



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Incluir en el delito de Trata de Personas a la Explotación Reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes en contra de su voluntad se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a la procreación de niños

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Mg. Verónica ROJAS TORIBIO

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Rojas, V. (2023). *Incluir en el delito de Trata de Personas a la Explotación Reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes en contra de su voluntad se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a la procreación de niños*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Verónica Rojas Toribio
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07450885
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge Hugo Vizcardo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08377880
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6996-2721
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Germán Small Arana
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08105245
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Marcial Eloy Paucar Chappa
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41318295

Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Yasmina Beatriz Riega Virú de Salas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10475534
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: Av. General Santa Cruz 711 Latitud: -11.77453 Longitud: -76.98543
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2021-2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los tres días del mes de abril del año dos mil veintitrés, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Germán Small Arana, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa, Dra. Yasmina Beatriz Riega Virú y la postulante al Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Verónica ROJAS TORIBIO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“INCLUIR EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS A LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS, A QUIENES EN CONTRA DE SU VOLUNTAD SE LES PRACTICA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, OBLIGÁNDOLAS A LA PROCREACIÓN DE NIÑOS”**.

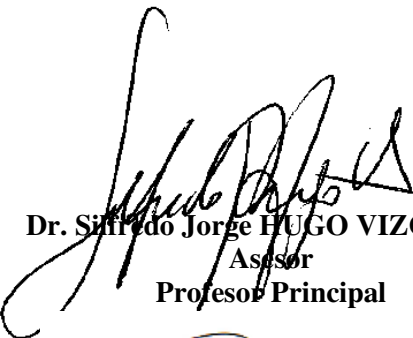
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

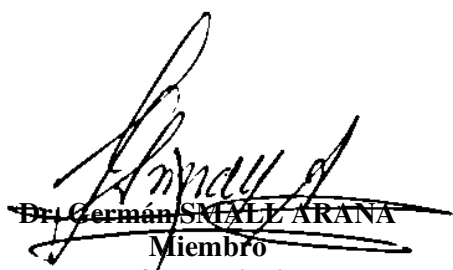
Aprobado con calificación de bueno con la nota de dieciséis (16)

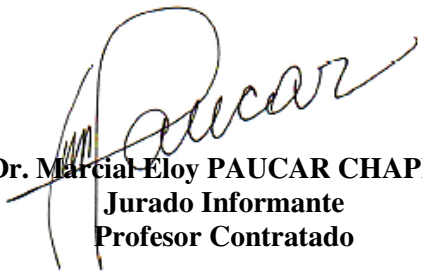
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Verónica ROJAS TORIBIO**.

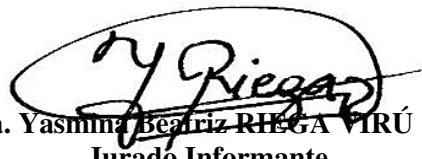
Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciocho con treinta minutos horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal


Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Asesor
Profesor Principal


Dr. Germán SMALL ARANA
Miembro
Profesor Principal


Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA
Jurado Informante
Profesor Contratado


Dra. Yasmina Beatriz RIEGA VIRÚ
Jurado Informante
Profesora Contratada

Informe de Evaluación de Originalidad N° 043-2022-UPGD

1. *Facultad:* Facultad de Derecho y Ciencia Política
2. **UNIDAD DE POSGRADO**
3. **Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**
4. Dr. Francisco Miró Quesada Rada
5. **Operador:** JAVIER PABLO PORRAS VÁSQUEZ
6. Tesis para optar el grado académico de **Doctora en Derecho y Ciencia Política**.
7. **Autor:** VERÓNICA ROJAS TORIBIO
8. Tesis: **“INCLUIR EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS A LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS, A QUIENES EN CONTRA DE SU VOLUNTAD SE LES PRACTICA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, OBLIGÁNDOLAS A LA PROCREACIÓN DE NIÑOS.”.**
9. Fecha de Recepción de Documento (correo electrónico): **03/06/2022**
10. Fecha de Aplicación del Programa Informático de Similitudes: **06/06/2022**
11. Software Utilizado
 - a. **TURNITIN**
12. Configuración de Programa detector de similitudes
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. Porcentaje de similitud según programa detector de similitudes
 - a. **10% (Diez por ciento)**
14. Fuentes originales de las similitudes encontradas
 - a. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado> (1%)
 - b. https://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12737/7903/Mayra_Tesis_Titulo_2022.pdf?isAllowed=y&sequence=1 (1%)
 - c. <https://docplayer.es/7597629-Maternidad-subrogada-explotacion-de-mujeres-con-fines-reproductivos-emfr-revisoras-lic-ingrid-tapia-gutierrez-dra-martha-tarasco-michel.html> / (1%)
 - d. https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9989/Grana dos_Prada_Ellen_Pamela.pdf?isAllowed=y&sequence=1 (1%)

