



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE
CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TÍTULO:

**“EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS
ENTORNO A LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL PERÚ”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

BACHILLER:

JIMMY GENNER SANTAMARIA DAMIAN

ASESOR:

MG. JORGE MARCIAL

ZAMORA LAZO

CHICLAYO – PERÚ

2020

“EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS ENTORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ”

Tesis presentada por el Bachiller Sr. JIMMY GENNER SANTAMARIA DAMIAN, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el TITULO DE ABOGADO.

PRESENTACIÓN

Bachiller. Jimmy Genner Santamaria Damian

Asesor. Mg. Jorge Marcial Zamora Lazo

Aprobado por:

Dr. Francisco Josué Castañeda Ramos
Presidente

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Secretario

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
Vocal

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. A mi familia quienes por ellos soy lo que soy.

Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia y mi coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la vida y mis padres, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que los ha regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS	4
INDICE GENERAL	5
RESUMEN	7
ABSTRACT	9
1. INTRODUCCIÓN	11
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	22
1.3. HIPÓTESIS	22
1.4. OBJETIVOS	23
2. MARCO TEÓRICO	23
2.1. ANTECEDENTES	23
2.2. BASE TEÓRICA	25
CAPÍTULO I:	25
1.1. MATERNIDAD	25
1.2. DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA	26
1.3. TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA	32
1.4. REPRODUCCIÓN HUMANA	34
1.5. MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL	40
1.6. MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	46
1.7. MATERNIDAD SUBROGADA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONTRACTUAL	51
CAPÍTULO II:	54
DELITO DE TRATA DE PERSONAS	54
2.1. TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS	55
2.2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO	69
2.3. SUJETOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	70
CAPÍTULO III:	71
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA	71
2.3. METODOLOGÍA	75
2.3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	75
2.3.2. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO	75

2.4.	VARIABLES DE ESTUDIO Y SU OPERACIONALIZACIÓN	76
2.5.	MATERIALES, TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS	78
2.6.	PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	78
3.	DISCUSIONES Y LIMITACIONES	78
3.1.	DISCUSIÓN:	78
3.2.	LIMITACIONES:	79
4.	CONCLUSIONES	80
5.	RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN	81
5.1.	Recomendaciones	81
5.2.	Propuesta de investigación	81
7.	BIBLIOGRAFÍA	88
8.	ANEXOS	91

RESUMEN

El presente trabajo de investigación versa sobre el delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú, mismo que hemos dividido en tres capítulos que nos ayudarán a resolver la problemática planteada, esto es ¿Cómo está debidamente regulado el delito de trata de personas en el Perú entorno a la maternidad subrogada?, sabiendo ya, que en nuestro país no existe una ley o regulación sobre la materia y mucho menos sanción para las personas que practican estas actividades.

Por ello, hemos creído conveniente plantearnos los siguientes objetivos: determinar el delito de trata de personas en la maternidad subrogada; analizar la figura jurídica de la maternidad subrogada en el Perú y en la legislación comparada, examinar tipo penal del delito de trata de personas regulado en el código penal peruano y a nivel de doctrina nacional y extranjera y analizar el delito de trata de personas en la maternidad subrogada para proponer la incorporación mediante una Ley de un artículo que establezca la prohibición expresa del vientre de alquiler; ya que, en la actualidad no contamos con normas relacionadas con esta materia.

En ese orden de ideas, en el primer capítulo hablaremos respecto de la maternidad subrogada, para lo cual iniciaremos dando un breve concepto de maternidad, para continuar definiendo lo que es maternidad subrogada y así llegar a conocer cuántos, y cuáles son los tipos de maternidad subrogada, siendo necesario para ello conocer sobre la reproducción humana, tanto natural como científica o con la intervención de ayuda médica, llegando así a conocer cómo es que se encuentra regulada esta materia a nivel internacional y posteriormente en nuestra realidad legislativa; otro punto que abordaremos en este capítulo es sobre el ámbito contractual de la maternidad subrogada.

En el segundo capítulo, abordaremos lo relacionado con el delito de trata de personas, su regulación en el Código Penal Peruano, su tratamiento doctrinar, el inter criminis o el camino del delito, y de esa manera conoceremos respecto del

sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico protegido, conducta, elementos normativos y descriptivos del tipo y todo lo concerniente al tipo objetivo y con relación al tipo subjetivo, veremos lo relacionado con el dolo o la culpa para llegar a la relación jurídica que existe con la maternidad subrogada.

En ese orden de ideas, en el tercer capítulo veremos lo relacionado con el delito de trata de personas relacionándolo a la maternidad subrogada, sabiendo ya, que implica cada uno de los conceptos, de esa manera veremos que, quienes practican la maternidad subrogada subsumen su conducta en la tipificación del delito de trata de personas, al comercializar con seres humanos que fueron procreados con ese fin, cómo si ellos fueran cosas, a pesar que en nuestra normativa de salud y contractual la prohíbe por no ser un objeto y mucho menos la finalidad del contrato es lícita, pues los seres humanos son, por el contrario a lo que se pretende regular, la inspiración de todas las normas que están por y para su protección.

Finalmente, propondremos la incorporación de un artículo en el Código Penal de 1991 donde se establezcan la prohibición expresa de la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, siempre y cuando se involucre a una tercera persona, ya sea como donante del ovulo o espermatozoide o porque sea ella quien lleve el embarazo.

ABSTRACT

This research paper deals with the crime of trafficking in persons around surrogacy in Peru, which we have divided into three chapters that will help us solve the problem raised, that is, How is the doctrinally qualified crime of trafficking people around surrogacy in Peru ?, knowing already, that in our country there is no law or regulation on the subject and much less sanction for people who practice these activities.

Therefore, we have considered it appropriate to consider the following objectives: to determine the crime of trafficking in persons in maternity; analyze the legal figure of surrogacy in Peru and comparative legislation, examine the criminal nature of the crime of trafficking in persons regulated in the Peruvian penal code and at the level of national and foreign doctrine and analyze the crime of trafficking in persons in maternity subrogated to propose the incorporation by means of a Law of an article that establishes the express prohibition of the womb of rent; since, at present we do not have norms related to this matter.

In that order of ideas, in the first chapter we will talk about surrogacy, for which we will begin by giving a brief concept of motherhood, to continue defining what is surrogacy and thus get to know how many, and what are the types of motherhood subrogated, being necessary to know about human reproduction, both natural and scientific or with the intervention of medical aid, thus getting to know how this matter is regulated internationally and subsequently in our legislative reality; Another point that we will address in this chapter is about the contractual scope of surrogacy.

In the second chapter, we will discuss what is related to the crime of trafficking in persons, its regulation in the Peruvian Criminal Code, its doctrinal treatment, inter-criminis or the path of the crime, and in that way we will know respect for the active subject, taxpayer, Protected legal good, conduct, normative and descriptive elements of the type and everything related to the objective type and

in relation to the subjective type, we will see what is related to the intent or fault to reach the legal relationship that exists with surrogacy.

In that order of ideas, in the third chapter we will see what is related to the crime of trafficking in persons relating to surrogacy, knowing already, what each of the concepts implies, that way we will see that, those who practice surrogate motherhood subsume their conduct in the definition of the crime of trafficking in persons, when marketing with human beings who were procreated for that purpose, as if they were things, although in our health and contractual regulations prohibits it for not being an object and much less the The purpose of the contract is lawful, because human beings are, on the contrary to what is intended to regulate, the inspiration of all the rules that are in place and for their protection.

Finally, we will propose the incorporation of an article in the Criminal Code of 1991 that establishes the express prohibition of the practice of surrogacy or rented maternity, provided that a third person is involved, either as a donor of the ovule or sperm or because it is she who carries the pregnancy.

1. INTRODUCCIÓN

En la presente línea de investigación se ha estudiado un tema de gran importancia, relacionado al delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú, por ello, trabajaremos las figuras jurídicas de trata de personas reguladas en el Código Penal Peruano y lo concerniente a la maternidad subrogada o vientre de alquiler, sabiendo que el primero va a castigar a las personas que comercialicen con otros seres humanos en sus diferentes modalidades, mientras que los segundos abarcan lo relacionado a los contratos entre dos o más personas con el fin de que el producto por nacer (bebé), pertenezca a los contratantes.

En el Perú la práctica de maternidad subrogada es poco conocida por la ciudadanía, pero eso no quita que su actividad no sea contante, de acuerdo con el Diario la Republica (2006) sobre la materia señala: “Es así como en el año 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre una red de profesionales médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora. Se trataba de una red que operaba en nuestro país y ofrecía el servicio de maternidad subrogada o como lo denomina el reportaje de, vientres de alquiler”. Viéndose de esa manera que desde años anteriores se ha venido poniendo en práctica.

De acuerdo con el Protocolo de Naciones Unidas (2000) trata de personas es: “La 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 o que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. Vemos así que a un bebé que es comprado también calzaría en este concepto de trata de personas, pues se le cosifica y vende como un objeto, alegándole así, por voluntad propia, de la madre gestacional.

La ley 26842, Ley General de Salud en su artículo 7 señala: “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” (Ley General de salud, 1997). Por lo que, su práctica en el Perú se puede entender que se encuentra prohibida y que sólo se podría aceptar la realización del procedimiento si quien será la madre biológica será la madre gestacional, de lo contrario no.

El Código Penal Peruano regula la figura de trata de personas de la siguiente manera: “1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. 2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación. 3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1. 4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1. 5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito

de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor” (Código Penal Peruano, 1991). Sancionado también la venta de niños, niñas y adolescentes, por lo que se encuentra prohibido estas prácticas de vientre de alquiler.

De esa manera, observamos que, si bien es cierto, nuestro país no tiene una norma expresa que prohíba la maternidad subrogada, lo hi hace a través de la ley de salud y con el artículo de trata de personas, pero, de estas imputaciones quienes los cometen fácilmente se pueden defender y no se lograría una sanción específica, tanto para los contratantes como para las clínicas o médicos que lo realiza, por ello, es trascendental la creación de un tipo penal específico.

Luego de haber descrito la realidad nacional, lo que pretendemos con este trabajo de investigación es resolver el siguiente problema: ¿Cómo esta doctrinalmente calificado el delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú?. Lo que desarrollaremos en función a los objetivos e hipótesis planteada.

Por ello, propondremos la incorporación de un artículo en el Código Penal que prohíba de forma expresa la práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, tanto para los contratantes como para los médicos y centros de salud; debido a que en la práctica se vienen desarrollando estas actividades y no hay una norma expresa para ello.

En ese orden de ideas, Araya (2019) afirma que: “el vientre de alquiler o maternidad subrogada es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madre gestacional y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida”. Siendo en la mayoría de casos distintas, de esa manera, la madre genética es la que entrega los óvulos y la madre gestacional la que lleva el embarazo, o esta última es la que también entrega los óvulos, convirtiéndose ella en la madre gestante y genética pero que vende a su hijo a otra persona.

Estando a lo expuesto, en todo el territorio nacional se puede practicar o realizar contratos de vientre de alquiler sin oposición legal alguna, pues, no

hay norma que lo prohíba y mucho menos que restrinja esta actividad, lo único que existe es una norma de salud que limita la actuación más no que prohíbe y mucho menos sanciona, y el tipo penal de prevaricato sanciona la venta de niños pero no lo hace de forma explícita, es un tipo penal tan general para esta materia que no permitiría su total sanción, por ello precisamente es que se requiere una ley específica para estos hechos.

Precisamente, por la razón anterior es que en nuestro país se necesita la creación de una norma que prohíba la práctica de la maternidad subrogada o el vientre de alquiler y evitar de esa manera su industria ilegal y que pone en peligro a todos los que intervienen y buscar la forma también que en cumplimiento estricto de lo ordenado.

Por todo lo anteriormente planteado, nuestro objetivo principal de la presente investigación es determinar el delito de trata de personas en la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que en el Perú no se encuentra regulada ninguna norma que prohíba tal actividad; y para ello nos ayudaremos con el desarrollo de los objetivos específicos, que son analizar la figura jurídica de la maternidad subrogada en el Perú y en la legislación comparada, examinar tipo penal del delito de trata de personas regulado en el Código Penal peruano a nivel de doctrina nacional y extranjera; finalmente, analizar el delito de trata de personas en la maternidad subrogada para proponer la incorporación mediante una Ley, de un artículo que establezca la prohibición expresa del vientre de alquiler.

Por ello, nuestro aporte vendría a ser la incorporación de un artículo al Código Penal Peruano, debido a la falta de regulación y a la urgente necesidad de su incorporación a nuestra normativa vigente y de esa manera cubrir el vacío legal existente en este momento.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La restricción a la maternidad subrogada no es cosa de países tercermundistas, basta con revisar que en la gran mayoría de países europeos no lo permite, entre ellos tenemos a países desarrollados como, por ejemplo: Alemania, Bélgica, Francia, Italia; y aún progresista tenemos

a España, entre otros. Está prohibida también en países no europeos como la China, Japón, Turquía, Arabia Saudita, y muchos más. Ocurre también con algunos estados de los Estados Unidos e incluso de México; en Nueva York por ejemplo su práctica no sólo está prohibida, sino también sancionada.

Esto se debe en gran medida, a que esta práctica afecta la dignidad humana, no sólo el de los niños engendrados mediante esta técnica, sino también el de las propias mujeres, las cuales se ven concebidas como simples fabricas humanas, puestas al mejor postor. Así lo reconoció el propio Parlamento Europeo el su informe anual del 2015, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo. Estableciendo una enmienda (Nº 115) en la que la Eurocámara “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

Esta práctica inhumana ya nos ha dejado penosos y aberrantes casos. En Asia se dismanteló una red de venta de bebés, Babe 1013, en la que se liberó a veintiún jóvenes vietnamitas secuestradas bajo el engaño de una oferta de trabajo, para utilizarlas como madres gestantes a través de la implantación de embriones o la violación. A primeros días de junio de 2012, la policía nigeriana rescató de una casa a 32 niñas embarazadas, de entre 15 y 17 años de edad. Algunas de ellas declararon que les habían ofrecido aproximadamente 192 dólares por vender a sus bebés, el precio final dependía del sexo de los bebés. En otros casos, la maternidad subrogada se presta para extender prácticas discriminatorias contra discapacitados, pues los padres tienen derecho a obtener su dinero de vuelta si el bebé viene con algún problema físico o genético, así por ejemplo en Tailandia se dio el caso de unos gemelos que nacieron de una

madre sustituta, uno de ellos nació con síndrome de Down y los padres decidieron quedarse solo con el niño sano.

En la India, Según un artículo publicado por BBC Mundo, una pareja debe pagar un total de 28000 dólares por un embarazo que llegue a término de manera exitosa. Si la mamá quedó embarazada de mellizos recibe 10000 dólares y, si sufre un aborto en el primer trimestre, sólo se queda con 600 dólares. Estas cifras que reciben las madres sustitutas son increíbles en una economía que paga salarios mensuales promedio que no superan los 40 dólares.

La maternidad subrogada, habitualmente mal llamada vientre de alquiler, está permitida en tan solo unos pocos países en todo el mundo. Por ello, muchas personas que necesitan recurrir a este método para tener hijos deben hacerlo en el extranjero, puesto que, no existe una única ley que regule la maternidad subrogada en el mundo, aunque la legislación varía en cada país, generalmente indica las condiciones o requisitos para poder llevarla a cabo, incluyendo aspectos como qué personas pueden realizar la técnica, cómo se establece la filiación del menor y los derechos y obligaciones de los padres de intención y la gestante. Por otra parte, la maternidad subrogada es legal en Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal y Canadá. En todos ellos esta modalidad reproductiva está permitida con excepción de algunos estados de USA que no está permitida la subrogación, pero en los estados de Arkansas, California, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah y Virginia Occidental sí está permitida la gestación subrogada, ya sea por ley expresa o por jurisprudencia.

En la mayoría de países de Europa, la gestación subrogada no está permitida, ya sea porque la ley la prohíbe expresamente o por los fallos judiciales que crean jurisprudencia vinculante para quienes administran justicia. Este es el caso de Alemania, Francia, Bélgica, España, Italia, Suiza, Austria, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia y Moldavia.

Otros países que por ley tienen prohibida la gestación subrogada son Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China y Japón. Lo mismo sucede con algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Arizona, Michigan, Indiana y Dakota del Norte), donde la gestación subrogada comercial está expresamente prohibida.

Algunos de ellos, como el estado de Nueva York, tienen sanciones penales y civiles por realizar el proceso, tanto para los padres de intención como para la gestante y cualquier otra persona u organismo participante.

Por otro lado, nos encontramos con México, donde hasta hace no mucho la gestación subrogada estaba permitida en dos de sus Estados (Tabasco y Sinaloa). Sin embargo, la nueva ley prohíbe la gestación subrogada para cualquiera que sea extranjero o que no cumpla los estrictos requisitos establecidos. Por su parte en Perú el vientre de alquiler, maternidad subrogada o alquiler de útero, son prácticas que no son legales. Pese a no contar con amparo legal, la gestación subrogada en Perú es un hecho, tal y como demuestran la literatura existente y los diferentes proyectos de ley desarrollados hasta la fecha, mediante los que se pretende abordar este tratamiento a fin de evitar abusos y otras irregularidades de los se encuentran dando.

Lo descrito con anterioridad es la realidad problematiza que enfrentan ordenamientos jurídicos a nivel internacional, situación no tan alejada de nuestra realidad, es así que, en el Perú se puede observar la siguiente situación problemática.

