La obtención fraudulenta de la entrega de un niño (art. 71 del proyecto de ley). El tipo replica el contenido del actual artículo 41 de la Ley N° 19.620 de adopción, pero aumenta la pena a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo⁵³. La pena de multa se mantiene en 10 a 20 unidades tributarias mensuales.
- Pago o contraprestación (art. 72 del proyecto de ley⁵⁴). Propone un tipo más complejo que el actual, pues considera la intermediación del pago o contraprestación para facilitar la entrega del niño. Contempla la hipótesis de que dicha conducta se produzca antes del nacimiento y, sanciona con distintas penas, a quien dé, ofrezca o consienta en dar dicho pago o contraprestación (presidio menor en su grado medio⁵⁵) y con una pena mayor cuando la entrega se materializa (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo⁵⁶). Asimismo fija el valor de la multa en 150 UTM, que actualmente se sanciona con multa de 10 a 15 UTM.

5. Comparación de las penas del delito de trata de niños del CP con las conductas sancionadas en la ley de adopción de menores y en el proyecto de ley de reforma integral del sistema de adopción

Se observa una diferencia considerable en las penas asignadas a los ilícitos que contempla la Ley N° 19.620 de adopción respecto de aquellas que contempla el delito de trata de personas tipificado en el Código Penal. Mientras las primeras sanciones corresponden a penas de simple delito, por lo que su máximo alcanza los 5 años, las segundas, asignadas al delito de trata cuando la víctima es menor de edad, corresponde a pena de crimen, pudiendo alcanzar los 15 años en su grado medio (que es la que contempla la norma del CP).

Asimismo, se observa en el proyecto de ley una decisión en orden sancionar con mayor dureza los ilícitos que pueden cometerse en el marco de la adopción de niño, en especial en relación a acciones vinculadas a su comercialización. Sin embargo, se mantiene un estándar punitivo diferenciado menor respecto al delito de trata de niños contemplado en el Código Penal.

En la legislación comparada revisada, el delito de trata de NNA sí tipifica conductas que se enmarcan en los procesos de adopción de niños, aun cuando las penas puedan ser inferiores (como en el caso francés, cuya pena es de 6 meses de prisión).

⁵² Actualmente el Boletín N° 9119.18 se encuentra desde el año 2019, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en su segundo trámite constitucional.

⁵³ Equivalente a 3 años y un día a 10 años (art. 56 CP).

⁵⁴ Boletín N° 9119-18 (texto en segundo trámite). Artículo 72.: Pago o contraprestación. El que solicitare o aceptare recibir para sí o para un tercero cualquier clase de pago o contraprestación, por facilitar la entrega de un niño, niña o adolescente, a efectos de alterar la filiación que le corresponde aun antes de su nacimiento, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 150 unidades tributarias mensuales. En la misma pena incurrirá quien diere, ofreciere o consintiere en dar dicho pago o contraprestación.

De materializarse la entrega en las condiciones descritas en el inciso anterior, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y, si correspondiere, la inhabilidad para ejercer el cuidado personal, la patria potestad y la guarda del niño, niña o adolescente.

Lo dispuesto en el inciso primero no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean éstos de carácter legal, social o del ámbito de la salud.

⁵⁵ Equivalente a 541 días a 3 años (art. 56 CP).

⁵⁶ Equivalente a 3 años y un día a 10 años (art. 56 CP).

A continuación, se pueden observar las diferencias de tratamiento regulatorio de las normativas penal y de adopción chilenas, la propuesta en el proyecto de ley citado y los ejemplos de derecho comparado revisados (Tabla 1).