Dedicatoria:

La presente investigación jurídica es un esfuerzo
que se lo dedico a mi familia.

RESUMEN.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS GENERALES	4
Situación problemática	4
Formulación del problema	7
Hipótesis.....	8
Objetivos	9
Metodología aplicada.....	10
SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO	12
CAPÍTULO I: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y LA EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO COMO UNA FINALIDAD	12
Antecedentes.....	12
Antecedentes legislativos en el Perú.....	13
Antecedentes en la doctrina nacional.....	14
Instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos y el delito de Trata de Personas	23
Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos	23
Carta de las Naciones Unidas.	23
La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	24
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	25
El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	26
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.	28
La Convención sobre los Derechos del Niño.	32
Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.	34
La Convención de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.	37
Informe A/HRC/37/60 de la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.....	39
Convención sobre la Esclavitud.....	39
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.	40

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y su Protocolo facultativo.	43
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo facultativo.	44
Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer..	45
Convenio sobre el trabajo forzoso.	46
Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (2014). ...	48
Sistemas Regionales de Protección a los Derechos Humanos	50
Sistema Americano	50
Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	50
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Pará”.	50
Sistema Europeo.	52
Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.....	52
Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo.	54
CAPÍTULO II. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ	55
El bien jurídico	56
La tipicidad objetiva	60
Las Acciones	60
Captar.	62
Trasladar.	65
Transportar.....	67
Acoger.....	68
Recibir.....	69
Retener.	69
Los Medios	70
Violencia, amenaza u otras formas de coacción.	70
Privación de la libertad.	72
Fraude o engaño.	73
Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.	74
Concesión o recepción de pagos o de cualquier otro beneficio. ..	76
La tipicidad subjetiva	77
El dolo.....	78
Los fines de explotación.....	78
La venta de niños, niñas y adolescentes.	79
La prostitución y cualquier forma de explotación sexual.	87
La esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud.....	91

Cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados.....	94
La servidumbre.....	97
La extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos.	99
Así como, cualquier otra forma análoga de explotación.....	101
El objeto material del delito	101
El sujeto activo y pasivo del delito	101
CAPÍTULO III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	
Definición.....	105
Clasificación	106
Inseminación Artificial	107
Fecundación In Vitro.....	110
Transferencia Intratubárica de Gametos.....	113
Legislación nacional	114
CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA	117
Casación N°1876- 2018 Madre de Dios del 07 de junio del 2019	117
Casación N°706-2018 Madre de Dios del 01 de agosto del 2019	119
TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA	
CAPÍTULO V. LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS ES UNA FORMA DE EXPLOTACIÓN QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO Y DEBE INCLUIRSE EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	
Análisis de los instrumentos jurídicos internacionales con respecto a la explotación de seres humanos	122
El obligar a una mujer, una adolescente o una niña a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida en contra de su voluntad, renunciando a la filiación, es una forma de explotación	128
¿Qué significa la explotación humana?.....	128
La explotación reproductiva	131
Características	131
El sujeto pasivo o víctima es una mujer, una adolescente o una niña.	131
La víctima de trata es obligada a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño y generalmente es privada de su libertad y mantenida en cautiverio.....	132
La víctima de trata es obligada a renunciar a la filiación con respecto a su hijo y separada del menor.	133
La víctima de trata es obligada a la procreación de niños en una sola oportunidad o de manera reiterada.	134
Se pone en grave riesgo la integridad física y psicológica de la víctima de explotación reproductiva.....	134