La infertilidad según la Organización Mundial de la Salud, es considerada como la quinta mayor discapacidad en el mundo y es tratada como un problema moderno de salud pública. En el Perú, si bien es cierto no se adolece de un alto porcentaje de infertilidad, sin embargo, hay un aumento de personas que no pueden concebir. Según INEI (2017) “analizar la variación del descenso de la fecundidad en los últimos tres quinquenios de la estimación, en efecto, esta se ha frenado pasando de 8,1% en el periodo 2000-2005 a 7,0% en el periodo 2005-2010 y 5,7% en el periodo

2010-2017”. Ante esta problemática social, aquellos ciudadanos que no pueden concebir utilizan métodos que la ciencia con su avance pone a su alcance, como la utilización de técnicas de reproducción asistida, práctica que no es ilegal en nuestro país, pero que sin embargo ante ciertas circunstancias hay vacíos, como por ejemplo en cuanto a la maternidad subrogada, Subrogación Gestacional, Gestación Subrogada o Gestación por Sustitución, como se denomina en la legislación española, esta es una Técnica de Reproducción Asistida Humana (TRA) en la que una mujer, la gestante, hace donación de su capacidad gestacional, siendo que en la práctica este tipo de Técnica de Reproducción Asistida acarrea consigo ciertas implicancias penales tales como la trata de personas ya que en partica existe una remuneración pecuniaria para la madre subrogante.

La maternidad subrogada es una práctica que plantea debates éticos, religiosos, psicológicos, biológicos y, por supuesto, jurídicos. Y la legislación en nuestro país agudiza aún más la situación.

Para el doctor Fabricio Vizcarra, presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad, “mientras no haya una legislación clara se seguirán cometiendo delitos y abusos” (Siverino, 2018)¹. Siendo importante por ello establecer una ley a su favor o en su contra y disponer de mecanismos legales que sirvan para su cumplimiento y para dar protección tanto a las personas que pretendan acogerse a ella o que se vean perjudicadas u obligadas para realizar tal hecho sin su consentimiento.

El especialista agrega que el tema no pasa por prohibir la maternidad subrogada, pues ello no garantiza que se deje de realizar. Por el contrario, elevaría los costos, volviéndolo de esa manera en un negocio ilegal donde siempre van a haber afectados por su práctica pero que no pueden manifestar su situación.

La experta en derecho de familia Violeta Bermúdez opina que “las leyes deben alentar a que más parejas puedan acceder al sueño de ser padres,

¹ SIVERINO BAVIO, Paula (2018). “Cuando tu madre no te parió”. Diario “El Comercio”. Lima, Perú. recuperado en: [<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974>]. Ubicado el: [19.XI.2019].

pero en un marco que las proteja y brinde seguridad a todos” (Bermudez, 2014).

En el 2012, la Corte Suprema resolvió el primer caso de vientre de alquiler en el Perú y le dio la razón a una pareja que acordó con otra una fecundación asistida y una posterior adopción a cambio de dinero, a pesar de que los padres biológicos se arrepintieron.

En una columna del diario El Comercio, la experta en bioética jurídica Paula Siverino² cuestionó la sentencia, afirmando que: “Es llamativo que se condene moralmente a quien recibió dinero por una gestación, pero se considere que quienes ofrecieron dinero por ella están amparados en los legítimos deseos de ser padres” (Siveriano, 2018). Siendo ilegal así, otorgar derechos a quienes compran a personas, por la única razón que tal situación jurídica no se encuentra establecida en la norma.

En Sudamérica solo en Brasil se permiten estas prácticas siempre que la madre sustituta sea un familiar y que el acuerdo se concrete de forma altruista. Los demás países no contienen en su legislación ninguna prohibición expresa a estos tratamientos de reproducción asistida.

Esta práctica es conocida popularmente como vientre de alquiler, maternidad subrogada o alquiler de útero, y en nuestro país actualmente no es legal. Tampoco existe ninguna legislación “cerrada” en materia de reproducción asistida, sino varios proyectos de ley. Aun así, son muchas las parejas peruanas que recurren a un embarazo subrogado para formar una familia, habitualmente llevándose a la gestante a un país extranjero donde la técnica sí está permitida.

El Perú no cuenta con una ley nacional bien definida en materia de reproducción asistida y su aplicación, a diferencia de otros países como España, donde existe la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006.

² SIVERINO BAVIO, Paula (2018).ob. cit.

Ahora bien, en nuestra legislación en el Artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842) recoge lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

En resumen, se puede ejercitar el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida (TERAS) siempre y cuando se cumplan dos requisitos fundamentales:

1. Identidad genética
2. Consentimiento por escrito de los padres biológicos antes del tratamiento

De la definición anterior podemos extraer que la técnica de la donación de óvulos no está permitida en Perú puesto que la mujer que aporta la carga genética y la que gesta deben ser la misma persona conforme a lo previsto en el fragmento anterior. La donación de espermatozoides o espermodonación se permite, pero la legislación peruana rige el anonimato del donante.

Según la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, esta necesidad radica en el hecho de que, a pesar de no haber ley, existen numerosas clínicas y centros sanitarios privados que ofrecen tratamientos de fertilidad tanto de alta como de baja complejidad. Dado que funcionan por autorregulación, los tipos de tratamiento, costes y la forma de llevarlos a cabo pueden variar entre unos y otros en gran medida³.

³ FERNÁNDEZ, Sandra (2019). Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. Recuperado en: [<https://www.babygest.es/peru/#lectura-recomendada>]. Ubicado el:[19.XI.2019].

La presente tesis a tratar titulada “El delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú” tiene por objeto describir y analizar el delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada, siendo que este tipo de técnica al no estar debidamente reguladas ni normadas, ha traído consigo una serie de inconvenientes, tales como por ejemplo el mediático caso de los esposos chilenos, en el cual se supo que la prueba de ADN arrojó que sólo el esposo chileno es el padre biológico de los niños nacidos por vientre de alquiler en nuestro país, y esto, no hace más que confirmar la comisión del delito de trata de personas, puesto que, al comprobarse que los niños sólo poseen la carga genética del varón, se descarta que su esposa sea la madre; ya que los niños no fueron producto de la extracción de algún ovulo suyo y mucho menos fueron alumbrados por ella. ¿Cómo entonces los medios de comunicación llegan a la conclusión que ambos son los padres, si la misma prueba descarta a uno de ellos?

Haciendo memoria, esta pareja de esposos chilenos ingresó al país días antes de que la enfermera (“madre subrogante”) diera a luz a los pequeños, y después que ocurriera el nacimiento, está comprobado que le pagaron a esta última la suma de \$ 15,000 dólares americanos, como “agradecimiento” por el vientre de alquiler. Con los niños en brazo y con apoyo de la propia clínica que los asesoro en esta práctica, la pareja firmó el acta de nacimiento como si ambos fueran los padres biológicos y pretendieron salir del país bajo esta situación irregular. Es decir, vinieron sin hijos, y oh sorpresa, a los pocos días pretendían salir con dos hijos en brazo.

Esto, evidentemente, deviene en un delito grave, más allá si la maternidad subrogada está prohibida o no en nuestro país, cosa que para mí me queda bastante claro que lo está, basta con leer bien el artículo 7° de la Ley general de salud y el artículo 409° del Código Civil para darnos cuenta. Que no sea delito, no quiere decir que sea legal.

Ahora bien, para que se configure el delito de trata de personas, según el artículo 153° del Código Penal solo basta el fraude o engaño, concesión

de pagos o de cualquier beneficio para captar, acoger o trasladar a una persona en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, entendiéndose esta explotación como la venta de niños, niñas o adolescentes. Para lo cual se prevé una pena no menor de 8 ni mayor de 15 años. Siendo el delito de la falsificación de documentos y/o falsedad ideológica el medio para realizarla, por lo cual estas conductas ilícitas y todas las demás que se hayan cometido para dicho fin, estarían subsumidas en el delito principal que es la trata de personas.

Después de explicar esto, podríamos concluir que sólo la mujer estaría cometiendo delito, más no su esposo, lo cual sería un error, puesto que, nuestra justicia penal castiga con la misma pena tanto al autor, como a su cómplice primario, y en este caso, quien podría dudar de que el esposo fue cómplice en este delito.

Por lo acotado resulta necesario resaltar la problemática que trae consigo la maternidad subrogada y especial el delito de trata de personas entorno esta, el necesario tratamiento tanto normativo como también doctrinario.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se determinaría el delito de trata de personas en el Perú entorno a la maternidad subrogada?

1.3. HIPÓTESIS

Si, en el Perú a través del art.7 de la Ley General de Salud se encuentra regulado la maternidad subrogada, esta es de manera altruista no implicando ninguna dádiva u/o pago de por medio por la titularidad de madre al madre o padre subroga, siendo que entonces, el supuesto que se diese esta último considerando estriamos ante el delito de trata de personas por lo que se requeriría su necearía regulación.

1.4. OBJETIVOS

- **OBJETIVO GENERAL**

- Determinar el delito de trata de personas en la maternidad.

- **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Analizar la figura jurídica de la maternidad subrogada en el Perú y en la legislación comparada.
- Examinar tipo penal del delito de trata de personas regulado en el Código Penal Peruano y a nivel de doctrina nacional y extranjera.
- Analizar el delito de trata de personas en la maternidad subrogada.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Sobre el tema de investigación, hemos tenido a la vista los siguientes temas y autores:

- APARISI MIRALLES, Ángela (2012). Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivasll en La desprotección del no nacido en el siglo XXI, editado por Roberto Germán Zurriarán. Madrid: España. Ediciones Internacionales Universitarias.

La presente autora nos señala que “con ayuda de un pequeño recorrido en el tiempo y de cómo se han ido apareciendo las técnicas de reproducción asistida como la mejor solución a la infecundidad y la apreciación de las personas acerca de éstas como la solución suprema a su problema, la autora intenta analizar las consecuencias de estos procedimientos en la mujer y la visión que ellas tienen acerca de las mismas. Al mismo tiempo hace referencia a los presupuestos de la vida humana de los partidarios de estas técnicas” (Aparisí, 2012).

- CUÉ VIVEROS, Blanca Eugenia (2016). "Maternidad Subrogada". Tesis. Universidad Panamericana. México.

La presente investigación trata los diferentes matices de la maternidad subroga y su aplicación en Mexico como también en otras legislaciones teniendo con esto otro panorama de desarrollo para el presente trabajo de investigación a tratar en cuanto a la maternidad subrogada como en marco normativo jurídico.

- MORÁN DE VICENZI, Claudia (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial, Lima: Perú. ARA editores.

En la siguiente tesis se "analiza de manera crítica las soluciones propuestas a las cuestiones jurídicas relacionadas con la determinación de la filiación de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, con especial atención a las que suponen la intervención de terceros como los de donante de gametos o maternidad subrogada y la procreación *post mortem*. A través del estudio de los principios y normas que rigen la filiación, los mismos que son cuestionados por los avances científicos en torno a la maternidad subrogada y la inseminación *post mortem*" (Morán, 2005).

- MOSLARE CAÑÓN, José (2016). "Maternidad Subrogada". Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes. Universidad Nacional de La Pampa.

Moslare tiene a través de presente aporte nos narra la maternidad subrogada desde el tratamiento normativo-social argentino interrelación del mismo con tratados y normativa internacional, las mismas aportan en gran medida un panorama más amplio en cuanto a la maternidad subrogada para el presente trabajo de investigación.

- ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia (2006). La filiación paterna en la reproducción humana asistida. Chiclayo: Lambayeque. Edit. Omega,

En la presente investigación se hace “un desarrollo sobre la reproducción humana asistida y su incidencia en el Derecho y el desarrollo de la rama del Derecho genético en el Perú haciendo, al mismo tiempo, una pequeña comparación con la legislación comparada en especial incidencia en países que ya han legislado sobre la materia, Así también, sostiene que la legislación peruana resulta insuficiente para la regulación de la filiación y las relaciones familiares debido a que el artículo 7 de la ley general de salud – Ley N°26842 establece, según la autora, lineamientos muy básicos y genéricos para regular el tema. Si bien coincidimos con su afirmación de que la legislación actual es escasa, no compartimos la idea de facilitar el” (Rojas, 2006).

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2017). “Determinación de la filiación en la procreación asistida”. Lima: Perú. Revista IUS.

El Maestro Varsi Rospigliosi, en el presente artículo narra la necesidad de la determinación de la filiación en el Perú, desde un aspecto normativo social, aduciendo la determinación de la filiación en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida trasvasa los parámetros genéticos para encontrarse en una esfera espiritual donde reina el amor, familiar (no consanguíneo), y producto de esta nueva variante social.

2.2. BASE TEÓRICA

CAPÍTULO I:

LA MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. MATERNIDAD

Ser madre es el objetivo de toda mujer que busca tener descendencia y la realización a través de otro ser humano, que lleve su misma sangre y engendre sus cualidades. Desde ese punto de vista, Mir (2010) señala: “Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción”. De esa manera, un hijo se puede tener de dos formas, la primera es a través de un proceso biológico producto de las relaciones

sexuales entre hombre y mujer, mientras que el segundo es a través de la adopción, esto es, hacer pertenecer a una persona que no tiene vínculo sanguíneo como si lo fuera.

1.2. DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA

De acuerdo a lo mencionado en el punto anterior, se puede decir que maternidad es una cualidad de la mujer para procrear hijos o criar como suyos a quienes no lo son. Por ello, Mir (2010) señala: “en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto”. Pues, ya no se entiende como maternidad el sólo hecho de dar a luz a un niño o adoptarlo para criarlo cómo tuyo, ahora también se entiende al hecho de contratar a una persona para que lleve el embarazo por quien no puede o no quiere hacerlo.

Pero la denominación de maternidad subrogada no es la única forma en cómo se denomina a este concepto. De acuerdo con López y Aparisi (2012) denomina a la maternidad subrogada: “como maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos”. Dicho de otra manera, la maternidad subrogada puede tener diferentes denominaciones, pero siempre implicará a una persona o más contratando a una tercera con la finalidad de que esta última a que alumbre a un hijo que con posterioridad a su nacimiento pertenecerá a los contratantes.

De igual manera Araya (2019) afirma que: “la maternidad subrogada es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les

pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madre gestacional y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso". Pero siempre se presenta la figura de que por un lado existen personas que contratan y por el otro hay una persona contratada, con la finalidad de que esta última sea quien lleve el embarazo de los contratantes.

Para Estrada (2014) señala que: "esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural". Viéndose así que, quienes dan los óvulos y espermatozoides no son quienes llevan de forma física el embarazo por los 9 meses siguientes, sino que, lo hace una tercera persona, que además cobra por ello.

El autor que citaremos a continuación, es muy acertado en su comentario al mencionar que "los intentos para unificar la nomenclatura no parecen dejar contentos a todos y se siguen postulado maneras de nombrar esta nueva, o para algunos, no tan nueva forma de traer niños al mundo; de hecho, han llegado a revelar 17 nombres diferentes en español para referirse a la maternidad subrogada" (Ruiz, 2014). Pero al final y al cabo, no importa tanto el hecho de como nombrar a una práctica recurrida, lo trascendental acá es la actividad que realizan estas personas y como es que se encuentra regulado en nuestro país.

En concordancia del anterior autor, Patricia (2012) refiere las diversas maneras de denominar a la maternidad subrogada: "A las madres de que gestan un niño por otro se las denomina, "madres sustitutas", "maternidad por sustitución", "gestación por cuenta de otro", "madre portadora", "madre alquilada" y "madre arrendada". Madre portante, se refiere a aquella madre que no aporta óvulo y madre gestante, aporta óvulo". Pero, al final, todas estas denominaciones se refieren a una sola situación, que viene a

ser el de contratar a una persona para que sea a madre gestante de un bebe que al término del embarazo no será de ella, sino, de sus compradores.

Al mismo tiempo, Lamm (2012) refiere sobre la problemática anterior, lo siguiente: “me inclino por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo”. Siendo entonces, en opinión del autor antes citado con la que estamos de acuerdo, el termino más correcto para nuestra definición el de gestación por sustitución, ya que, lo que se sustituye el vientre de la madre que da los óvulos, que lleva el embarazo y que con posterioridad cría al hijo producto de tal procedimiento clínico.

A diferencia del anterior autor, se utiliza más el término de maternidad subrogada para referirnos al hecho que una tercera persona sea quien lleva el embarazo de un hijo que no es suyo, o quizás siéndolo se lo tenga que entregar a alguien más. En ese sentido, para Arámbula (2008): “la denominación que más ha predominado es la de maternidad subrogada”. A pesar que este término implique mucho más que el sólo hecho de traer un niño al mundo.

Es importante por lo tanto definir que es maternidad subrogada y para ello recurriremos a la definición de Camacho (2009) quien señala que: “se entiende por maternidad subrogada a la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero”. Viéndose, así como un negocio, olvidando que lo que comercializan es una persona y que ello si constituye un delito en nuestra legislación.

Para Vidal (1988) maternidad subrogada significa: “el contrato de una mujer con una pareja casada o matrimonio para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz o procrear un niño, a cuya custodia renunciará para que fuera adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada”. Siendo así, el autor citado nos habla de la relación contractual de las personas que se involucran en procedimientos de fecundación in vitro, pero recordemos que el contrato no puede versar sobre un objeto física y jurídicamente posible y la persona no vendría a ser materia de contrato porque no cumpliría con ninguno de los requisitos del acto jurídico.

De la misma forma, se entiende por maternidad subrogada a la “práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales” (Sánchez, 2010). Pero que dicha práctica constituye un delito, al tratar al niño recién nacido y desde antes incluso que su concepción como un objeto y no como una persona, y de acuerdo a la Constitución Política del Perú toda persona tiene dignidad y en ella es que se fundan todos sus demás derechos, dentro de ellos el no ser comercializado como una cosa.