Referencias

- Araya, D. y Retuerto, I. (2012). Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, p. 136-138. En: “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos”. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR; Organización Internacional para las Migraciones, OIM; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF. Disponible en: <http://bcn.cl/2ctng> (enero, 2020).
- Bruce Abramson y Ross Oke (2012). Intercountry Adoption is a Type of International Migration: Safeguarding the Rights of Children in Cross-Border Migration Requires Addressing Abuses in Intercountry Adoption. Presentación de las ONG en los Días de Debate General “Los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional”. 28 de septiembre de 2012. Salle XIX, Palais des Nations, Ginebra. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu90> (enero, 2020).
- Czarnecki, Dorothea (2019). Handel mit und Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen erkennen und reagieren. ECPAT Deutschland e.V. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu92> (enero, 2020).
- Comité de Derechos del Niño (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, 2015. CRC/C/CHL/CO/4-5. Disponible en: <http://bcn.cl/2ctqs> (enero, 2020).
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008). La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Guía de Buenas Prácticas. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu93> (enero, 2020).
- De Boer-Buquicchio, Maud (2017). Before the Inter-American Court of Human Rights Expert Opinion, Ramírez Brothers and Family vs. Guatemala. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu94> (enero, 2020).
- European Parliamentary Research Service, EPRS (2016). Briefing: Adoption of children in the European Union. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu98> (enero, 2020).
- Furtado Guerra, Diana (2017). International Adoption: How to Prevent Child Laundering. Tilburg University, The Netherlands. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9x> (enero, 2020).
- Gómez de la Torre, M. (2007). El sistema filiativo chileno. Editorial Jurídica de Chile.
- Historia de la Ley N° 19.620 (1995). Disponible en: <http://bcn.cl/21xu1> (enero, 2020).
- Moffett, Amber (2017). Human Trafficking Center. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu99> (enero, 2020).
- Naciones Unidas, Asamblea General. UN, AG (2017). “Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”. Consejo de Derechos

Humanos 34º período de sesiones 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9a> (enero, 2020).

Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño. UN, CRC (2002). Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención, Segundo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 2000, Francia. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9c> (enero, 2020).

United Nations (2009). Child Adoption: Trends and Policies. Department of Economic and Social Affairs. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9d> (enero, 2020).

Parra-Aranguren, G. (1993). Explanatory Report on the Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/expl33e.pdf> (enero, 2020).

Pureza, Diego Luiz Victório (2017). O crime de tráfico de pessoas após a Lei nº 13.344/2016. Revista Âmbito Jurídico nº 156 – Ano XX – Janeiro/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9e> (enero, 2020).

Smolin, David M. (2010). Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption: The Future and Past of Intercountry Adoption. University of Louisville Law Review. Vol. 48, p. 441-498. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9f> (enero, 2020).

-- (2004). Intercountry Adoption as Child Trafficking, 39 Val. U. L. Rev. 281. Disponible en: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol39/iss2/1> (enero, 2020).

UN Human Rights, OHCHR (2017). Tackling illegal adoptions and addressing the rights of victims. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9h> (enero, 2020).

Legislación

1) Derecho internacional

- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993). Disponible en: <http://bcn.cl/2cu92> (enero, 2020).
- Convención de Derechos del Niño (1989). Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9m> (enero, 2020).
- 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 (2001). Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9n> (enero, 2020).
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (2000). Disponible en: <http://bcn.cl/1ry5j> (enero, 2020).

2) Derecho nacional

a) Alemania

- Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2cu9u> [versión oficial en alemán], y en: <http://bcn.cl/2cu9t> [versión en inglés] (enero, 2020).

b) Brasil

- Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2acy1> [versión oficial en portugués] (enero, 2020).

c) Chile

- Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/24nek> (enero, 2020).
- Código Procesal Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/24new> (enero, 2020).
- Ley N° 19.620. Disponible en: <http://bcn.cl/29yxh> (enero, 2020).
- Ley N° 20.507. Disponible en: <http://bcn.cl/25twl> (enero, 2020).

d) Francia

- Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2cuiu> [versión oficial en francés] (enero, 2020).



Tabla 1: regulación de la trata de NNA en general (Chile) y con fines de adopción ilegal (legislación extranjera)