La explotación reproductiva a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida	137
Características	138
El sujeto pasivo o víctima es una mujer, una adolescente o una niña.	138
Se utilizan técnicas de reproducción humana asistida en contra de la voluntad de la mujer, la adolescente o la niña víctima de trata para lograr la concepción y son obligadas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño.	138
La víctima de trata es obligada a renunciar a la filiación con respecto a su hijo y separada del menor.	139
Se causa un grave daño a la integridad física y psicológica de la víctima de trata, pudiendo provocarle hasta la muerte.....	141
La gestación por sustitución comercial constituye una venta de niños y es una forma de explotación reproductiva	146
La gestación por sustitución comercial es una venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.....	146
Las Adopciones Ilegales constituyen una compra y venta de niños .	148
Existe la explotación reproductiva a través de la gestación por sustitución comercial.....	152
Otras formas de explotación reproductiva.....	157
La trata de mujeres, adolescentes y niñas con fines de explotación reproductiva a través de la violación sexual	157
La trata de mujeres embarazadas cuya finalidad es la explotación reproductiva	159
Jurisprudencia	163

CAPÍTULO VI: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS NO INCLUYE LA “EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA” DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS, QUIENES SON OBLIGADAS A PROCREAR A TRAVÉS DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, RENUNCIANDO A LA FILIACIÓN

Nuestro sistema jurídico no legisla de manera idónea las técnicas de reproducción humana asistida y tampoco con relación a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas	178
Tiene que incluirse en el delito de Trata de Personas la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes se les obliga a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida, renunciando a la filiación.....	181
La explotación reproductiva vulnera la dignidad de las víctimas y el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas	186
Dogmática Jurídico Penal, Criminología y Política Criminal	191

CAPÍTULO VII: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS PARA INCLUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS

198

El delito de Trata de Personas en el Perú y las modificatorias que se plantean a la norma	198
La propuesta de modificación del delito de Trata de Personas	199
Esta propuesta implica la creación de un artículo adicional, estructurado específicamente con respecto la explotación reproductiva	200
 CUARTA PARTE: CONSECUENCIAS	 205
CAPÍTULO VIII: CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS AL INCLUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA COMO UNA FINALIDAD	205
Consecuencia de la implementación de la propuesta	205
Beneficios que aporta la propuesta.....	207
CONCLUSIONES	212
RECOMENDACIONES.....	217
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	219
ANEXO: INFORME DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	229

RESUMEN

La Trata de Personas es un delito complejo, en cuya tipicidad subjetiva se establecen diferentes formas de explotación del ser humano, pudiendo incluirse otras formas de explotación a las ya descritas en la norma.

En este contexto y teniendo en cuenta, que las principales víctimas de este delito a nivel mundial son las mujeres y los adolescentes, según lo expresa la Organización de las Naciones Unidas en sus diferentes informes; el objetivo de la presente investigación jurídica es proponer la modificación del delito de Trata de Personas para incluir a la “Explotación reproductiva”, como una nueva finalidad de explotación del ser humano.

Esta nueva finalidad de explotación es ejecutada por el tratante a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida para lograr la concepción, en contra de la voluntad de las mujeres, las adolescentes y las niñas, víctimas de trata, quienes son obligadas a desarrollar la gestación y alumbramiento de niños, que posteriormente son comercializados o utilizados en otras modalidades de explotación.

La tesis que se desarrollará es de carácter jurídico normativo, empleando el método de análisis jurídico con el objeto de lograr una mejor tipificación del delito de Trata de Personas.

Palabras clave: Trata de Personas, técnicas de reproducción asistida, explotación, adolescente.

ABSTRACT

The crime of Trafficking in Persons is a complex crime that in its structure and within the subjective typicity, different forms of exploitation of the human being are established; specifying that Peruvian legislation also indicates that other forms of exploitation analogous to those already described in the standard can be understood.

In this context and taking into account that the main victims of this crime worldwide are women and adolescents, as expressed by the United Nations in its different reports; The objective of this legal investigation is to propose the modification of the crime of Human Trafficking, to include a new purpose of exploitation of the human being, which is carried out through the use of assisted human reproduction techniques against the will of women and adolescents, who are pregnant, forcing them to carry out pregnancy and childbirth, which will later be commercialized or exploited through other modalities.