En ese orden de ideas, Arámbula (2008) refiere: “no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante, ni quién va a ser la subrogada. Es decir, qué mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y qué mujer puede fungir como madre subrogante, este aspecto constituye una omisión importante debido a que si la mujer que gestó al niño en favor de otra, está casada o mantiene una relación de convivencia con su pareja, la sola existencia de este vínculo convierte al esposo o conviviente de la mujer gestante en el padre legal del niño, lo cual le otorga el derecho de poder reclamarlo si así lo deseara”. Esto referido al estado civil de las personas que contratan o también con relación a la orientación sexual de cada persona, pues, si la persona que es contratada para llevar el vientre

de alquilar es casada, su conyugue necesariamente adquiere derechos y obligaciones con relación al menor pero que se ve privado de ellos por la venta del menor.

Lo anteriormente referido tiene que ver con el hecho que la relación entre los intervinientes necesariamente es que unos entregan los espermatozoides y óvulos y la otra parte es la encargada de llevar el embarazo. Pero también, debemos tener en cuenta que esto no necesariamente es así, también se puede dar que quien lleve el embarazo sea la que aporte los óvulos y allí la figura de la maternidad subrogada se ve transformada.

Por ello, Arámbula (2008) refiere que: “en este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen, la maternidad por cuenta de terceros, es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es”. Entonces, en este caso vendría a ser maternidad por sustitución más que maternidad subrogada, pues el niño pertenece jurídicamente es de la persona que le dio la vida y así se encuentra establecido en nuestras normas, el hecho que lo venda a una tercera persona no quita el hecho que va a ser su madre.

De esa manera se observa que hay distintas formas de realizar la maternidad subrogada de acuerdo con las particularidades de cada caso, siendo así, Arámbula (2008) refiere que: “la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación”. De lo contrario no se podría hablar de subrogación de la maternidad, sino de venta de un hijo; lo que lleva a la trata de personas.

Para Estrada (2014): “la mujer que es inseminada con el semen del esposo o pareja de la mujer subrogante y que contribuye además con sus propios óvulos para lograr un embarazo, no debiera ser considerada madre subrogada, ya que, al ser ella titular del material genético que gestará en su vientre es, a la vez, madre genética y madre gestacional,

condiciones que, según lo expuesto anteriormente, no se ajustan al concepto de subrogación”. Supuesto que se debería de tomar en cuenta al momento de resolver judicialmente un aspecto como este, y que no ocurra lo que paso con el caso de la pareja chilena que ingreso al Perú y posteriormente salió con dos hijos en manos.

Siendo importante por ello establecer la clasificación de la maternidad subrogada. En ese sentido, Scotti (2012) manifiesta:

“En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima” (Scotti, 2012).

Entonces, una vez entendida las dos modalidades en las que se basa la maternidad subrogada debemos afirmar que cada una debe tener una penalidad distinta con relación al delito de trata de personas.

Como ya lo hemos afirmado con anterioridad existen diversas clasificaciones de la maternidad subrogada, ello dependiendo de cuánto va a contribuir la contratada para la procreación del niño. De acuerdo con Araya (2019): “existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario de por medio. También puede categorizarse según la composición genética del bebé “. Siendo importante por ello estudiar todos estos factores.

1.3. TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

- De acuerdo con la genética del niño, la maternidad puede ser de dos clases, esto es la manera tradicional y la gestacional, y se entiende por ellas:

A. Maternidad Subrogada Tradicional.

Este tipo de clasificación tiene que ver con el hecho del aporte que realiza la madre subrogante para el nacimiento del hijo de los subrogados. De esa manera se dice que “La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro” (Araya, 2019). De esa manera se tiene que la persona que es contratada para llevar el embarazo de los terceros no sólo aporta el vientre para la gestación del niño/a, sino, además aporta sus óvulos, ya sea porque los entrega para que hagan el procedimiento clínico o porque lo procrean de forma natural, convirtiéndose así en madre biológica y gestacional.

B. Maternidad Subrogada Gestacional.

En este caso la relación de la madre con el feto y futuro niño no es más que el sólo hecho de haberlo llevado en su vientre y aunque muchas personas digan que en esta clase la madre no tiene ningún vínculo con el niño es falso, pues la madre no sólo aporta el hecho de los genes a través de los óvulos, también esta lo sanguíneo y la alimentación.

En ese orden de ideas, se entiende por maternidad subrogada gestacional “cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro” (Araya,

2019). Siendo así, los que aportan los óvulos y espermatozoide son personas distintas a quienes llevan el embarazo, pero, a opinión personal, eso no quita el parentesco que existe entre la madre gestante y el niño.

- Otra clasificación de la maternidad subrogada tiene que ver con los medios de adquisición del menor, esto es, el valor monetario o no que tiene el hecho de que una persona acepte llevar en su vientre a un hijo que en el futuro no será criado con ella, a pesar que tenga sus mismos genes y naturalmente y legalmente sea la madre gestacional y genética del menor, partiendo de esto, podemos decir que esta clasificación se divide en maternidad subrogada altruista y maternidad subrogada lucrativa, siendo de esa manera, lo desarrollaremos a continuación:

A. Maternidad Subrogada altruista.

De acuerdo con la Real Academia Española (2019) el término altruista significa: “diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio. Y, también un segundo significado menciona que es el fenómeno por el cual algunos genes o individuos de la misma especie benefician a otros a costa de sí mismos” (RAE, 2019). De esa manera se podría entender al hecho que la madre subrogante realiza la acción de llevar el embarazo por la madre subrogada sin mayor ganancia que el sólo hecho de ayudar a que la última persona con su propósito, debido a que ella no puede de forma natural.

Para Araya (2019) la maternidad subrogada altruista es: “cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se suelen responsabilizar por los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son

necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal” (Araya, 2019). Pero, la madre gestacional no recibe beneficio alguno que no sea el directamente relacionado con el embarazo, debido a que la intención de ella vendría a ser el ayudar a que la persona o pareja que lo requiere.

B. Maternidad Subrogada Lucrativa

Cuando una persona escucha el termino lucrativo fácilmente lo asocia con dinero y entiende que la actividad que está desarrollando va a ser remunerada, cuando nos referimos a la maternidad subrogada, entendemos pues que el hecho que una mujer lleve el embarazo por otra u otras personas lo hace por un valor económico y que entre ellas lo que existe es un contrato para realizar tal actividad.

De esa manera, podemos entender a este hecho “cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo” (Araya 2019). Entendiéndose así que, el que realizan esas personas es en negocio jurídico que versa sobre la venta de un ser humano sin importar que están cosificando a una persona que no es un objeto cualquiera con el cual se pueda disponer; y que lo que están haciendo ellos es la comisión de un delito llamado trata de personas.

1.4. REPRODUCCIÓN HUMANA

Para hablar de maternidad y de maternidad subrogada debemos de enfocarnos también en la manera de reproducción humana, ya sea de forma natural o asistida, que permite a una persona ser madre y que le dan la posibilidad a quienes no pueden de serlo a través de técnicas de

reproducción asistida, de esa manera, podemos decir que tenemos las formas:

A. Reproducción Sexual

La reproducción sexual

En ese orden de ideas, Lucía (2013) refiere que: “es importante esbozar en primer lugar un concepto de reproducción humana natural para luego remitirnos a la reproducción artificial, las técnicas propiamente dichas y más precisamente a la maternidad subrogada en particular que es lo que nos interesa para el presente trabajo”. Pues, en la actualidad se busca solucionar el hecho que una persona no pueda tener hijos de forma natural con la ciencia y han encontrado la solución, que puede ser de forma directa, esto es que sea la misma mujer que se realiza el tratamiento va a ser la que quede embarazada u otra distinta a ella.

B. Reproducción Humana Asistida

Por este concepto y entiende al hecho que una mujer no puede quedar por sí misma un embarazo o no puede concebir a un bebé, por lo que necesita la ayuda de la ciencia para lograrlo y lo hace a través de las técnicas de reproducción asistida.

Al respecto, Lucía (2013): “A veces la fecundación no puede realizarse en forma natural, para lo cual se han desarrollado Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)”. Que viene ser una ayuda para las personas que sufren de la deficiencia de no poder procrear hijos, este hecho no es ilegal siempre y cuando la persona a la que se le busque ayudar sea a la misma que trata de quedar embarazada, pero esta actividad se vuelve reprochable cuando se busca implantar el procedimiento de fecundación a una tercera persona que no sea la madre biológica, pues se hacer negocios con seres humanos dignos que no saben la situación a la que se enfrentan.

En el siglo pasado esta situación no se daba, pues no existía el adelanto tecnológico con el que contamos en la actualidad y por ello, las personas infértiles que deseaban ser padres no les quedaba otra opción que adoptar y de esa manera formar una familia.

Una definición con la que concordamos respecto de la reproducción asistida es la que señala:

“las técnicas de reproducción humana asistida incluyen una serie de intervenciones tendientes a aproximar de manera artificial las gametas femeninas y masculinas con el objeto de favorecer un embarazo. Dichas técnicas o métodos pueden agruparse de acuerdo a niveles de baja y de alta complejidad. Entre las primeras encontramos a la estimulación ovárica, la inseminación artificial y entre las segundas tenemos la fecundación in vitro, transferencia embrionaria y la maternidad subrogada. Ante la mayor dificultad en la técnica médica que se utiliza, en forma coincidente, es mayor la complejidad tanto en cuanto al tratamiento desde el aspecto jurídico como a los problemas que acarrea su regulación legal” (Guahnon - Iovanna – Somer, 2012).

De esa manera vemos que existen diversas formas de realizar la reproducción asistida, los métodos que se deben utilizar y quien son las posibles personas a recurrir a estos métodos.

Con relación a lo anterior hemos podido observar que existen dos formas de técnicas de reproducción asistida o se pueden clasificar en dos maneras:

- Tratamientos simples: mismos que comprende la estimulación ovárica, inseminación artificial, inseminación artificial homóloga, inseminación artificial heteróloga; mismas que estudiaremos a continuación:

- **Estimulación ovárica**

De acuerdo con Lucía (2013) se entiende por estimulación ovárica a: “en esta técnica la mujer es estimulada hormonalmente para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros, poliovulación, y así se intenta aumentar la posibilidad de obtener el embarazo, si eso no ocurre de manera natural puede asociarlo a otros métodos como la inseminación artificial o la fecundación in vitro”. Pero todo el proceso es con la finalidad de mayor ovulación en su etapa madura.

- **Inseminación artificial**

En este proceso “se colocan los espermatozoides que pueden ser procesados, en forma previa, en el interior del útero o frente al cuello del mismo. Las primeras técnicas sobre reproducción asistida se remontan hacia el año 1979. Fue Hunter quien realizó en Inglaterra la primera inseminación artificial, obteniendo la gestación en una mujer con semen de su marido. Esta técnica se multiplicó a principios de este siglo en Estados Unidos de América, Inglaterra, Suecia y Rusia” (Lucia, 2013). Si en el anterior hablamos sobre los óvulos de la mujer, en este caso nos referimos a los espermatozoides del hombre que van a ser utilizados para la aplicación de los procesos biológicos para su posterior utilización.

Pero cuando se da el hecho que los espermatozoides no pueden llegar de forma natural al útero se va a realizar un tratamiento de estimulación ovárica para poder cumplir con el objetivo de la procreación.

- **Inseminación artificial homóloga**

En este extremo, observamos que “hay que distinguir entre la inseminación artificial homóloga, que fue la primera en

practicarse entre cónyuges y la inseminación artificial con semen de un extraño a la cual la doctrina jurídica denomina heteróloga” (Lucia, 2013). Pero, en esta clasificación quien va a donar los espermatozoides es la misma persona que después va a criar al bebé que nazca producto de la inseminación artificial.

- **Inseminación artificial heteróloga**

Este punto tiene relación con el anterior, pero a aquí, quien don el espermatozoide es otra persona ajena al padre subrogante. Por ello, Lucia (2013) refiere que: “es aquella que se realiza con semen de un donante extraño a la pareja, es ampliamente difundida en aquellos países donde no existen barreras legales. Este método se puede plantear frente a dos supuestos: a) inseminación practicada en vida, y b) después del fallecimiento del tercero donante de semen. Este tipo de fertilización debe concordarse con el anonimato que se pretende establecer al dador en apoyo de la paz familiar, con el respeto del derecho del nuevo ser a comprender su origen biológico y en consecuencia la causa de determinadas afecciones genéticas. En este extremo se va a ver la participación de una tercera persona que dona los espermatozoides para que se puede realizar el proceso de inseminación artificial”. Teniendo en cuenta que igual la implantación de este espermatozoide será con la mujer que va a donar los óvulos y no será la madre gestacional o en su defecto ambas funciones biológicas van a recaer en la misma persona.

- Técnicas de complejidad secundaria: en este apartado tenemos a tres clasificaciones: fecundación in vitro, la transferencia intratubaria de gametos, a la transferencia intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones:

- **Fecundación in vitro.**

Tenemos que “esta técnica se produjo por primera vez en Inglaterra, en 1978, con el nacimiento de Louis Brown, es indicada generalmente cuando: existe esterilidad femenina por problemas en las trompas de Falopio, por esterilidad masculina secundaria, por escasez de espermatozoides, siempre que tengan un nivel aceptable de movilidad y esterilidad sin diagnóstico” Lucia (2013). Pero que a través de esta técnica que solucionan los problemas antes descritos, se logra el objetivo primario que es el de procrear a una persona.

Tenemos también que:

“La técnica consiste en realizar previamente una estimulación ovárica, luego los óvulos son aspirados y colocados junto con los espermatozoides obtenido en la mayoría de los casos mediante masturbación en un medio extracorpóreo (frasco especial o incubadora). Si la fecundación se produce, entonces los embriones se retirarán para luego ser implantados en el útero, a través de un catéter que recorrerá el cuello uterino. El traspaso se realiza de 48 a 72 horas después. Generalmente, los médicos recomiendan la transferencia de tres o cuatro embriones para que implante alguno. La implantación de todos los embriones obtenidos puede provocar los llamados “embarazos múltiples”, los cuales pueden acarrear consecuencias obstétricas. La crioconservación de los embriones obtenidos por la técnica de fecundación in vitro (FIV) ha aparejado grandes críticas y cuestionamientos médicos, legales, éticos, sociales y religiosos”.

En esta técnica de reproducción asistida vemos que se juntan la mayoría de procedimientos simples para lograr un solo objetivo que es el de procrear a un bebé, pero, por la propia experimentación no

todo lo que plantean va a resultar, producto de ello es se producen embarazos con complicaciones de implementación.

- **Transferencia intratubaria de gametos (GIFT).**

En este extremo tenemos a la “técnica que fue creada por el doctor argentino Ricardo Asch en Estados Unidos de América y se utiliza cuando no funciona la inseminación artificial, pero las trompas permiten la concepción. La técnica consiste, si al menos hay una trompa de Falopio sana, en colocar en la misma los óvulos, extraídos previamente con una aguja mediante laparoscopia, y espermatozoides y de esa manera la concepción se produce en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño” Lucia (2013). Siendo que la madre gestacional es la misma que entrega los óvulos para ser procesados y después implantados en su propio cuerpo, pero son ubicados de forma precisa para que se realice la fecundación y no se corra el riesgo que a mitad del proceso suceda algún problema y los implantes no lleguen a su destino.

- **Transferencia intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones**

Se dice que “constituyen variantes de la FIV, pues luego de efectivizada una fecundación in vitro, se coloca en la trompa el embrión resultante” Lucia (2013). Lo que deja en peligro que ese embrión se siga desarrollando y avance al útero o que no lo haga y por lo tanto sea expulsado después que se queda sin vida.

1.5. MATERNIDAD SUBROGADA A NIVEL INTERNACIONAL

Como hemos mencionado con anterioridad, la maternidad subrogada es una realidad que muchos países la viene viviendo y que al ser un tema tan delicado no ha tenido la protección necesaria en todos los países, es más, en algunas legislaciones, como la nuestra, ni siquiera se ha regulado una ley a su favor o en su contra.

En ese sentido, primero abordaremos la realidad extranjera y para ello nos acogemos a lo manifestado por Lamm que refiere que a nivel internacional existen tres posturas sobre la maternidad subrogada, y esas son “prohibición de la gestación por sustitución; admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, y; admisión amplia” (Lam, 2012). Las que desarrollaremos a continuación y especificaremos que países se han acogido a cada una.

A. Prohibición de la gestación por sustitución

Se entiende al hecho en que los legisladores han creado leyes expresas para prohibir esta situación. de esa manera, Estrada (2014): “El marco normativo de los países que sostienen esta postura prohíbe y declara nulos todos aquellos acuerdos de gestación por sustitución”. Por lo que, cualquier contrato que se realice sobre esta materia no tendrá validez y por lo tanto se tendrá como no realizado, lo preocupante de esta situación es lo que ocurrirá con el bebé ya nacido, que no le pueden entregar a la familia que ha contratado y tampoco se lo tendría que quedar la madre sustituta pue ella no vendría a ser la madre biológica y tampoco lo querría y cuidaría, por lo que tendría que ir a un albergue.

Según lo que refiere Lamm, los países que se han acogido a esta postura son “Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, que tiene como común denominador jurídico el de la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución” (Lam, 2012). Son los países del viejo continente que por lo menos de forma expresa han manifestado su oposición ante la práctica de la maternidad subrogada y han producido normas o han manifestado su postura de otra forma legal, pero en contra de estos hechos.

Lam han desarrollado un cuadro en cual se puede ver de forma expresa las normas a través de las cuales se prohíbe la práctica de maternidad subrogada, mismo que lo colocaremos en el anexo de esta investigación para mayor detalle.