Normativa	CHILE			ALEMANIA	BRASIL	FRANCIA
	Código Penal	Ley de adopción	Proyecto de ley	Código Penal		
	De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas	(Ley N° 19.620)	(Boletín N° 9119-18)	Delitos contra la libertad personal "Trata de niños" (<i>Kinderhandel</i>)	Delitos contra la libertad individual "Tráfico de personas" (<i>Tráfico de pessoas</i>)	Delitos contra la filiación (artículos sin epígrafe)
Verbos rectores	<p>Captar, trasladar, acoger o recibir personas mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.</p> <p>Es autor del delito quien promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas</p>	<p>1) Obtener la entrega de un niño para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante.</p> <p>2) Solicitar o aceptar recibir cualquier contraprestación</p>	<p>1) Obtener la entrega de un NNA para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante.</p> <p>2) Solicitar o aceptar recibir para sí o para un tercero cualquier clase de pago o contraprestación, por facilitar la entrega de un NNA</p>	<p>1) Descuidar gravemente los deberes de cuidado y educación, dejando a un hijo, pupilo o hijo adoptivo menor de 18 años de edad con otro, por un período indefinido</p> <p>2) Facilitar la adopción de un menor de 18 años, entregando una compensación económica a otro a cambio del consentimiento requerido para la adopción</p>	<p>Organizar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger a una persona, a través de amenazas graves, violencia, coerción, fraude o abuso</p>	<p>1) Inducir, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer.</p> <p>2) La confabulación entre una persona que desea adoptar un niño y un progenitor que desea abandonar a su hijo nacido o por nacer</p> <p>3) Servir de intermediario entre el (los) potencial(es) adoptante(s) y la mujer que acepte llevar en su seno a un niño</p> <p>4) La sustitución voluntaria, la simulación o la ocultación que hayan causado un perjuicio al estado civil de un niño</p>

Finalidades	Para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos	Figura 1: • Para fines de adopción Figura 2: • Para facilitar entrega de un niño para adopción	Figura 1: • Para fines de adopción Figura 2: • Para alterar la filiación que le corresponde aun antes de su nacimiento	Para obtener ganancias materiales o con la intención de enriquecerse a sí mismo o a una tercera persona	Para fines de: • extirpar órganos, tejidos o partes del cuerpo; • someterlo a trabajar en condiciones análogas a las de un esclavo; • someterlo a cualquier tipo de servidumbre; • adopción ilegal ; o • explotación sexual.	Figuras 1: Para fines lucrativos o mediante donación, promesa, amenaza o abuso de autoridad Figura 2: Con fines de lucro Figura 3: Con el fin de que la mujer entregue al niño
Sanción	- Reclusión mayor en su grado mínimo a medio y - multa de 50 a 100 UTM	- Presidio menor en cualquiera de sus grados y - multa de 10 a 20 UTM	Figura 1: - presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años) y - multa de 10 a 20 UTM Figura 2: - presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) y - multa de 150 UTM	Figura 1: - 3 años de prisión o - multa Figura 2: - 5 años o - multa	Trata nacional: - 4 a 8 años de prisión y - multa Trata internacional (agravante)	Figura 1: - 6 meses de prisión y - multa de 7.500 euros Figura 2 y 3: - 1 año de prisión y - multa de 15.000 euros Figura 4: - 3 años de prisión y - multa de 45.000 euros
Figuras penales agravadas	Si la víctima fuere menor de edad (aun sin violencia, intimidación, etc. o pago), sanción es: - Reclusión mayor en su grado medio (10 años y un día a 15 años) y - multa de 50 a 100 UTM	Si los delitos anteriores son cometidos por autoridad, empleado público, abogado, médico, matrona, enfermera, asistente social o por el encargado, a cualquier título, del cuidado del menor, abusando de su oficio, cargo o profesión:	De materializarse la entrega en las condiciones descritas: - Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años) e - Inhabilidad para ejercer el cuidado personal, la patria	Facilitar adopción y el niño es llevado a Alemania o al extranjero: - 5 años de prisión o - multa Si el infractor: • actúa por ganancia o es miembro de una banda dedicada a la trata de niños o,	Si: • el delito es cometido por un funcionario público; • el delito se comete contra un NNA, anciano o discapacitado; • el agente se aprovecha de las relaciones familiares, domésticas, de convivencia, hospitalidad,	Servir de intermediario y que los actos punibles se hayan cometido con carácter habitual o con fines lucrativos: - penas se duplican

		- penas se aumentan en un grado	potestad y la guarda del NNA	<ul style="list-style-type: none"> • pone en peligro el desarrollo físico o mental del niño: - 6 meses a 10 años de prisión 	dependencia económica, autoridad o superioridad jerárquica inherentes al ejercicio de un empleo, posición o función <ul style="list-style-type: none"> • la víctima de la trata de personas es retirada del territorio nacional - Aumenta en un tercio la pena.	
Figuras penales atenuadas	n/a	n/a	n/a	n/a	Pena se reduce de uno a dos tercios si el agente es primerizo y no pertenece a una organización criminal.	n/a

Fuente: elaboración propia.

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)