The thesis to be developed is of a normative legal nature, in which the method of legal analysis has been used in order to achieve a better definition of the crime of Trafficking in Persons.

Key words: Trafficking in Persons, assisted reproductive techniques, exploitation, adolescent.

INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas con la finalidad de emprender una lucha frontal contra el delito de Trata de Personas y la explotación principalmente de mujeres, adolescentes y niños, en el año dos mil, logra la suscripción de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el delito de Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños”, siendo instrumentos jurídicos internacionales cuyo objetivo es que los Estados implementen políticas públicas de prevención, protección de las víctimas y la sanción penal de los tratantes.

El Perú suscribe la citada Convención y su Protocolo el catorce de diciembre del año dos mil y los ratifica el veintitrés de enero del dos mil dos; siendo incluido el delito de Trata de Personas en nuestra legislación interna a través de la ley 28950, publicada el dieciséis de enero del dos mil siete, siendo tipificado en los artículos 153 y 153 -A del Código Penal (tipo penal base y las formas agravadas, respectivamente); norma que fue modificada por la ley 30251, publicada el veintiuno de octubre del dos mil catorce. Posteriormente, mediante la ley 31146 publicada el 30 de marzo del 2021, se modifica el Código Penal para incluir en el Libro Segundo, el Título I- A “Delitos contra la Dignidad Humana”, que contiene el capítulo I “Trata de Personas” (artículo 129-A y 129-B) y en el capítulo II “Explotación (desde el artículo 129- C al 129-P).

En el delito de Trata de Personas la conducta del sujeto activo tiene como finalidad la explotación del ser humano, describiendo la norma diferentes formas de explotación, como la explotación sexual, laboral, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad y la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como, cualquier otra forma análoga de explotación, lo que forma parte de la tipicidad subjetiva.

Se considera, que dentro de este marco normativo cabe la posibilidad de incluir otras formas análogas de explotación que van surgiendo en el mundo a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta, que uno de los objetivos del tratante es obtener un provecho económico vulnerando la dignidad del ser humano, quien es sometido a la degradación permanente al ser tratado como un objeto.

En este contexto, la presente investigación jurídica propone incluir a la explotación reproductiva como una nueva forma de explotación de mujeres, adolescentes y niñas a quienes en contra de su voluntad se les practica alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, como puede ser una Inseminación Artificial o la Fecundación in vitro, para lograr la concepción, obligándolas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, renunciando a la filiación y posteriormente, comercializar al menor o utilizarlo para otras formas de explotación.

En tal sentido, se puede observar que existe una doble explotación, tanto de la víctima de explotación reproductiva a quien se le obliga a procrear un niño, renunciando a su filiación; así como, la explotación del niño que nace en estas condiciones y es tratado como un objeto o mercancía que será comercializado, entregándolo a personas o parejas que desean tenerlo para darle un estatus de hijo o para someterlo a otras formas de explotación.

En la primera parte se desarrollará los aspectos metodológicos generales y en la segunda parte se establecerá el marco teórico con respecto al delito de Trata de Personas y las formas de explotación del ser humano, dentro de un ámbito doctrinario, jurisprudencial y normativo a nivel internacional y nacional; asimismo, se describirá en qué consiste las técnicas de reproducción humana asistida.

En la tercera parte se analizará el problema planteado y la toma de postura con una propuesta de solución, referida a la inclusión de una nueva finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, como es la explotación reproductiva, utilizando técnicas de reproducción humana asistida en contra

de la voluntad de las víctimas, obligándolas a desarrollar la gestación y alumbramiento de un niño, quien posteriormente será comercializado o utilizado en alguna otra forma de explotación. Asimismo, se realizará una propuesta de modificación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal.

En la cuarta parte se señalará las consecuencias de la implementación de la propuesta y los beneficios que aporta. Finalmente se señalarán las conclusiones y recomendaciones.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS GENERALES

Situación problemática

En el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal, la conducta del sujeto activo tiene como finalidad la explotación del ser humano, incluyéndose en la tipicidad subjetiva la explotación sexual, laboral, la compra y venta de niños, niñas y adolescentes, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad y la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como, cualquier otra forma análoga de explotación.