B. Admisión restringida

Esta postura admite la maternidad subrogada bajo ciertos supuestos, como, por ejemplo, cuando se trata de una práctica altruista y sin que medie remuneración económica alguna para la madre gestante más que el sólo hecho de ayudar a una persona o pareja que no pueden tener hijos y que quieren hacerlo con la ayuda de la ciencia y que los padres genéticos vendrían a ser los que críen en el futuro al bebé.

De acuerdo con Estrada (2014) señala: “los países que sustentan esta postura admiten la maternidad subrogada en aquellos casos que no impliquen contratos y/o intercambios comerciales, es decir; únicamente en situaciones con fines altruistas. No obstante, ello, existen requisitos y condiciones específicas para declarar aceptable esta práctica”. Pues si mediara algún tipo de acuerdo ente ellos y que fuera económico, las legislaciones de esos países no lo permitirían y por el contrario ellos castigan esta práctica con la anulación de los acuerdos y con la no entrega del bebé, por ello es trascendental que quienes se someten a estos tratamientos cumplan con todas las exigencias legales.

Según lo afirmado por Ruiz (2013) los países que admiten la maternidad subrogada con ciertas limitaciones son: “Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda”. Pero, existen otros países, como el nuestro, que no se ha pronunciado ni a favor ni en contra de forma explícita a través de una ley de esta práctica, siendo necesario que las legislaciones comparadas y nacional señalen cuál es su postura respecto de lo mencionado.

Tal como lo refiere Lam “esta postura se divide a su vez, en dos grupos: o El primer grupo regula el proceso de pre aprobación de los acuerdos de maternidad subrogada. Ello quiere decir que previamente a la realización de cualquier tratamiento médico que suponga la subrogación materna con un fin altruista, el caso debe ser evaluado y aprobado por un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) especial

constituido específicamente para dicho proceso” (Lam, 2012). Tal como se verá en el anexo Nro. 02 del presente trabajo que ha sido realizado por el autor antes citado.

Mientras que el segundo grupo de países que se ha unido a esta forma de aceptación restringida de la maternidad subrogada se ha preocupado más por la figura legal del problema. Por eso, Lamm (2012) menciona que “El segundo grupo norma aquellos acuerdos de maternidad subrogada ex post facto, es decir; el procedimiento centra su atención en la transferencia de la filiación post parto. Ello supone viabilizar la paternidad legal del niño recién nacido a favor de los comitentes, padres contratantes, como resultado de dicho acuerdo”. la normativa más basándose en el hecho de los efectos del contrato celebrado entre las partes y de qué manera se va a realizar su incorporación en la legislación y la inscripción del niño en su registro de personas.

El país que se acoge a este segundo grupo es Reino unido, y lo hace a través de dos normas, tal como lo mostraremos en el anexo 03 acompañado a esta investigación.

De esa manera, nosotros podemos observar que el primer proceso tiene mayor eficacia al momento de cuidar tanto a los que intervienen en una relación contractual como a los niños que están por nacer, ello porque los padres tienen que cumplir con normas legales antes del sometimiento del proceso de fecundación, asimismo, cuidar que la persona que va a nacer lo haga en un ambiente sano y con toda la protección legal que ameritan estas situaciones, pues, más importante es el niño que va a nacer que su posterior acogida al sistema estatal.

En ese orden de ideas, nosotros concordamos con el autor que es más importante garantizar que el niño que va a nacer lo haga en un ambiente sano y evitar que en el futuro alguna complicación a pensar primero en cómo es que legalmente se debe inscribir, es necesario sí, pero no de vital importancia como el bienestar de los involucrados.

Por ello, observamos que, el sistema de control del Reino Unido no es de mayor trascendencia o en su defecto no protege de la misma manera a sus ciudadanos que se involucren en un proceso de procreación científica, pues, buscan proteger con posterioridad al nacimiento del niño y se enfocan en legitimar la filiación apoyando más a la pareja adquiriente del menor que ver por él en sí, aunque tenemos que reconocer que un acierto que han tenido es el hecho de dar la facultad a la madre gestante de decidir después del embarazo si aún quiere continuar con lo pactado con anterioridad o por su defecto no hacerlo y ser ella quien crie al menor.

En ese sentido Lamm (2012) afirma: “el segundo sistema es más protector de la gestante. No pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad, y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución”. Pero entonces acá ocurriría la disyuntiva de, si la madre gestante decide quedarse con un menor, éste no sería únicamente su hijo, debido a que tiene los genes de sus otros padres, en ese caso como se regularía la correlación de los terceros con relación al bebé.

C. Admisión amplia

Ésta última postura acepta todas las formas de maternidad subrogada sin restricción alguna, a pesar que quienes contratan lo hacen a sabiendas que las personas no son negociables, y que hacerlo constituye un delito, pero los estados inconscientes de ello, han regulado.

Los países donde se encuentra regulado esta forma de maternidad subrogada vienen a ser varios. Estrada (2014) menciona que “Los países que sostienen esta postura consideran la maternidad

subrogada como una práctica legal. Entre ellos destacan Georgia, Ucrania, India, Rusia, algunos Estados de los Estados Unidos, México (únicamente Tabasco), entre otros”. Por ejemplo, en estados unidos uno de los estados que ha aceptado la práctica de la maternidad subrogada sin restricción alguna, es más, se encuentran reguladas dentro de sus cuerpos normativos como el código civil o el código de familia de casa lugar.

Por ello, en el anexo 04 consignaremos un cuadro comparativo donde se observa a los países antes mencionados y cuáles son las normas que cada uno ha producido para regular la maternidad subrogada.

Nuestra región continental también se ha visto influenciada por lo ocurrido a nivel europeo tal es así que Aguilar menciona que:

“en Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia. En el año 2001, el Senado de la República de Colombia presentó el proyecto de ley 151/2001 mediante el cual se modifican los Códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones. No obstante, ello, esta iniciativa legislativa no alcanzó a ser debatida en las sesiones plenarias del congreso, «lo que no permitió su surgimiento, y en ese mismo sentido el estático ordenamiento jurídico que rige actualmente en Colombia, sigue igual”. (Aguilar, 2010)

Siendo unos de los primeros países latinoamericanos en los que se regulo lo relacionado con la maternidad subrogada y se retiró de aquellas normas donde se penalizada o sancionada a quienes recurrían a estas salidas alternativas con la finalidad de procrear hijo y de tener descendientes de su mismo lazo sanguíneo. Pero en la actualidad no es el único país donde se viene practicando estas medidas.

En ese orden de ideas, Estrada (2014) menciona que: “En Argentina existen en la actualidad cuatro proyectos de ley que procuran regular de forma expresa la maternidad subrogada. Tres de ellos la admiten y establecen el cumplimiento de una serie de requisitos, distintos entre cada iniciativa, pero orientados hacia un mismo fin. El cuarto proyecto de ley, en cambio, prohíbe la maternidad subrogada y declara su nulidad”. Pero, aún no se encuentra regulado la práctica de la maternidad subrogada, tal es así que aún no han sido aprobados por ello es que se ha podido presentar este cuarto proyecto de ley que esperamos sea aceptado.

1.6. MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Como hemos mencionado con anterioridad, en nuestro país no se ha regulado esta práctica y por ello no tenemos una ley que este a favor o en contra de ella, pero eso no signifique que se acepte la práctica de vientre de alquiler o maternidad subrogada, por el contrario, tenemos leyes que manifiestan su prohibición y que a ellas nos tenemos que acoger mientras los legisladores crean una norma prohibitiva para lo mencionado y que su penalización no sólo abarque la parte civil o contractual que trae consigo el vientre de alquiler, también se debe regular penalmente.

Estrada (2014) afirman que: “En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. La Ley 26842, Ley General de Salud, en su artículo 7 establece una prohibición tácita respecto de esta práctica”. Pero, es una prohibición sin sanción lo que da por sentado que a las personas poco les importará dicha norma y sin importar el problema que represente seguirán realizando dichas actividades. Por ello, nosotros creemos conveniente que nuestro país tenga una norma que mencione de forma explícita su prohibición y que su inobservancia sea castigada con pena privativa de la libertad para todas las personas involucradas.

El artículo 07 de la ley 26842 señala: “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el

uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos” (Ley 26842, 1997). De esa manera observamos que la única forma en que la ley de salud admite que se realice este procedimiento es si quien va a ser la madre gestante es la misma que va a entregar los óvulos, pero de ser lo contrario no estaría permitido y quienes lo realicen cometerían el delito de trata de personas.

Como vemos, esta ley únicamente regula lo concerniente a la madre ya sea gestacional o madre genética, pero nada nos habla del padre o donante del espermatozoide que a la larga también va a ser padre o legalmente le corresponde a él la patria potestad.

Según lo referido por Jiménez (2010) en nuestra normativa civil se ha regulado lo siguiente: “en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en la concepción clásica romanista: “Mater semper certa est” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbró”. Pero más allá de eso no ha regulado nada con respecto a cómo sería la filiación de estas personas con el hijo producto de la concepción.

Jiménez también refiere que “En el Perú, la filiación todavía está determinada por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común; sin embargo, en la nueva teoría genética, los grados de parentesco se determinan en proporción de genes idénticos por descendencia, de la siguiente manera: hijo a padres, 50%; nieto a abuelos, 25%; sobrino a tíos, 12,5%; primo a primos, 6,25%. Esta última teoría por su base científica, demuestra con certeza el grado de parentesco expresado en porcentajes de transmisión de los genes entre los parientes” (Jiménez, 2010). En ese caso, los niños nacidos producto de un proceso artificial o científico guardarían un 50% de genética con la madre que los gestó o llevó en el vientre y el mismo porcentaje aplicaría a quienes han prestado sus genes.

Según lo afirmado por Canessa (2011):” la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú que ha sido puesta en evidencia, principalmente, a través de fuentes periodísticas”. A pesar que los juristas se hagan ciegos ante la realidad que se está viviendo aún no hacen ningún esfuerzo por regular este hecho y siguen dejando un gran vacío jurídico en la materia, de ahí su necesidad de crear una norma que prohíba las practicas relacionadas a la maternidad subrogada.

Ejemplo de lo anterior, es lo que informó un canal español respecto de una red que se dedicaba a estas acciones, de esa manera, tenemos al Diario la Republica (2006) que escribe:

“Es así como en el año 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre una red de profesionales médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora. «Organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes». Se trataba de una red que operaba en nuestro país y ofrecía el servicio de maternidad subrogada o como lo denomina el reportaje de, vientres de alquiler”

Evidenciándose de esa manera el actuar ilegal de esas personas y de quien realizaban esas prácticas a pesar que en nuestro país si se encuentra tipificado el delito de trata de personas que engloba estos mismos hechos, pero que nada se hace para castigar a quienes trafican con personas o ayudan a la venta de las mismas, cómo si las personas que son objeto de venta (bebés) fueran un objeto y no seres humanos dignos de ser tratados como tal.

Vemos de esa manera que en nuestro país si se viene practicando de forma ilegal lo referente a la maternidad subrogada o vientre de alquiler y se hace sin cuidado mínimo u observancia de las normas que deberían de estar más que todo para con aquellos recién nacidos que nada tienen

que ver con los procedimientos a los que se les ha sometido para que de esa manera él nazca.

Tras la ausencia de regulación expresa que prohíba estas prácticas abusivas de la ciencia y de la libertad de contratación, la Corte Suprema de Justicia en el 2011 ha señalado mediante una resolución señala que:

“El caso en discusión describía a una pareja que tomó la decisión de encargar a una mujer la gestación de un niño que después de nacido debía ser entregado a la pareja comitente (contratante). Este acuerdo fue convenido con el pago de una determinada suma de dinero en favor de la mujer gestante. La fecundación se realizó con el gameto del esposo comitente y el de la mujer gestante, razón por la que, genéticamente, él era el padre del niño concebido y la mujer subrogada era la madre. Una vez nacido el bebé, esta fue entregada a la pareja contratante, quienes iniciaron un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, sin embargo, la madre genética o madre subrogada y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y desistieron de continuar con la adopción. Luego de una serie de demandas y recursos en contra de la adopción, la Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento, «[...] y basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial””.

De esa manera sienta un precedente a favor de la maternidad subrogada a pesar que este hecho no se encuentra típicamente establecido en una norma o que exista la ley de salud que establece que únicamente se puede realizar este proceso cuando la madre gestante y la madre

biológica vienen a ser la misma persona, de lo contrario tal hecho se encontraría prohibido de forma tácita.

Lo anteriormente citado será la primera resolución relacionado a esta materia que ha sido expuesta en el Perú, pero no es el único caso que se ha visto. Pues en el año 2012, una noticia similar a la anterior fue expuesta al público de la siguiente manera “el incremento de las mafias que ofrecen el servicio de subrogación materna o vientre de alquiler, razón por la cual, se insta al Congreso de la República elaborar un marco legal sobre maternidad subrogada” (Diario Perú 21, 2012). Poniendo ya una alerta a los legisladores para que se encarguen de este asunto a la brevedad posible y se legislen las circunstancias y se sancione a quienes la cometen atentando contra la dignidad humana, que precisamente es el fin supremo de la sociedad.

De esa manera, en el año 2013 se escribe sobre maternidad subrogada y se limita su aplicación a través de un proyecto de ley que tenía como finalidad modificar el artículo 7 de la ley General de Saluda, ya antes citada, debiendo quedar de la siguiente manera “la maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser” (Comisión de Salud y Población, 2013). Asemejándonos de esa manera al grupo de países que acepta la maternidad subrogada o vientre de alquiler de manera restringida, esto es únicamente cuando se realiza con fines altruistas, pero conociendo cómo somos los seres humanos, siempre buscarán sacarle la vuelta a la norma y lucrarán con la práctica antes señalada.

Pero, a pesar que ya han pasado casi 7 años desde ese momento, hasta la actualidad no hay ningún debido respecto de esa propuesta ley, dejándose de esa manera aun desregulado la maternidad subrogada y en peligro, más aún para el niño que está por nacer.

Ante esto tenemos un gran vacío legal que colabora con la práctica ilegal y abusa de estas actividades y que menos colabora con su control o con la resolución de conflictos resultantes de su práctica.

1.7. MATERNIDAD SUBROGADA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONTRACTUAL.

Debemos partir primero conociendo que es un contrato, con posterioridad recurrir al acto jurídico que nos ayuda a ver sobre que materias una persona puede contratar, siendo de esa manera concluiremos conociendo cual es la definición de un contrato de vientre de alquiler o maternidad subrogada, entre otros por menores que nos ayudarán a comprender un poco más esta figura tratada en la presente investigación asimilándolo a la única regulación o normas con las que cuenta nuestro país, así como su tratamiento jurídico.

A. Contrato

El contrato se encuentra regulado en el artículo 1351 del Código Civil Peruano, y está redactado de la siguiente manera “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código Civil Peruano, 1984). En lo relacionado con el contrato de maternidad subrogada vendría a ser el acuerdo realizado entre la madre subrogante y los contratantes.

Perfeccionándose con el consentimiento de los involucrados, pero que siempre deben respetar las formas establecidas en el código civil para su validez, asimismo, la materia en la que se realice un contrato es de libre elección de los contratantes, motivo por el cual, dependerá de las partes el contenido del contrato, recordemos pues que lo que no está prohibido está permitido y esa es la regla por la que se deben basar los contratantes,

Siendo de la manera antes descrita, los padres subrogados y la madre sustituta pueden realizar el contrato de maternidad subrogada sin problema alguno, pues nuestra legislación no la prohíbe.

B. El contrato como acto jurídico

En este extremo tenemos lo establecido en el artículo 140 del Código Civil, el cual se encuentra redactado de la siguiente manera: “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (Código Civil, 1984). Siendo de observancia obligatoria cumplir con los elementos esenciales de este tipo para poder celebrar cualquier contrato.

Entonces, se puede entender que el contrato puede ser unilateral o plurilaterales, éstos últimos son los que necesitan de la participación de más de una persona para su celebración. De acuerdo con lo establecido por De la Puente (2014): “el contrato es un acto jurídico patrimonial, ya que la relación jurídica creada (regulada, modificada o extinguida por el acto) versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, o sea que puedan ser objeto de valoración. Esta valoración, no tiene carácter subjetivo, o sea no interesa si determinado bien tiene valor económico para determinada persona, lo cual puede estar influenciado por factores sentimentales, de oportunidad o de necesidad, sino carácter objetivo, esto es considerando si el bien tiene un real valor económico por sus propias características, prescindiéndose de connotaciones personales”. Entonces, se puede entender que en los contratos de maternidad subrogada se está realizando sobre un bien o un interés pero que posee naturaleza económica por lo que se puede disponer de él, pues eso es lo que se pretende regular en aquellos países donde está permitido esta práctica, hechos, por cierto, con los que no estamos de acuerdo.

Cómo es conocido un contrato es un acto jurídico, entonces tiene que cumplir con los presupuestos legales establecidos en este, de esa manera se tiene que:

- Agente capaz: este presupuesto los contratantes si lo cumplirían, pues, al ser todos mayores de 18 años y sin ningún tipo de impedimento pueden celebrar cualquier contrato.
- Objeto física y jurídicamente posible: este extremo del acto jurídico necesario para la celebración de un contrato no lo cumplirían, pues, el ser humano no es un objeto ni física ni jurídicamente posible. Esto es así, porque la persona lejos de ser cosa u objeto es sujeto de derechos y sobre ella no puede versar contratos algunos, es más, todas nuestras normas están creadas por y para ellas, al ser precisamente el fin supremo de toda sociedad y el respeto de ella y su dignidad la inspiración de todas las normas, entonces, no pueden pretender crear un contrato para utilizarla como cosa y poder venderla como si fuese cualquier cosa,
- Fin lícito: el contrato de maternidad subrogada tampoco cumpliría con este elemento del acto jurídico, por el contrario, la venta de una persona se encuentra tipificada en el código penal peruano en el tipo penal de trata de personas.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad: esto tiene que ver más con las formalidades del contrato, de si se tiene que hacer vía notarial o no u otros requisitos propios de un contrato, por lo que, fácilmente también se puede cumplir.