La norma acotada permite introducir “otras formas análogas de explotación”, por tanto, en el presente trabajo de investigación se analizará desde un punto de vista jurídico penal la posibilidad de incluir la “explotación reproductiva” como una finalidad en el delito de Trata de Personas. Esta es una nueva forma de explotación de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les practica técnicas de reproducción humana asistida para lograr la concepción, obligándolas a desarrollar la etapa de gestación y alumbramiento de un niño, renunciando a su derecho de filiación; para luego, este último ser comercializado entregándolo a personas o parejas que desean tener hijos o es utilizado en otras formas de explotación.

El ordenamiento jurídico regula el comportamiento humano dentro de una determinada sociedad, sin embargo, a veces se presentan vacíos normativos con respecto a la existencia de conductas que es preciso determinar y regular, más aún, cuando observamos que en el mundo se producen nuevas formas de explotación del ser humano y que en el Perú no se encuentran tipificadas en el delito de Trata de Personas, como por ejemplo, “la explotación reproductiva”, siendo las víctimas específicamente las mujeres, las adolescentes y las niñas.

Cabe agregar, que en nuestro país no se ha legislado de manera idónea con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida y mucho menos se ha analizado la existencia de conductas que utilizando estas técnicas reproductivas pueden vulnerar bienes jurídicos, como lo es “la dignidad del ser humano”, con la finalidad de explotar a mujeres, adolescentes y niñas, obligándolas a procrear renunciando a la filiación, lo que debe ser pasible de una sanción penal; considerando este tema de investigación interesante y novedoso.

La Ley General de Salud 26842 emitida el nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, en su artículo séptimo, establece de forma muy genérica, que se encuentra permitido el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Asimismo, en la norma acotada se señala que para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

En tal sentido, ninguna mujer, adolescente o niña puede ser sometida en contra de su voluntad a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y obligada a desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño, renunciando a la filiación; pudiendo ser considerada esta conducta como una forma de explotación, dentro de los parámetros tipificados en el delito de Trata de Personas, puesto que, se vulnera la dignidad del ser humano al ser tratadas como un objeto.

En este contexto, lo que planteamos es la existencia de una doble forma de explotación, la primera se produce específicamente contra las mujeres, las adolescentes o las niñas a quienes se les obliga a procrear; y en segundo lugar, también se explota a los niños que nacen bajo estas condiciones y que son comercializados por los tratantes, entregándolos a personas o parejas que desean tener hijos o son utilizados en otras formas de explotación.

La Organización de las Naciones Unidas a través de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el delito de Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños, ha logrado que los Estados desarrollen políticas públicas para prevenir este delito, proteger a las víctimas y sancionar penalmente a los tratantes, cuya finalidad es la explotación del ser humano.

Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas a través de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como, a través de la Convención de la Haya relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, establecen que los Estados tienen la obligación de tipificar en su legislación interna el delito de compra y venta de niños; precisando, que en el Perú se ha incorporado como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Es importante señalar, que los mencionados instrumentos jurídicos internacionales, suscritos y ratificados por el Perú, son los que constituyen el marco teórico en el análisis y desarrollo de la propuesta que se plantea en la presente investigación jurídica.

En el Derecho Penal uno de los principios fundamentales es el “Principio de Legalidad”, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, que señala: “Art. II.- Principio de Legalidad. Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

En virtud al “Principio de Legalidad”, el problema de investigación que se plantea es importante, considerando que la propuesta de modificación para incluir a la explotación reproductiva como una finalidad en el delito de Trata

de Personas es técnicamente pertinente, con el objetivo de tipificar esta nueva forma de explotación de mujeres, adolescentes y niñas.

En este contexto, no podemos permitir que la delincuencia común o el crimen organizado desarrolle mecanismos para explotar a las mujeres, a las adolescentes y a las niñas, utilizando los avances científicos en materia genética para vulnerar la dignidad del ser humano, así como, otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la filiación, el derecho a la identidad, entre otros; siendo la inclusión de la “explotación reproductiva” una nueva forma de explotación en el delito de Trata de Personas, que resulta una propuesta viable al permitir la norma dicha posibilidad expresamente.

Formulación del problema

Problema principal

¿Debería incluirse en el delito de Trata de Personas, la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a procrear, como una finalidad de explotación?