Pero, para la celebración de este y cualquier otro contrato se necesita cumplir con los 4 elementos del acto jurídico, la sola ausencia de uno de ellos llevaría a la no celebración del mismo o su nulidad.

CAPÍTULO II:

DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Según Espinoza: “la trata de personas es un delito tipificado y penalizado internacionalmente mediante el Protocolo Trata de Personas, instrumento que establece las definiciones, normas y procedimientos a seguir por los países firmantes para defender los derechos humanos de millones de víctimas atrapadas en las redes de esta modalidad criminal. Es posible elaborar un perfil aproximado de las personas victimizadas por la trata (según las características geográficas y socio-económicas de determinadas regiones), pero en general esta suele afectar a seres humanos distintos en cuanto a sexo, edad, profesión, grado de instrucción y formas de vida. Es decir, cualquiera podría ser víctima de la trata de personas e incluso no ser consciente de ello, como suele ocurrir en los casos de venta de niños, tráfico de órganos y otros” (ESPINOZA, 2012). Por ello, cuando se negoció con la venta de un bebé, después de su nacimiento constituiría el delito de trata de personas, pues comercializan con un ser humano que fue creado con este fin, y digo creado porque al menos lo han hecho producto de la ciencia.

El Protocolo Trata de Personas define la trata de personas (TDPS) como: “La captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción (...) para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, incluyendo (...) 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” (ESPINOZA, 2012). De esa manera, la trata de personas se puede dar de diferentes modalidades, pero siempre va a significar el hecho que alguien sea privado de su libertad para ser la voluntad de otra persona.

De esta definición se extraen los siguientes elementos constitutivos de la trata de personas:

- a) La acción (qué se hace). Captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a una o más personas con fines de explotación.
- b) Los medios (cómo se hace). Amenaza, uso de la fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder y de situaciones de vulnerabilidad, o pagos o beneficios a una persona con autoridad sobre la víctima.
- c) El fin (para qué se hace). Su propósito es la explotación, lo que incluye explotación de la prostitución ajena, explotación sexual, trabajos forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y extracción de órganos.

2.1. TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS

El Perú ha incorporado en su legislación interna, tomando como base el Protocolo TDPS– la Ley N° 28950 contra la Trata de Personas y el Tráfico ilícito de Migrantes, junto a su Reglamento (D. S. N° 007-2008-IN), aprobados en los años 2007 y 2008, respectivamente.

De acuerdo con tales normas, el Código Penal Peruano tipifica la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, en los términos siguientes:

“Artículo 153°.- Trata de personas: El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de

personas incluso sin recurrir a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior” (Código Penal Peruano, 1991).

Regulación que se encuentra tipificada en nuestro Código pero que no se viene aplicando para lo delito de maternidad subrogada o vientre de alquiler, es más, como lo hemos afirmado con anterioridad, jueces nacionales prefirieron entregarlo el bebé producto de esta práctica a los padres que contrataron los servicios de una madre sustituta y que a la vez sea la madre genética, que juzgarlas a ambas personas por el delito antes mencionado.

Asimismo, el artículo antes mencionado consta de ciertas agravantes mencionadas en el Código Penal Peruano, siendo las siguientes:

“Artículo 153°-A.- Formas agravadas de la Trata de Personas: La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública; 2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito; 3. Exista pluralidad de víctimas; 4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz; 5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar; 6. El hecho es cometido por dos o más personas. La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando: 1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima; 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental; 3. El agente es parte de una organización criminal”

Pero, si se produce la muerte del niño producto de estas prácticas de procesos científicos, no se tomaría como delito porque no se encuentra tipificado esta conducta.

El delito de trata de personas abarca diversos enfoques, entre los cuales se encuentran:

- **Enfoque de derechos humanos**

La trata de personas vulnera los derechos humanos de las víctimas en varios niveles (sociales, económicos, culturales, políticos, civiles), puesto que tales derechos son interdependientes y se relacionan estrechamente. Es decir, además de perder su derecho fundamental a la libertad y la dignidad, la víctima arriesga otros derechos relativos a su seguridad personal, salud, educación, reinserción laboral y protección superior del niño (si es menor de edad), entre otros.

Actualmente, existen instituciones e instrumentos legales que promueven los derechos humanos de las personas en distintos ámbitos, definiéndose internacionalmente su vigencia y alcances. Resalta el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas dirigido al Consejo Económico y Social en el año 2002, recomendando principios y directrices sobre los derechos humanos y la trata de personas, a propósito de los acuerdos del Protocolo TdPs.

Este documento formula cuatro Principios y once Directrices para el manejo del tema por los Estados Miembros, figurando entre sus principios el de la Primacía de los Derechos Humanos, que da especial protección a las víctimas de trata de personas.

Textualmente, dicho principio establece:

“Los derechos humanos de las personas objeto de la trata constituirán el centro de toda labor para prevenir y combatir

la Trata de Personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas” (Ley N° 28190).

Por su parte, la normatividad peruana garantiza y protege los derechos humanos de las víctimas potenciales y actuales de la trata, tanto en la Constitución Política, que consagra los derechos a la libertad y la seguridad personal, como en la Ley marco a nivel nacional (Ley N° 28950) que previene y sanciona la trata de personas, disponiendo la protección a víctimas y colaboradores, testigos, peritos y familiares directos, mediante un enfoque de derechos humanos. Más aún, el Reglamento de dicha Ley recoge el principio de primacía de estos derechos, determinando que:

“Los derechos humanos de las víctimas de los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, y sus familiares directos dependientes, constituirán el centro de toda labor para prevenir, perseguir y asistir” (Ley N° 28190).

Otras normas nacionales sobre la trata de personas, receptoras de distintos derechos, son: la Ley N° 28190, que protege a los menores de edad de la mendicidad (2004) y en la cual el derecho atendido es la integridad física y moral de niños y adolescentes; asimismo, obra la Ley N° 28251, que modifica e incorpora artículos sobre Violación Sexual Comercial y Pornografía Infantil (2005) y protege el derecho a la indemnidad sexual. Otra norma importante es la Resolución Ministerial 2750-2006-IN-0105, que institucionaliza el Sistema de Registro y Estadística del delito de Trata de Personas (RETA) en la Policía Nacional del Perú y protege con claridad el derecho a la información e investigación.

También rige la Ley N° 29360 (Ley del Servicio de Defensa Pública), que consagra el derecho a la defensa gratuita (en este caso el de la víctima de trata), comprendiendo la denuncia penal hasta la judicialización del proceso. Por último, el derecho de protección no solo asiste a la víctima, también a testigos, peritos,

agraviados y colaboradores que intervienen en un proceso penal, de acuerdo al Decreto Supremo N° 003-2010-JUS, que reglamenta en la vía judicial el Programa Integral de Protección.

A pesar de que a nivel nacional existen normas integrales que recogen principios garantistas respecto a los derechos humanos, estas lamentablemente no se cumplen en su totalidad por distintos factores que luego se expondrán a través de testimonios de las propias víctimas de trata de personas y/o a través de entrevistas tanto a funcionarios públicos como privados.

- **Enfoque de género.**

Es difícil, por no decir imposible, acceder a una mirada integral sobre el fenómeno estudiado sin considerar la perspectiva de género en la vida social, económica y cultural de los países donde tiene lugar la trata de personas.

En el plano internacional, las mujeres han emprendido luchas sociales reivindicando su derecho a la igualdad de oportunidades, empoderándose en el proceso. Estos avances son visibles en las leyes, programas y políticas públicas de numerosos países, que recogen un eje transversal de género en sus principios y acciones.

No obstante, en el tema específico de la trata de personas, hace falta mayor comprensión y dinamismo en los operadores de justicia, sociedad civil y organismos internacionales, para actuar en concordancia con el rol cada vez mayor de las mujeres en este delito, ya sea por su participación pasiva (como víctima) o activa (como tratante), de acuerdo con los resultados y constataciones del presente diagnóstico.

Existe coincidencia a nivel internacional y nacional en que el género más afectado por la trata de personas son las mujeres, con la salvedad de que el perfil de las víctimas podría ser influenciado, en gran medida, por las propias leyes y prioridades

locales que suelen enfocarse en los casos de niños que sufren el delito o en las víctimas de explotación sexual.

A nivel nacional, esta característica del fenómeno se refuerza notando que son más las mujeres que los hombres con pena privativa de libertad en las instituciones penitenciarias por causa de este delito.

Por otro lado, habría que incorporar en el análisis de género el tema de la pobreza, conocido como “feminización de la pobreza”, en el sentido de que la condición de pobreza es una puerta abierta para que las mujeres sean víctimas -potenciales o no- de la trata de personas (TdPs).

“[...] la feminización de la pobreza no debe entenderse sólo en su dimensión cuantitativa, que describe el predominio de las mujeres entre la población empobrecida, también es necesario entender su dimensión cualitativa, es decir, poner énfasis en el sesgo de género de las causas de la pobreza. Los mayores niveles de inseguridad, precariedad y vulnerabilidad que sufren las mujeres en todo el mundo debido a su posición subordinada frente a los hombres en el sistema de relaciones de género, las sitúa en una mayor exposición a la pobreza” (Tristán, 2005).

La mujer se enfrenta a la pobreza en una situación de desventaja frente al varón, debido en gran parte a la valoración diferenciada de los roles considerados masculinos y femeninos en cada cultura. Los problemas de las mujeres en condición de pobreza (la globalización, las migraciones y/o la prostitución) se explican por una construcción sociocultural de género y no por una correspondencia biológica. Por ello, se debe alentar políticas públicas que promuevan cambios estructurales a favor de la igualdad de género en todos sus ámbitos, estrategia conocida como *mainstreaming* de género.

La organización Flora Tristán (2005) informa que “un número significativo de mujeres víctimas de trata de personas proviene de contextos de pobreza y de falta de oportunidades, por lo que aceptan migrar en “condiciones laborales abusivas” (Tristán, 2005). En tal sentido, dicha institución enfatiza con razón que cualquier programa referido a la erradicación de la trata de mujeres debe tener como punto prioritario la lucha contra la pobreza.

Por último, este enfoque es respaldado en la normatividad nacional mediante el Reglamento de la Ley N°28950, donde se indica que este instrumento se interpretará tomando en cuenta “la perspectiva de género”, la cual:

Permite reconocer que en los delitos de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes, las mujeres están en situación de mayor vulnerabilidad, explicando la alta incidencia del delito en contra de ellas.

- **Enfoque de Delincuencia y Transnacional y Trata Interna**

La Convención contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo contra la Trata de Personas permite a los Estados enfrentar el problema de la trata de personas de manera integral, lo cual es clave, pues muchas veces los grupos delictivos involucrados en este delito se dedican a otras actividades ilegales como el tráfico ilícito de migrantes, de drogas, de armas u otros productos prohibidos, además de corrupción y blanqueo de dinero. Ello significa que en varios casos es posible procesar a alguien implicado en la trata de personas por su participación en las actividades de un grupo delictivo organizado, incluso si no hay pruebas suficientes para enjuiciar a esa persona por el delito de trata mismo.

Además, se refuerza el concepto de la transnacionalidad de la trata de personas, considerando el artículo 4º del Protocolo TDPS, en referencia a su ámbito de aplicación:

“A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos” (Tristán, 2005)

Se entiende el “carácter transnacional” del delito cuando se comete:

- a) En más de un Estado;
- b) Dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) Dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) En un solo Estado, pero con efectos sustanciales en otro Estado.

Asimismo, se considera “grupo delictivo organizado” a todo colectivo integrado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el fin de cometer uno o más delitos graves o tipificados según la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, con el propósito de obtener un beneficio material.

La implementación en la legislación peruana de las prescripciones del Protocolo TDPS se muestra más amplia, no solo en las finalidades de la trata de personas (como se observa en el punto

1.2. de este diagnóstico), sino además en la autoría de los tratantes. Es decir, la Ley N° 28950 contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes no circunscribe la participación del delito a un “grupo delictivo organizado”, sino más bien solo basta que una misma persona cometa el delito en la mayor capacidad de persecución y, por ende, facilita el proceso de judicialización al presunto tratante. No obstante, cuando el agente forma parte de una organización criminal, se tipifica ello como agravante, con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años.

Por otro lado, existe la denominada “trata interna” o “trata nacional”, que se presenta cuando el reclutamiento, traslado y explotación de la víctima ocurre en un mismo país, de modo que es “comercializada” para cubrir la demanda dentro del territorio nacional. En esta modalidad, la víctima no traspasa las fronteras del Estado, lo que es usual cuando existen desigualdades entre diferentes regiones o zonas de un mismo país.

El legislador peruano acertadamente tipifica la trata interna al señalar que su configuración puede darse tanto en “el territorio de la República o para su salida o entrada del país”.

Es oportuno señalar que, en el Perú, al ser un país con grandes desigualdades socio-económicas y de calidad de vida entre diferentes regiones y localidades, no llama la atención encontrar una mayoritaria ocurrencia de este delito en su modalidad interna.

- **Enfoque Migratorio**

Elemento clave en la trata de personas es el traslado de la víctima para explotarla y privarla de su libertad. Muchas veces, previa a esta explotación se produce un movimiento migratorio ilegal, es decir, se cruzan una o más fronteras burlando controles oficiales de uno o más países (tráfico ilícito de migrantes), pudiendo ser estas migrantes potenciales víctimas de la trata de personas, por una serie de motivos como indefensión, sumisión, generación de

deudas, abuso de poder, extorsión, situación de vulnerabilidad, etc. En otras palabras, el tráfico ilícito migratorio o migración irregular se liga estrechamente a la configuración del delito de trata de personas.

Actualmente, es mucho más difícil burlar los controles migratorios extracomunitarios andinos que los propios intracomunitarios, debido al mayor impulso que se ha dado en la región andina a los procesos de integración. En la actualidad, se cuenta con un proceso andino de integración, que básicamente protege y brinda una serie de garantías o facilidades al ciudadano comunitario andino, autorizando la “libre circulación del ciudadano andino comunitario”. Así, con la decisión 503, los ciudadanos pertenecientes a la comunidad andina, no requieren de visa a efectos de viajar –en calidad de turistas– dentro de los países comunitarios.

Según cifras reportadas por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público (2009-2010), el 7% de las víctimas de nacionalidad extranjera –exceptuando las de China– serían originarias de países fronterizos andinos como Bolivia, Colombia y Ecuador, así como de Brasil, aunque en menor proporción.

Es para tratar estos problemas que la Comunidad Andina viene celebrando una serie de foros andinos migratorios, el primero de ellos celebrado en el año 2008, en Quito, Ecuador, donde se acordó centrar la acción comunitaria en brindar la máxima protección y asistencia a ciudadanos andinos en territorio de terceros países, con distintos enfoques y/o objetivos, uno de los cuales es “fortalecer el combate al tráfico de personas migrantes y la trata de personas”.

En referencia al tema migratorio y la trata de personas, la delegación peruana expuso las características del convenio entre el Perú y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM),

dirigido a intensificar la cooperación entre el Perú y esta organización, con el propósito de promover acciones de prevención del delito de trata y apoyar programas de capacitación en el tema migratorio, entre otros.

Respecto a este tema, la delegación boliviana informó que existe un procedimiento sencillo en casos de denuncias de trata y tráfico de personas, consistente en una intervención directa e inmediata del Cónsul, en coordinación con las autoridades policiales de su jurisdicción.

En el turno colombiano, su delegación indicó que se viene realizando un gran trabajo para luchar contra la trata de personas, a través de programas de prevención de este delito, asistencia a la víctima y judicialización a las bandas criminales, en el marco de acciones que se caracterizan por la coordinación multisectorial entre los Ministerios del Interior y de Justicia.

Por último, la delegación ecuatoriana presentó una iniciativa para la elaboración de una política migratoria humanística que consagre el respeto a los derechos humanos de los migrantes.

Al año siguiente, se realizó el segundo foro andino (2009) en Lima, Perú, continuándose con el mismo impulso en el tema de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Un logro de esta reunión fue continuar con la idea de centrar el tema migratorio dentro de los derechos humanos, de modo que las distintas delegaciones redactaron y aprobaron un documento llamado “Plan Andino de Desarrollo Humano para las Migraciones”, basado en “la centralidad del ser humano” y que busca establecer mecanismos de coordinación entre las políticas públicas “para dignificar el proceso migratorio y garantizar a toda persona el disfrute de sus derechos y su participación efectiva en las sociedades de origen y destino” (Segundo Foro Andino, 2009).

No obstante, el referido Plan se encuentra a la espera de ser aprobado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Una vez en vigencia, permitirá poner en ejecución una serie de ejes, entre los cuales se encuentra el de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

El segundo foro andino acordó, entre otros puntos, diseñar e implementar una “estrategia compartida” de prevención, protección, asistencia a las víctimas y la lucha contra la Trata y el Tráfico Ilícito de Migrantes. Para su cumplimiento, los países miembros de la Comunidad Andina y de Chile -en su calidad de País Miembro Asociado- aspiran a la pronta “adecuación de las legislaciones comunitarias y nacionales a los Instrumentos Internacionales vigentes.