Problemas secundarios

- El tipo penal de Trata de Personas, tipificado en el art. 129-A del Código Penal, incluye como una finalidad a la **explotación reproductiva**, que consiste en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida en contra de la voluntad de mujeres, adolescentes y niñas a quienes se les obliga a desarrollar la gestación y alumbramiento de un niño, renunciando a la filiación?
- ¿En nuestro sistema jurídico se legisla de manera idónea las técnicas de reproducción humana asistida con relación a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les

practica estas técnicas reproductivas para procrear niños, que posteriormente son comercializados a terceros?

- ¿Cómo debería tipificarse la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes en contra de su voluntad se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a desarrollar la gestación y alumbramiento de niños, renunciando a la filiación?

Hipótesis

Hipótesis principal

La explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les practica técnicas de reproducción humana asistida para lograr la concepción, obligándolas a procrear, es una forma de explotación del ser humano, que constituye un atentado contra el bien jurídico “dignidad de la persona”, que por sus características particulares, debería incluirse como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Hipótesis secundarias

- El tipo penal de Trata de Personas, contenido en el artículo 129-A del Código Penal, no incluye como una finalidad a la explotación reproductiva, que consiste en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida en contra de la voluntad de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes se les obliga a desarrollar la gestación y alumbramiento de un niño, renunciando a la filiación; lo que representa un vacío legislativo.
- En nuestro sistema jurídico no se legisla las técnicas de reproducción humana asistida con relación a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les practica estas técnicas reproductivas para procrear niños, que posteriormente son comercializados a terceros.

- La explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes en contra de su voluntad se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a desarrollar la gestación y alumbramiento de niños, renunciando a su filiación, debería ser legislada como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Objetivos

Objetivo general

Establecer si resulta técnicamente adecuado incluir en el delito de Trata de Personas, la explotación de mujeres, adolescentes y niñas a quienes, en contra de su voluntad, se les practica técnicas de reproducción humana asistida, obligándolas a la procreación de un niño, como una finalidad de explotación.

Objetivos específicos

- Realizar un adecuado estudio teórico e histórico de la evolución y conceptualización del delito de Trata de Personas, en especial en lo referente a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes se les practica técnicas de reproducción humana asistida, en contra de su voluntad, obligándolas a procrear niños, como una finalidad de explotación.
- Determinar si el tipo penal de Trata de Personas, contenido en el artículo 129-A del Código Penal, incluye como una finalidad a la explotación reproductiva; para cuyo efecto, se utilizan técnicas de reproducción humana asistida, en contra de la voluntad de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes se les obliga a desarrollar la gestación y alumbramiento de un niño, renunciando a su filiación.
- Constatar si en nuestro sistema jurídico se legisla las técnicas de reproducción humana asistida con relación a la explotación reproductiva de

mujeres, adolescentes y niñas a quienes se les practica estas técnicas reproductivas, en contra de su voluntad, para procrear niños que posteriormente son comercializados a terceros.

- Precisar cómo debería tipificarse la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, a quienes se les practica técnicas de reproducción humana asistida, en contra de su voluntad, obligándolas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño, renunciando a su filiación.
- Proponer las modificaciones legislativas pertinentes.

Metodología aplicada

El problema que se plantea en el presente trabajo de investigación jurídica se ha delimitado, específicamente, con respecto a la tipicidad subjetiva del delito de Trata de Personas, efectuando un análisis y desarrollo de la explotación reproductiva, como una nueva forma de explotación de mujeres, adolescentes y niñas, quienes a través de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida se les obliga a procrear niños, renunciando a la filiación; siendo estos últimos comercializados por los tratantes o utilizados en otras formas de explotación.

La propuesta de solución que se plantea es la modificación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal, para incluir como una finalidad a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, además de desarrollar la tipicidad de esta nueva finalidad de explotación en un artículo independiente.

De conformidad con lo dispuesto por la Resolución de Decanato N° 027-D-FD-2020, que aprueba la nueva “Directiva sobre los lineamientos metodológicos para la elaboración de la tesis para la obtención del grado de Magister y Doctor en Derecho”, la tesis que se presenta es de tipo: Tesis jurídica-normativa (no exegética).