Se debe destacar que en la Agenda Estratégica Andina (documento aprobado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en el 2010), el tema de la trata de personas es un eje clave en asuntos migratorios. Sugiere, por un lado, adecuar la normatividad comunitaria a las normas internacionales vigentes al respecto, y por otro, implementar proyectos de cooperación para combatir la trata y el tráfico ilícito de migrantes.

Estas decisiones y estrategias, aunadas a las propuestas del “Plan Andino de Desarrollo Humano para las Migraciones”, debieran considerarse en función de la misma dinámica con que trabaja la Comunidad Andina. Es decir, este sistema al igual que el sistema comunitario de la Unión Europea, otorga gran “peso” a las funciones supranacionales, de modo que no es necesario que estas decisiones sean aprobadas por la legislación interna de cada país (a través del Congreso de la República, en el caso peruano), sino por sus respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores.

Por último, cabe resaltar que se creyó conveniente incluir en el presente marco referencial los mencionados adelantos en materia

migratoria andina en relación al tema de trata de personas, debido a que han sido varios los representantes de distintas instituciones, sobre todo del sector público, que mediante las entrevistas realizadas, han indicado la precariedad inminente de los controles migratorios, especialmente andinos, lo cual estaría facilitando enormemente la trata de personas a nivel transnacional.

- **Enfoque de Seguridad Ciudadana**

La seguridad ciudadana se entiende como la acción integrada que promueve y desarrolla el Estado juntamente con la población, no solo con la finalidad de asegurar la convivencia pacífica, erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, sino, además, para prevenir la comisión de diversos delitos y faltas contra la integridad física. Por ello, es vital abordar integralmente la seguridad ciudadana ligada a las acciones preventivas de la trata de personas a nivel multisectorial.

Por otro lado, por la misma configuración y/o naturaleza oculta del delito de trata, este debiera abordarse cada vez más mediante acciones conjuntas, especialmente preventivas, efectuadas por operadores clave del estado y los propios ciudadanos, en el marco de un plan local que dé mayor injerencia y participación al ciudadano “común”.

En los últimos años, actores del hemisferio americano, específicamente de la Organización de Estados Americanos (OEA), están incorporando el tema de Seguridad Ciudadana en sus políticas, programas y acciones de trabajo. Es por ello que, muy recientemente, la OEA ha aprobado la Declaración de San Salvador sobre Seguridad Ciudadana en las Américas, con la finalidad de “[...] prevenir y contrarrestar la delincuencia, la violencia y la inseguridad, incluyendo medidas para la protección de grupos en condiciones de vulnerabilidad”.

En acercamiento directo al tema de trata de personas y seguridad ciudadana, la Declaración reconoce la importancia de incorporar una perspectiva de género en las políticas de seguridad, así como de brindar a los jóvenes -particularmente a colectivos de riesgo- oportunidades y acceso en materia de educación, capacitación, empleo, cultura, deportes y recreación, con miras a prevenir la violencia y reafirmar que:

“La prevención, sanción y erradicación del tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas y la explotación en todas sus formas, incluida la explotación sexual de mujeres, niñas, niños y adolescentes, son un compromiso de los Estados Miembros que debe ser abordado de conformidad con los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en la materia y, cuando corresponda, en cooperación con la sociedad civil” Tristán (2005).

La Declaración resalta como una de las prioridades seguir dirigiendo esfuerzos, acciones y voluntad política para fortalecer la Seguridad Ciudadana, como un ámbito de la seguridad pública de los países, y respetar los derechos humanos dentro de la implementación de políticas públicas en materia de seguridad.

Finalmente, destaca la necesidad de enfrentar, prevenir y combatir de manera integral y efectiva la trata de personas y otros delitos, a través del fortalecimiento de mecanismos bilaterales, subregionales, regionales e internacionales de cooperación.

El Perú no es esquivo a estas preocupaciones transnacionales e internacionales, en tanto cuenta con un Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2011 que contiene los lineamientos generales en la materia, dirigido a estructurar y guiar las acciones de distintas instancias involucradas en la Seguridad Nacional que integran el CONASEC (Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana).

En el referido Plan, y concretamente en el tema de prevención de la trata de personas, se plantea la realización de capacitaciones en unidades educativas. Según el cronograma de actividades, la meta anual es llevar a cabo dos procesos de capacitación bajo responsabilidad del Ministerio de Justicia (MINJUS), el Ministerio de Educación (MINEDU) y la Policía Nacional del Perú (PNP).

2.2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

En la doctrina dominante, se entiende por un bien jurídico al interés jurídicamente protegido. El Tribunal Constitucional Peruano ha expresado que los bienes jurídicos son "condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (...) Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica" (STC Exp. 00012-2006-AI/TC, fundamento jurídico N° 30).

Para referirse al delito de trata de personas, el autor Morillo convino en citar el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991 (Decreto Legislativo 635), el cual establece que "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (principio de lesividad). En cuanto a la trata de personas, ha sido ubicada por el legislador peruano, entre los delitos contra la libertad personal, bien jurídica que puede ser definido como "la facultad de todo individuo de ejecutar sus propias decisiones, sea que éstas se refieran a desempeñar una determinada actividad, o a no realizarla, o a impedir que terceros invadan un ámbito de intimidad reconocido constitucionalmente" (MORILLO, 2017).

Tomás Aladino Vásquez ha comentado, a propósito del delito de trata de personas en el Código Penal peruano, que lo que "esencialmente se protege es la libertad personal, puesto que el agente valiéndose de cualquiera de los medios previstos en el tipo penal priva de su libertad a la víctima" (VÁSQUEZ, 2012).

Aquí debe tenerse en cuenta, que tal como señala Rivera, "la libertad en su mayor expresión presenta tres sentidos bien marcados, en principio está la libertad física (que implica obrar sin obstáculos), la libertad civil (que es el ejercicio de ciertos derechos que le asisten por su condición de persona) y la libertad moral (que viene a ser la libertad interna de la voluntad)" (RIVERA, 2009).

Para Alonso Peña Cabrera, con la tipificación adoptada, "ingresamos a terrenos de desvalorización, que desbordan por entero, su ubicación como delito que atenta contra la libertad personal" (PEÑA CABRERA, 2013). En la doctrina española, el bien jurídico protegido es tanto la libertad como también la dignidad y con ello, la integridad moral (MUÑOZ, 2007).

2.3. SUJETOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

- **Sujeto activo**

El sujeto activo del tipo penal contenido en el artículo 153 del Código Penal Peruano está definido en los siguientes términos: "El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retire a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación". De esa manera se observa que, el sujeto activo puede ser cualquier persona, por lo que es un delito común.

- **Sujeto pasivo**

Como refiere Rivera: "puede tratarse de cualquier persona, no solamente mujeres o menores de edad, que entran en los supuestos del artículo 153, debiendo precisarse que, el consentimiento que de pronto pudo haberse sonsacado en una primera instancia por algún mecanismo de engaño, dolo, etc, se encuentra anulado" (RIVERA, 2009).

La víctima en el delito de trata ocupa una posición central de forma que la normativa que se promulga por el Estado se dirige, fundamentalmente, a su protección.

Como refiere Zhulali: “en el Protocolo contra la Trata de Personas, se establece expresamente la necesidad de una intervención completa y coordinada para proteger a las víctimas de la trata de personas y ofrecerles una asistencia práctica. Esta protección y asistencia abarca los siguientes aspectos, como mínimo (ZHULALI, 2017):

- Proteger la identidad y la privacidad de las víctimas.
- Facilitar la participación de las víctimas en las actuaciones.
- Garantizar la seguridad física de las víctimas.
- Ofrecer la posibilidad de obtener una indemnización.
- Ofrecer asistencia social y protección a las víctimas.
- Contar con servicios integrados e integrales.

CAPÍTULO III:

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA

Cómo se ha desarrollado en capítulos, el delito de trata de persona significa la comercialización de un ser humano a otro, pero, con finalidad económica, anulando la voluntad de quien es vendido, pues pierde su capacidad de decisión con relación a su futuro y tiene que adecuar su vida a los deseos o preferencias de quien lo compró.

De esa manera también, la práctica de maternidad subrogada implica el hecho de una relación contractual entre dos o más personas con un fin ilícito, se dice que es fin ilícito porque el objeto del contrato no es una cosa sino una persona y sobre ella no se puede hacer contratos, esto es, que la madre subrogante sea la

persona que lleve el embarazo en remplazo de la madre subrogada o genética, no siempre pudiendo ser diferentes las dos figuras, en ocasiones recae en la madre gestante la figura de ser también la madre biológica y en esa situación las circunstancias se agravan, pues el hijo producto de ese contrato es alejado por voluntad propia de la madre biológica para pasar a pertenecer a la de la madre subrogada.

Partiendo de allí, podemos ver que, los hechos no sólo tienen trascendencia social o comercial, estos casos también tienen trascendencia jurídica, de salud y científicas, jurídica porque toda actividad realizada entre los integrantes de una sociedad tiene repercusión jurídica al ser sus voluntades reguladas por el derecho y aun cuando estas no se encuentren tipificadas o legisladas no le quita su naturaleza jurídica, pues recordemos que en el derecho tiene una doble dimensión, tanto positivo como natural y el que una conducta este típicamente descrita en una norma jurídica no le quita su trascendencia natural, desde ese punto de vista la venta de personas está prohibido desde el derecho natural al atentar contra la dignidad de la persona nacida.

Tiene también repercusión en el área de salud, pues, se dice que la maternidad subrogada es una práctica médica que tiene como finalidad la procreación de hijos por parte de las personas que no pueden tenerlos de forma natural. Y debe ser realizada por personas especializadas que conozcan esta materia, esto es, los médicos y en espacios especializados para esto, viéndose así involucrado la parte médica de la sociedad; que en su afán de ayudar a las personas que necesitan también hacen daño a seres humanos que están por nacer al experimentar con ellos y someterlos a procedimientos científicos que pueden dar resultado pero que el desarrollo del mismo no puede ser controlado, de allí es que se ha observado consecuencias devastadoras para quienes se han sometido a ellas.

La ciencia es una ayuda para nosotros, pues ha encontrado soluciones para situaciones en donde el hombre ha visto dificultades y le ha ayudado a avanzar y desarrollarse de mejor manera, a pesar de ello, no todo ha sido aciertos, pues, tenemos acá una práctica científica con la que creemos no se ha avanzado, por el contrario, se denigra al ser humano al buscar ellos el nacimiento de una

persona por su voluntad humana, más no natural. Entendamos pues, que la procreación humana debe ser con respeto a la dignidad del hombre y de lo que este representa, más no caprichos o deseos de quienes pretender ser padres y en ese afán no respetar si quiera el hecho de que el hijo que buscan es comprado y no suyo.

Otra circunstancia que creemos necesario observar es que en nuestra norma máxima se protege a la persona y lo coloca en la cúspide de las normas y leyes, enfocándola a ella como la inspiración y creación de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico pues menciona en su primer artículo que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado” (Constitución Política del Perú, 1993). De esa manera vemos que si nosotros somos el motivo de la creación de todas las normas por nuestra naturaleza el hombre no puede pretender experimentar con los seres humanos yendo contra sus principios.

Asimismo, tenemos que, en Perú actualmente es un país que no ha legislado sobre la materia y que por ello, no tiene norma alguna que se encuentre a favor o en contra de esta práctica médica y por esa razón se está permitido de forma implícita el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, no fuera mucho el problema si tales hechos ocurrieran únicamente en el seno familiar donde ayudarían para la realización de la familia, pues se permitiría únicamente tratamientos para que la madre pueda quedar embarazada o ayudarla para que sea esta la que lleve el embarazo de su hijo genético, más, no se debe permitir otra circunstancia.

Pues, cómo hemos podido percatarnos a lo largo de toda la investigación, el termino maternidad subrogada o vientre de alquiler significa que sea una persona diferente a los padres genéticos quien lleve el embarazo en remplazo de estos últimos, por una suma económica. Hechos que son reprochables pues, tanto puede ser el capricho de una persona para contratar a otra para que sea el padre o madre biológica con tal de tener a un hijo, sabiendo que ese ser humano merece y tiene derecho a vivir con sus padres biológicos, si lo anterior ya era reprochable, lo es aún más el hecho que quien lleva en su vientre a un hijo suyo cuando nazca le entregue a otras personas y ese bebé en el futuro ni siquiera va

a conocer su procedencia tan reprobable y menos conocerá a sus verdaderos padres.

Recordemos de esa manera también que, en los países donde se es legal o que no se encuentra tipificado esta conducta se pueden realizar contratos sobre esta materia y que obliga a los padres a su cumplimiento, pues, si con posterioridad a su contrato alguno de ellos se desanima del trato o pretende la nulidad del mismo no podría hacerlo.

Regulación con la que nosotros no estamos de acuerdo, pues, que no se encuentre sancionado no quiere decir que se pueda realizar contratos sobre esta materia, debido a que los contratos deben ser sobre un objeto o bien física y jurídicamente posible, más no sobre seres humanos con dignidad y respeto, desde ese extremo tal situación ya nos parece ilegal. Sumado a ello tenemos que otro presupuesto el contrato vendría a ser su fin lícito, que tampoco sería superado, pues la venta de personas no es lícita y mucho menos permitida por el ordenamiento peruano, acá se sanciona estos hechos con pena privativa de libertad al ser tipificado como trata de personas.

Un extremo que nos parece relevante es lo establecido en el artículo 07 de la ley 26842 donde señala que las prácticas de fecundación in vitro o de maternidad subrogada están permitidas en nuestro país solo en el extremo donde la madre biológica sea la misma que la madre gestacional, no encontrándose permitido cualquier otra circunstancia.

Pero, al ser una ley de salud no reprime su vulneración con pena privativa o cualquier otra sanción para quienes lo cometen, tal es así que en nuestro país ya se ha presentado casos como el mencionado y se ha tenido que resolver en favor de los padres adquirientes del menor, cuando a nuestro criterio, el bebé debió de ser alojado en un albergue pues sus supuestos padres lo han adquirido de una manera ilícita.

Siendo trascendental que nuestros legisladores se preocupen por crear una norma sobre esta materia y así brindar protección tanto a las personas que se pueden ver involucradas en estas actividades, incluso en su contra, como para

los seres humanos que aún no nacen y que pueden ser víctimas de estas circunstancias reprochables.

2.3. METODOLOGÍA

2.3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que realizaremos será de naturaleza descriptiva – explicativa, puesto que además de describir de modo sistemático sobre el delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú con miras a una necesaria regulación, precisaremos sus antecedentes dentro de ellos sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y a su vez su regulación primigenia ubicada en nuestra normativa, en suma no solo abordaré el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realizaré un análisis y discusión de la doctrina en cuanto a los alcances y naturaleza tanto del delito de trata de personas como también de la maternidad subrogada, así como, determinar las circunstancias por las cuales se debería de regular una ley prohibitiva de este extremo. Deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica – empírica, siendo la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

2.3.2. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO

Se ha omitido la población y muestra de la presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático-jurídico de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo sobre los el delito de trata de personas en relación con la maternidad subrogada que en nuestro país no se encuentra regulado, por tanto, no está ni prohibido ni permitido.

2.4. VARIABLES DE ESTUDIO Y SU OPERACIONALIZACIÓN

- **VARIABLE INDEPENDIENTE**

- La maternidad subrogada en el Perú.

- **VARIABLE DEPENDIENTE**

- Los aspectos contractuales de la maternidad subrogada
- Viabilidad de regulación contractual de la maternidad subrogada en el Perú.

- **OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

VARIABLES	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA
VARIABLE INDEPENDIENTE: - La maternidad subrogada en el Perú.	La maternidad subrogada es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madre gestacional y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso. La función del contrato consiste en establecer, de	La maternidad subrogada, es cuando una mujer está embarazada y posteriormente va a dar a luz, no obstante, el bebé pertenece tanto genéticamente como de forma legal a otros padres.	- Autos - Sentencias	Ordinaria.

VARIABLE DEPENDIENTE - Los aspectos contractuales de la maternidad subrogada - Viabilidad de regulación contractual de la maternidad subrogada en el Perú.	forma previa al tratamiento, las condiciones del acuerdo entre los futuros padres y la gestante subrogada. Sus funciones principales son: Asegurar los derechos de todas las partes Establecer el compromiso y responsabilidades de cada una de las partes Determinar la compensación económica a la gestante y los gastos derivados del embarazo Establecer el modo de actuación ante problemas o imprevistos: aborto inducido, incumplimiento del acuerdo, cancelación del tratamiento, muerte de alguno de los futuros padres, divorcio de los futuros padres, arrepentimiento de la gestante, etc.	El contrato de gestación subrogada es un documento legal por el que los futuros padres y la gestante se comprometen a llevar a cabo un proceso de gestación subrogada. Permite poner por escrito las condiciones específicas acordadas y el modo de actuar en caso de que surja algún problema antes, durante o después del embarazo de la gestante.	Autos Sentencias	Ordinaria.
--	--	--	--------------------------------	-------------------

2.5. MATERIALES, TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de doctrina y casuística nacional y comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas

2.6. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extrajera en cuanto a la trata de personas como también sobre maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de Jurisprudencia, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3. DISCUSIONES Y LIMITACIONES

3.1. DISCUSIÓN:

Si bien, nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado ninguna ley respecto de la maternidad subrogada o vientre de alquiler de forma explícita, si lo ha hecho el área de salud a través del artículo 7 de la Ley 26842 en el que señala que únicamente se acepta esta práctica cuando

la madre gestacional y la madre genética sean la misma persona, no dando siquiera la posibilidad de que se pueda realizar el vientre de alquiler en otra persona que no sea la misma madre genética por fines altruistas. Sumado a ello tenemos el delito de trata de personas que de alguna forma nos menciona que la venta de personas se encuentra prohibido, por lo que estamos de acuerdo con la ley de salud, pero sigue siendo insuficiente para la prohibición de estas prácticas, tal como se ha visto evidenciado en noticias periodísticas nacionales y extranjeros.

3.2. LIMITACIONES:

Si bien, en el desarrollo de la presente tesis se ha podido recopilar gran información de autores nacionales y extranjeros sobre el la maternidad subrogada, ha sido difícil de conseguir información con relación al delito de trata de personas en relación a la maternidad subrogada, pues, las legislaciones comparadas sólo escriben que prohíben más no la tipificación en el Código Penal, de igual forma, muy pocos autores hablan la penalización del vientre de alquiler; muchos de ellos han preferido dejarlo sin tratamiento alguno o no tener una ley expresa de ello, existiendo en la actualidad un gran vacío jurídico de este tema.

4. CONCLUSIONES

Una vez estudiado lo concerniente al delito de trata de personas entorno a la maternidad subrogada en el Perú en la realidad nacional e internación y teniendo en cuenta que en nuestro país no se encuentra regulado una norma que se encuentre a favor o en contra de estos hechos, hemos podido concluir lo siguiente:

Primero, la maternidad subrogada o vientre de alquiler es un concepto que se aplica a la situación donde hay una relación contractual entre dos o más personas con la finalidad de que, la contratada lleve un embarazo por encargo de los contratantes, a cambio de una remuneración económica o con ánimo altruista y que al finalizado el mismo, el hijo producto de ese embarazo sea entregado a los contratantes, que pueden o no ser los padres biológicos.

Segundo, el tipo penal de trata de personas se encuentra regulado en el Código Penal Peruano de 1991, en su artículo 153 y cuanta con 5 incisos, dentro de ellos, los más importantes para esta materia vienen a ser el primero y el segundo, en los extremos donde se refiere al punto del sujeto activo, esto es, quien realiza la acción prohibida ya sea de captar, transporta, trasladar y otras formas pero a través de violencia, amenaza, recepción de pagos, etc., a una persona para su ingreso o salida del país; en este extremo de la norma se refiere a cuando el sujeto activo obliga a alguien a hacer algo en contra de su voluntad o a la fuerza, mientras que el segundo inciso se trata ya de forma específica cuando el sujeto activo del tipo realiza la venta de niños, niñas y adolescentes. Entonces, si una persona tiene un hijo en su vientre por 09 meses y al final de mencionado embarazo lo vende, también comete el delito de trata de personas, aunque la finalidad de este no sea la explotación u cualquier otra forma.

Finalmente, podemos concluir que las personas que realizan un contrato por maternidad subrogada o vientre de alquilar están cometiendo el delito de trata de personas, pues, lo que en sí estarían cometiendo es la venta de un menor de edad, que se encuentra prohibido por el inciso 02 del artículo 153,

es más que fue traído al mundo con la única finalidad de ser vendido, pues el contrato existe con anterioridad siquiera a su procreación, atentando así con la dignidad humana.

5. RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

5.1. Recomendaciones

Con todo lo mencionado en la presente investigación, proponemos la incorporación de un artículo al tipo penal de trata de personas que hable de forma específica de la prohibición legal de la maternidad subrogada en el Perú.

Asimismo, proponemos que las entidades de salud no se involucren en estas prácticas comerciales y si su función de ellas es brindar apoyo a las personas que tengan algún problema médico, sólo en ese caso puede realizar los procedimientos fecundación in vitro, pero con la salvedad que la madre gestacional y la madre genética recaigan en la misma persona y evitar de esa manera comercializar con seres humanos dignos de respeto y protección.

Finalmente, exhortamos a la sociedad a adoptar, pues es una buena forma de ser madres o padres y contribuir con las personas que a pesar de a ver tenido una familia, esta no puede o debe criarla, y así buscar su realización a través de ellos, que también son seres humanos y tienen derecho a una familia que los ame, sin la necesidad de buscar un hijo propio y conseguirlo como si fuera una cosa que se compra en el super.

5.2. Propuesta de investigación

LEY QUE INCORPORA EL INCISO 06 AL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene como objetivo establecer la incorporación del inciso 6 al artículo 153 del Código Penal Peruano de 1991, que regulará el delito de trata

de personas, producto de técnicas de Reproducción asistida, en el caso de la madre subrogante con la madre subrogada recaigan en personas distintas, medie o no beneficio económico por medio.

Artículo 2. Agréguese la presente Ley al Código Penal Peruano, el inciso 06 al artículo 153, en los términos siguientes:

“Artículo 153:

....

6. Las partes involucradas en contratos de maternidad subrogada o vientre de alquiler u otro, que tengan por finalidad la venta de un niño, niña o un recién nacido, serán sancionados con la pena del inciso 01, salvo sus agravantes establecidas en los incisos precedentes u otros.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Maternidad subrogada

Desde ese punto de vista, Mir (2010) señala: “Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción”. De esa manera, un hijo se puede tener de dos formas, la primera es a través de un proceso biológico producto de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, mientras que el segundo es a través de la adopción, esto es, hacer pertenecer a una persona que no tiene vínculo sanguíneo como si lo fuera.

La denominación de maternidad subrogada no es la única forma en cómo se denomina a este concepto. De acuerdo con López y Aparisi (2012) denomina a la maternidad subrogada: “como maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que se torna cada vez más común y que

representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos”. Dicho de otra manera, la maternidad subrogada puede tener diferentes denominaciones, pero siempre implicará a una persona o más contratando a una tercera con la finalidad de que esta última a que alumbré a un hijo que con posterioridad a su nacimiento pertenecerá a los contratantes.

Estrada (2014) señala que: “esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural”. Viéndose así que, quienes dan los óvulos y espermatozoides no son quienes llevan de forma física el embarazo por los 9 meses siguientes, sino que, lo hace una tercera persona, que además cobra por ello.

Es importante por lo tanto definir que es maternidad subrogada y para ello recurriremos a la definición de Camacho (2009) quien señala que: “se entiende por maternidad subrogada a la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero”. Viéndose, así como un negocio, olvidando que lo que comercializan es una persona y que ello si constituye un delito en nuestra legislación.

En ese orden de ideas, “el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen, la maternidad por cuenta de terceros, es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es” (Arámbula, 2008). Entonces, en este caso vendría a ser maternidad por sustitución más que maternidad subrogada, pues el niño pertenece jurídicamente es de la persona que le dio la vida y así se encuentra

establecido en nuestras normas, el hecho que lo venda a una tercera persona no quita el hecho que va a ser su madre.

De acuerdo con la genética del niño, la maternidad puede ser de dos clases, esto es la manera tradicional y la gestacional pero también hay otra clasificación de la maternidad subrogada tiene que ver con los medios de adquisición del menor, esto es, el valor monetario o no que tiene el hecho de que una persona acepte llevar en su vientre a un hijo que en el futuro no será criado con ella, a pesar que tenga sus mismos genes y naturalmente y legalmente sea la madre gestacional y genética del menor, partiendo de esto, podemos decir que esta clasificación se divide en maternidad subrogada altruista y maternidad subrogada lucrativa, siendo de esa manera, lo desarrollaremos a continuación

2. Reproducción humana

Para hablar de maternidad y de maternidad subrogada debemos de enfocarnos también en la manera de reproducción humana, ya sea de forma natural o asistida, que permite a una persona ser madre y que le dan la posibilidad a quienes no pueden de serlo a través de técnicas de reproducción asistida, de esa manera, podemos decir que tenemos las formas: reproducción sexual y reproducción asistida.

Donde la primera viene a ser la capacidad de todas las personas de procrear en cualquier momento junto con otro ser semejante a él o ella, pero opuesto en sí, esto implica el hecho la fusión entre los gametos masculinos y femeninos necesarios para el cigoto y la reproducción humana, mientras que por la segunda se entiende al hecho que una mujer no puede quedar por sí misma un embarazo o no puede concebir a un bebé, por lo que necesita la ayuda de la ciencia para lograrlo y lo hace a través de las técnicas de reproducción asistida.

Debeos comprender que “las técnicas de reproducción humana asistida incluyen una serie de intervenciones tendientes a aproximar de manera artificial las gametas femeninas y masculinas con el objeto de favorecer un embarazo. Dichas técnicas o métodos pueden agruparse de acuerdo a

niveles de baja y de alta complejidad. Entre las primeras encontramos a la estimulación ovárica, la inseminación artificial y entre las segundas tenemos la fecundación in vitro, transferencia embrionaria y la maternidad subrogada. Ante la mayor dificultad en la técnica médica que se utiliza, en forma coincidente, es mayor la complejidad tanto en cuanto al tratamiento desde el aspecto jurídico como a los problemas que acarrea su regulación legal” (Guahnon - Iovanna – Somer, 2012). De esa manera vemos que existen diversas formas de realizar la reproducción asistida, los métodos que se deben utilizar y quien son las posibles personas a recurrir a estos métodos.

3. Trata de personas

Según Espinoza: “la trata de personas es un delito tipificado y penalizado internacionalmente mediante el Protocolo Trata de Personas, instrumento que establece las definiciones, normas y procedimientos a seguir por los países firmantes para defender los derechos humanos de millones de víctimas atrapadas en las redes de esta modalidad criminal. Es posible elaborar un perfil aproximado de las personas victimizadas por la trata (según las características geográficas y socio-económicas de determinadas regiones), pero en general esta suele afectar a seres humanos distintos en cuanto a sexo, edad, profesión, grado de instrucción y formas de vida. Es decir, cualquiera podría ser víctima de la trata de personas e incluso no ser consciente de ello, como suele ocurrir en los casos de venta de niños, tráfico de órganos y otros” (ESPINOZA, 2012). Por ello, cuando se negoció con la venta de un bebé, después de su nacimiento constituiría el delito de trata de personas, pues comercializan con un ser humano que fue creado con este fin, y digo creado porque al menos lo han hecho producto de la ciencia.

El Perú ha incorporado en su legislación interna, tomando como base el Protocolo TDPS– la Ley N° 28950 contra la Trata de Personas y el Tráfico ilícito de Migrantes, junto a su Reglamento (D. S. N° 007-2008-IN), aprobados en los años 2007 y 2008, respectivamente; siendo ellos

insuficientes porque no cobertura esta situación, por ello precisamente su necesidad de un nuevo artículo.

La trata de personas vulnera los derechos humanos de las víctimas en varios niveles (sociales, económicos, culturales, políticos, civiles), puesto que tales derechos son interdependientes y se relacionan estrechamente. Es decir, además de perder su derecho fundamental a la libertad y la dignidad, la víctima arriesga otros derechos relativos a su seguridad personal, salud, educación, reinserción laboral y protección superior del niño (si es menor de edad), entre otros. Actualmente, existen instituciones e instrumentos legales que promueven los derechos humanos de las personas en distintos ámbitos, definiéndose internacionalmente su vigencia y alcances. Resalta el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas dirigido al Consejo Económico y Social en el año 2002, recomendando principios y directrices sobre los derechos humanos y la trata de personas, a propósito de los acuerdos del Protocolo TdPs.

Para referirse al delito de trata de personas, el autor Morillo convino en citar el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991 (Decreto Legislativo 635), el cual establece que "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (principio de lesividad). En cuanto a la trata de personas, ha sido ubicada por el legislador peruano, entre los delitos contra la libertad personal, bien jurídica que puede ser definido como "la facultad de todo individuo de ejecutar sus propias decisiones, sea que éstas se refieran a desempeñar una determinada actividad, o a no realizarla, o a impedir que terceros invadan un ámbito de intimidad reconocido constitucionalmente" (MORILLO, 2017).

De esa manera se observa que, el sujeto activo puede ser cualquier persona, por lo que es un delito común; mientras que La víctima en el delito de trata ocupa una posición central de forma que la normativa que se promulga por el Estado se dirige, fundamentalmente, a su protección.

Partiendo de allí, podemos ver que, los hechos no sólo tienen trascendencia social o comercial, estos casos también tienen trascendencia jurídica, de salud y científicas, jurídica porque toda actividad realizada entre los integrantes de una sociedad tiene repercusión jurídica al ser sus voluntades reguladas por el derecho y aun cuando estas no se encuentren tipificadas o legisladas no le quita su naturaleza jurídica, pues recordemos que en el derecho tiene una doble dimensión, tanto positivo como natural y el que una conducta este típicamente descrita en una norma jurídica no le quita su trascendencia natural, desde ese punto de vista la venta de personas está prohibido desde el derecho natural al atentar contra la dignidad de la persona nacida.

Siendo trascendental que nuestros legisladores se preocupen por crear una norma sobre esta materia y así brindar protección tanto a las personas que se pueden ver involucradas en estas actividades, incluso en su contra, como para los seres humanos que aún no nacen y que pueden ser víctimas de estas circunstancias reprochables.

7. BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA PUYOL, A. (2007). “¿Pueden ser Administraciones Públicas las personas jurídicas bajo régimen privado? En Derecho Administrativo Contemporáneo.

APARISI MIRALLES, Ángela (2012). Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivas en La desprotección del no nacido en el siglo XXI, editado por Roberto Germán Zurriarán. Madrid: España. Ediciones Internacionales Universitarias.

ARAYA, Hildara (2019). “¿Qué es la maternidad subrogada?”. Obtenido de <https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>

ARÁMBULA, Alma (2008). “Maternidad Subrogada. Centro de Documentación Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior”. Cámara de diputados del Congreso de la Unión. México. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

CAMACHO, Javier Martín (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

CUÉ VIVEROS, Blanca Eugenia (2016). “Maternidad Subrogada”. Tesis. Universidad Panamericana. México.

ESPINOZA RUIZ, Rocío (2012). “Estado de Trata de Personas”. Lima: Perú. Recuperado en: [\[https://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/trata_PERU_Abril_2012_-_Final.pdf\]](https://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/trata_PERU_Abril_2012_-_Final.pdf). Ubicado el: [XIX.12.19].

ESTRADA, Himilce (2014). “maternidad subrogada: desarrollo conceptual y normativo”. Lima: Perú http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD

6997366A9052580F9007270D5/\$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf

FERNÁNDEZ, Sandra. Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos. Recuperado en: [https://www.babygest.es/peru/#lectura-recomendada]. Ubicado el: [19.XI.2019].

LAMM, Eleonora (2012). "Gestación por sustitución". Realidad y Derecho. InDret Revista para el Análisis 3. http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

LÓPEZ, José y APARISI, Ángela 2012 Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Universidad de Navarra, España. <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>

MORÁN DE VICENZI, Claudia (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial, Lima: Perú. ARA editores.

MORILLO HERRADA, Zósimo (2017). "El delito de trata de personas y la problemática del consentimiento de la víctima". Lima: Perú. Post-Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

MOSLARE CAÑÓN, José (2016). "Maternidad Subrogada". Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes. Universidad Nacional de La Pampa.

MIR, Leila. "La maternidad intervenida". Reflexiones en torno a la maternidad subrogada". Revista Redbioética/UNESCO, Vol. 1, N° 1 8. http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes (2007). "Derecho Penal. Parte Especial". Valencia: España. Recuperado en: [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/6876/Morillo_hz.pdf?sequence=2&isAllowed=y]. Ubicado el [XX.12.19].

PEÑA CABRERA, Freyre (2013). "Curso elemental de Derecho Penal. Parte especial." Lima: Perú. Ediciones Legales E.I.R.L.

- RIVERA GASTÓN (2009). "Trata de personas. Esclavitud moderna en todas sus dimensiones". Tetis Graf.
- ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia (2006). La filiación paterna en la reproducción humana asistida. Chiclayo: Lambayeque. Edit. Omega
- RUIZ, Rocío 2013 Maternidad Subrogada. Trabajo de fin de grado. Departamento de enfermería. Universidad de Cantabria, España.
<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>
- SANCHEZ, Rafael (2010). "La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos". HUMANITAS. Humanidades Médicas, n° 49.
http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html
- SCOTTI, Luciana (2012). "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". Revista Pensar en Derecho, n°1, año 1. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Argentina.
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revistapensar-en-derecho.pdf>
- SIVERINO BAVIO, Paula (2018). "Cuando tu madre no te parió". Diario "El Comercio". Lima. Perú. recuperado en:
[\[https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974\]](https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974). Ubicado el : [19.XI.2019].
- VÁSQUEZ VILLEGAS, Tomás (2012). "Derecho Penal. Parte Especial". Lima. Perú. Jurista Editores.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2017). "Determinación de la filiación en la procreación asistida". Lima: Perú. Revista IUS.

8. ANEXOS

Anexo 01.- Cuadro 1. Prohibición de la gestación por sustitución

Anexo 02.- Cuadro 2a: Acuerdos de gestación mediante un proceso previo de pre aprobación

Anexo 03.- Cuadro 2b: Acuerdos de festación por sustitución ex post facto

Anexo 04.- Cuadro 3: Admisión amplia de la gestación por sustitución (comercial y altruista)

Anexo 05.- Ley 26842 – Ley General de Salud.

Anexo 06.- Noticia sobre caso peruano de maternidad subrogada.

ANEXO 01

Lam (2012): Cuadro 1. Prohibición de la gestación por sustitución

País / Procedencia	Norma	Texto de la norma / Descripción
Alemania	Ley de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 (Embryonenschutz-gesetz – EschG) (Texto del enlace en alemán).	Lamm (2012: 11) recoge un extracto de la citada ley la cual en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción establece: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.
España ^o	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	Artículo 10.- Gestación por sustitución 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.
Suiza	Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999 (situación en fecha de 27 de septiembre de 2009)	Artículo 119.- Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos [...] 2 La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: [...] d. se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución; [...] Además de este dispositivo, según refiere Lamm (2012: 12), la prohibición de esta práctica se encuentra regulada también «[...] por artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito)».

ANEXO 02

Lam (2012): Cuadro 2a: Acuerdos de gestación mediante un proceso previo de pre aprobación

País / Procedencia	Norma	Texto de la norma / Descripción
Israel	Ley 5746 de 1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución	Esta ley desarrolla un proceso de maternidad subrogada basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, no obstante, para que ello proceda se deberá contar previamente con la aprobación del Comité gubernamental el cual validará o no el cumplimiento de los requisitos exigidos a las partes.⁸ Lamm (2012: 13) describe los requisitos estipulados en la citada ley de la siguiente manera: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado "in vitro" con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). El acuerdo debe ser aprobado por un comité (Sect. 3). [...] Asimismo, la ley prevé que la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal examine la existencia de circunstancias que justifiquen tal acción, y solo si se prueba ante el tribunal que se trata del interés superior del niño. De otro lado, la ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel, sin embargo, no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. Dicha situación ha originado la utilización de la maternidad subrogada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos amparados por esta ley (que establece que la pareja beneficiada deberá ser heterosexual). Finalmente, la Ley 5746 no se aplica a los casos de maternidad subrogada realizados en el extranjero.⁹
Grecia	• Ley 3089/2002 y • Ley 3305/2005.	Si bien estas dos leyes regulan la maternidad subrogada en Grecia, según Scotti (2012: 282), la Ley 3089/2002 sobre asistencia médica de la reproducción humana es la que precisa acerca de los requisitos a los que se encuentran sometidas las partes y que posteriormente fueron incorporados al Código Civil en los siguientes términos: «Art. 1458. La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.» «Art. 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante

ANEXO 03

Lam (2012): Cuadro 2b: Acuerdos de festación por sustitución ex post facto

País / Procedencia	Norma	Texto de la norma / Descripción
Reino Unido	• Surrogacy Arrangements Act 1985	La Surrogacy Arrangements Act sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial que tenga como finalidad la adopción de acuerdos de maternidad subrogada. Esta práctica es legal siempre y cuando sea gratuita, a título benévolo y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los comitentes o padres intencionales si estos lo solicitan ante los tribunales. En la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por la ley, el juez inglés podrá disponer la filiación del niño respecto de los padres intencionales a través de una <i>parental order</i>¹⁰ que transfiere la filiación inicialmente establecida con relación a la madre gestante y a los comitentes. Se elaboran así dos actas o certificados de nacimiento. En uno la madre que da a luz es la que figura como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales.¹¹
	• Human Fertilisation and Embryology Act, 2008	La Human Fertilisation and Embryology Act, que entró en vigencia el 1 de abril de 2009, según refiere Lamm (2012: 16), mantiene los mismos principios que la norma precedente, sin embargo amplía la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.¹²

ANEXO 04

Lam (2012): Cuadro 3: Admisión amplia de la gestación por sustitución
(comercial y altruista)

País / Procedencia	Norma	Texto de la norma / Descripción
México / Estado de Tabasco	Código Civil para el Estado de Tabasco	Artículo 92.- Deber de reconocer al hijo [...] En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. [...] Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.
Rusia	• Código de Familia de la Federación de Rusia • Ley Federal de Salud. (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, núm. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011	Lamm (2012: 17) destaca un extracto del Código de Familia que en su artículo 51, punto 4 dispone: Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante).
	• Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia (Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina) de 26 de febrero de 2003	Los parámetros médicos que regulan la maternidad subrogada en Rusia se encuentran en la Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia. Las mujeres consideradas aptas para este procedimiento deben tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática y haber consentido voluntariamente su participación en dicho procedimiento. Solo se admite la gestación por sustitución gestacional, la cual —en principio— sería para una pareja conyugal; es decir debía tratarse de un matrimonio. Sin embargo, en la práctica este aspecto se ha modificado ampliándose el estado civil del beneficiario.¹⁷ Lamm (2012: 18) precisa al respecto: No obstante, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas o de parejas no casadas y esto ha sido recientemente admitido por la nueva ley federal de salud (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, núm. 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

ANEXO 05

Ley 26842 – Ley General de Salud.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA POR CUANTO: El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY GENERAL DE SALUD

CONTENIDO

TITULO PRELIMINAR

TITULO PRIMERO: Derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual.

TITULO SEGUNDO: De los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la salud de terceros.

Capítulo I: Del ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud.

Capítulo II: De los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo.

Capítulo III: De los productos farmacéuticos y galénicos, y de los recursos terapéuticos naturales.

Capítulo IV: Del control nacional e internacional de las enfermedades transmisibles.

Capítulo V: De los alimentos y bebidas, productos cosméticos y similares, insumos, instrumental y equipo de uso médico-quirúrgico u odontológico, productos sanitarios y productos de higiene personal y doméstica.

Capítulo VI: De las sustancias y productos peligrosos para la salud.

Capítulo VII: De la higiene y seguridad en los ambientes de trabajo.

Capítulo VIII: De la protección del ambiente para la salud.

TITULO TERCERO: Del fin de la vida.

TITULO CUARTO: De la información en salud y su difusión.

TITULO QUINTO: De la Autoridad de Salud.

TITULO SEXTO: De las medidas de seguridad, infracciones y sanciones.

Capítulo I: De las medidas de seguridad.

Capítulo II: De las infracciones y sanciones

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

TITULO PRELIMINAR

I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado.

La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.

V. Es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de salud mental de la población, los de salud ambiental, así como los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social.

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea.

Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.

Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública.

El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.

VII. El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

VIII. El financiamiento del Estado se orienta preferentemente a las acciones de salud pública y a subsidiar total o parcialmente la atención médica a las poblaciones de menores recursos, que no gocen de la cobertura de otro régimen de prestaciones de salud, público o privado.

IX. La norma de salud es de orden público y regula materia sanitaria, así como la protección del ambiente para la salud y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas.

Nadie puede pactar en contra de ella.

X. Toda persona dentro del territorio nacional está sujeta al cumplimiento de la norma de salud.

Ningún extranjero puede invocar su ley territorial en materia de salud.

XI. En caso de defecto o deficiencia de la norma de salud, se aplican los principios generales del derecho.

XII. El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.

Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros.

XIII. El uso o usufructo de los bienes en condiciones higiénicas y sanitarias inaparentes para el fin al que están destinadas, constituye un abuso del derecho, cualquiera que sea el régimen a que están sujetas.

XIV. La información en salud es de interés público.

Toda persona está obligada a proporcionar a la Autoridad de Salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley.

La que el Estado tiene en su poder es de dominio público, con las excepciones que establece la ley.

XV. El Estado promueve la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud, así como la formación, capacitación y entrenamiento de recursos humanos para el cuidado de la salud.

XVI. El Estado promueve la educación en salud en todos los niveles y modalidades.

XVII. La promoción de la medicina tradicional es de interés y atención preferente del Estado.

XVIII. El Estado promueve la participación de la comunidad en la gestión de los servicios públicos de salud.

TITULO I

DE LOS DERECHOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES CONCERNIENTES A LA SALUD INDIVIDUAL

Artículo 1o.- Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a elegir el sistema previsional de su preferencia.

Artículo 2o.- Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización.

Así mismo, tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales.

Artículo 3o.- Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico- quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud.

El reglamento establece los criterios para la calificación de la situación de emergencia, las condiciones de reembolso de gastos y las responsabilidades de los conductores de los establecimientos.

Artículo 4o.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.

Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44o del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

Artículo 5o.- Toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la Autoridad de Salud sobre medidas y prácticas de higiene, dieta adecuada, salud mental, salud reproductiva, enfermedades transmisibles, enfermedades crónico degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción de estilos de vida saludable. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia y los accidentes.

Así mismo, tiene derecho a exigir a la Autoridad de Salud a que se le brinde, sin expresión de causa, información en materia de salud, con arreglo a lo que establece la presente ley.

Artículo 6o.- Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito.

Artículo 7o.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Artículo 8o.- Toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o de animales para conservar su vida o recuperar su salud.

Puede, así mismo, disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione grave perjuicio a su salud o comprometa su vida.

La disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

Los representantes de los incapaces, comprendidos dentro de los alcances del Artículo 4o de esta ley, carecen de capacidad legal para otorgarlo.

Para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres se estará a lo declarado en el Documento Nacional de Identidad, salvo declaración posterior en contrario hecha en vida por el fallecido que conste de manera indubitable y los casos previstos en el Artículo 110o de la presente ley.

En caso de muerte de una persona, sin que ésta haya expresado en vida su voluntad de donar sus órganos o tejidos, o su negativa de hacerlo, corresponde a sus familiares más cercanos disponerlos.

Artículo 9o.- Toda persona que adolece de discapacidad física, mental o sensorial tiene derecho al tratamiento y rehabilitación. El Estado da atención preferente a los niños y adolescentes.

Las personas con discapacidad severa, afectadas además por una enfermedad, tienen preferencia en la atención de su salud.

Artículo 10o.- Toda persona tiene derecho a recibir una alimentación sana y suficiente para cubrir sus necesidades biológicas.

La alimentación de las personas es responsabilidad primaria de la familia.

En los programas de nutrición y asistencia alimentaria, el Estado brinda atención preferente al niño, a la madre gestante y lactante, al adolescente y al anciano en situación de abandono social.

Artículo 11o.- Toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. El alcoholismo, la farmacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar se consideran problemas de salud mental. La atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado.

Artículo 12o.- Las obligaciones a que se refieren los artículos 10o y 11o de la presente ley, son exigibles, por el Estado o por quienes tengan legítimo interés, a los responsables o familiares, con arreglo a lo que establecen los Artículos 473 y siguientes del Libro Tercero, Sección Cuarta, Título I, Capítulo I, de los "Alimentos", del Código Civil. Tratándose de niños o adolescentes se estará a lo que dispone la ley de la materia. En los casos que, por ausencia de familia, la persona se encuentre desprotegida, el Estado deberá asumir su protección.

Artículo 13o.- Toda persona tiene derecho a que se le extienda la certificación de su estado de salud cuando lo considere conveniente. Ninguna autoridad pública podrá exigir a las personas la certificación de su estado de salud, carné sanitario, carné de salud o documento similar, como condición para el ejercicio de actividades profesionales, de producción, comercio o afines.

Lo dispuesto en la presente disposición no exime a las personas del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con el carnet o certificado de vacunaciones, de conformidad con lo que establece la norma de salud, ni de aquellas relacionadas con la certificación de su estado de salud como requisito para obtener licencias para conducir vehículos, naves y aeronaves, o manejar armas o explosivos con arreglo a la ley de la materia.

Artículo 14o.- Toda persona tiene el derecho de participar individual o asociadamente en programas de promoción y mejoramiento de la salud individual o colectiva.

Artículo 15o.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

- a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;
- b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece;

- c) A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes;
- d) A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo;
- e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare;
- f) A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio;
- g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren;
- h) A que se le comunique todo lo necesarios para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste;
- i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica;

Artículo 16o.- Toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud y la de las personas a su cargo.

El deber personal de atender y conservar la propia salud sólo puede ser exigido cuando tal omisión es susceptible de incidir negativamente en la salud pública o en la de terceras personas.

ANEXO 06

Noticia de vientre de alquiler

AMÉRICA LATINACHILE

El drama de una pareja chilena encarcelada en Perú tras intentar viajar con sus bebés nacidos por vientre de alquiler

Una pareja chilena no se imaginó que su sueño de convertirse en padres se volvería una pesadilla cuando la policía de Perú los detuvo al sospechar que los bebés que cargaban podían ser víctimas de tráfico de menores, delito penado hasta con 25 años de cárcel en este país. Por ahora se encuentran en libertad pero tienen prohibido volver a Chile hasta que acaben las investigaciones.

MÓNICA VARGAS

8 SEP 2018 – 09:50 AM EDT

COMPARTE

LIMA, Perú.- Los chilenos Rosario Madueño y Jorge Tobar intentaron varias veces en su país tener hijos, primero de manera natural y luego de forma asistida, pero ante lo infructuoso de sus intentos y por recomendación de sus médicos viajaron a Lima para someterse a un tratamiento más.

PUBLICIDAD

Rosario, de 47 años e ingeniera comercial con un importante cargo gerencial en una cadena de supermercados de Chile, no dudó en someterse a cada uno de los pasos recomendados por los especialistas para lograr quedar embarazada.

Las esperanzas superaban las frustraciones tras cada pérdida que tuvo. Su cuerpo no lograba retener a los embriones, después le detectaron cáncer de útero y luego en la tiroides. En total fueron 12 veces las que vio terminar anticipadamente sus embarazos desde el 2010.

Pero junto a Jorge, también ingeniero comercial y dueño de una imprenta en Santiago de Chile, se mantuvieron firmes en su deseo de convertirse en padres y, sin amilanarse, hicieron caso a la recomendación de sus médicos de ponerse en manos de los expertos de un prestigioso centro de reproducción asistida en la capital peruana.

No es novedad para parejas con problemas de fertilidad en Chile viajar al país vecino para someterse a este tipo de tratamientos, ya sea por la buena fama de los especialistas y por los menores costos.

Ya en Lima, se le indicó a la pareja que la única posibilidad que tenían para ser padres era mediante el “útero subrogado” o vientre de alquiler y accedieron iniciando el proceso el año pasado.

Empieza el calvario

Los Tobar estaban felices. El embarazo avanzó dentro de lo previsto y dos bebés, un varón y una mujer, nacieron el 28 de julio pasado, justo para el aniversario patrio de Perú. El parto se adelantó y los padres recién estrenados lograron conseguir pasajes para un día después. No se imaginaron que ese detalle transformaría el sueño que estaban viviendo en una pesadilla.



Casi un mes después, ya con los niños debidamente inscritos en los registros civiles y el papeleo listo, Rosario y Jorge intentaron volver a su país. Su familia y amigos los esperaban felices. Pero en el aeropuerto de Lima los detuvieron.

PUBLICIDAD

A la policía le llamó la atención que la pareja haya llegado un día después de la fecha registrada como nacimiento de los bebés que cargaban y sospechando de un caso de tráfico de menores, delito que está penado hasta con 25 años de cárcel en este país, decidió detenerlos e iniciar las investigaciones correspondientes.

Permanecieron detenidos siete días en las instalaciones policiales del aeropuerto y la situación fue empeorando.

“No sabíamos nada de ellos y los estábamos esperando para festejar. Nos enteramos por la mamá de Rosario y no lo podíamos creer. Esto que está pasando es injusto”, le dijo a Univision Noticias Jorge Tobar, abuelo paterno de los bebés, quien junto a su esposa se encuentra en Lima tratando de ver cómo ayuda a su hijo.

En medio del asombro no solo de los familiares y amigos de los Tobar, sino de la propia opinión pública peruana, **ambos fueron trasladados a cárceles diferentes y los bebés llevados a un albergue.**

Una fiscal pidió prisión preventiva por 12 meses para la pareja mientras duren las investigaciones, pero finalmente la sala de apelaciones admitió que fuesen investigados en libertad, aunque con prohibición de salida del país.

Ambos fueron sometidos a pruebas de ADN, una particular y otra encargada por la justicia ordinaria. El resultado de la primera confirmó la paternidad de Jorge Tobar sobre los niños. Ahora la justicia los va a investigar por "filiación indebida".

Justicia lenta

Durante el traslado a prisión, que fue captado en video y difundido luego en redes sociales y noticieros, se le escuchó a Rosario decir: **“Esto es abuso, no es justicia”**, mientras era conducida esposada por policías.

PUBLICIDAD

Ahora ya en libertad, aunque con restricciones, la pareja pudo reencontrarse con sus hijos y agradecieron los cuidados que recibieron en el albergue en el que permanecieron mientras se aclaraba la situación. Incluso los padres de Jorge

llegaron a Lima para demostrar que se había cometido un error con los esposos. **"Solo pedimos que agilicen las cosas"**, dijo Jorge padre, quien sostuvo varias reuniones con el consulado de su país en búsqueda de apoyo.

La figura de "útero subrogado" no está contemplada en el código penal peruano, por lo tanto, no está prohibida, pero al no estar normada se presta a diferentes interpretaciones. En este caso, la fiscalía ha insistido en investigar a los esposos al considerar que han faltado a la verdad en la inscripción de los mellizos, pues considera que Rosario, al no haberlos engendrado, no puede ser considerada como la madre, tal como figura en los registros.

Una prueba de ADN comprobó la paternidad de Jorge sobre los niños, pero al tratarse de un caso de vientre de alquiler, el ADN de su esposa no coincide con el de los menores.

"No son traficantes evidentemente. Con un poco de criterio te das cuenta que son los padres, no traficantes", aseguró a Univision Luis Felipe Cortéz, abogado de los Tobar en Lima. Explicó que la pareja buscará regresar a su país con los bebés al no haber prohibición de abandonar Perú, para retornar cada vez que la justicia lo requiera.

"Ellos tienen el trabajo en Chile, su vida está hecha allá y no pueden, ni deben quedar retenidos en Lima. Vamos a pedir que esa comparecencia restringida que les obliga a presentarse ante la justicia cada 30 días sea más espaciada y no les provoque más daños", dijo Cortéz.

PUBLICIDAD

Los abuelos de Rafaela y Maximiliano dijeron a Univision que esperan ver crecer a sus nietos para poder contarles la odisea por la que pasaron sus padres para poder tenerlos.

URL: <https://www.univision.com/noticias/america-latina/el-drama-de-una-pareja-chilena-encarcelada-en-peru-tras-intentar-viajar-con-sus-bebes-nacidos-por-vientre-de-alquiler>