Se utilizarán los siguientes métodos:

- a). El método comparativo, con la finalidad de establecer las identidades, similitudes y diferencias entre el delito en estudio, con respecto a nuestro país y aquellos en los que se tipifiquen formas delictivas similares.
- b) El análisis y síntesis, que permitirá apreciar las relaciones internas y externas del ilícito a fin de apreciar sus elementos constitutivos.
- c) El método descriptivo-explicativo, que será aplicado al fenómeno socio jurídico que se observe en el delito en estudio.
- d) El método inductivo-deductivo, a fin de manejar adecuada y objetivamente la información que se recopile para fundamentar la investigación.

Se utilizarán las siguientes técnicas de recolección de datos:

- a) Observación. Sobre la realidad y los sucesos sociales y jurídicos, relevantes con respecto a los problemas de investigación.
- b) Fichaje de libros y revistas especializadas en la materia de investigación.
- c) Búsqueda en internet, que permitirá la recolección de datos bibliográficos, doctrina internacional y derecho comparado.

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y LA EXPLOTACIÓN DEL SER HUMANO COMO UNA FINALIDAD

Antecedentes

La explotación de seres humanos es una práctica que se remonta a las antiguas civilizaciones, como se puede observar a lo largo de la historia universal, generalmente se esclavizaba pueblos enteros que eran vencidos y sometidos al poder de otro.

La Esclavitud como una de las primeras formas de explotación del ser humano, es definida como el sometimiento de un ser humano a otro, quien es tratado como un objeto sobre el cual se ejerce los mismos atributos que existe en el derecho de propiedad.

A través del Sistema de Protección Universal de los Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución de la Asamblea General número 55/25 del 15 de noviembre del 2000, aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el delito de Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños o también denominado Protocolo de Palermo.

En el Protocolo de Palermo se establece la estructura del delito de Trata de Personas, describiendo la conducta típica del sujeto activo, quien actúa dolosamente con la finalidad de explotar al ser humano, estableciéndose diferentes formas, como la explotación sexual, laboral, la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos humanos.

Antecedentes legislativos en el Perú

Nuestro país suscribe la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo el 14 de diciembre del año 2000 y los ratifica el 23 de enero de 2002. Es así, que se incorpora el delito de Trata de Personas en nuestro Código Penal a través de la Ley 28950, publicada el 16 de enero del 2007, estableciendo el tipo penal base y sus formas agravadas en los artículos 153 y 153-A, respectivamente; siendo modificado por la Ley 30251, publicada el 21 de octubre del 2014. El 30 de marzo del 2021 se modifica el Código Penal a través de la ley 31146 para incluir en el Libro Segundo el Título I –A “Delitos contra la Dignidad Humana”, incorporando el capítulo I “Trata de Personas” y el Capítulo II “Explotación”.

Es importante señalar, que en la legislación peruana se tiene como antecedentes del delito de Trata de Personas los siguientes:

- a). El delito de “Tráfico de Menores”, previsto en el Título IV denominado: Delitos Contra la Libertad, Capítulo I: Delitos Contra la Violación de la Libertad Personal, en el artículo 153 del Código Penal.
- b). El delito de “Trata con fines de Prostitución”, previsto en el Título IV denominado: Delitos Contra la Libertad, Capítulo X: Proxenetismo, en el artículo 182° del Código Penal (esta norma fue modificada por la Ley 26309, publicada el 20 de mayo de 1994).

Estos delitos se recogen en el Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo 635, aprobado a través de la Ley Autoritativa 25280, publicada el 30 de octubre de 1990.

Se advierte de los mencionados antecedentes, que en nuestro ordenamiento jurídico penal se sancionaba el tráfico o venta de menores, así como, la Trata con fines de Prostitución, lo que actualmente se considera como una

finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal.

Antecedentes en la doctrina nacional

Entre los trabajos de análisis e investigación jurídica sobre el delito de Trata de Personas y las diferentes formas de explotación del ser humano, realizados en nuestro país, no se ha encontrado alguno que específicamente se relacione con la “explotación reproductiva”. Esta forma de explotación consiste en obligar a mujeres, adolescentes y niñas a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida, renunciando a la filiación; para luego, el tratante vender a los menores nacidos bajo estas condiciones o someterlos a otras formas de explotación.

Los trabajos de análisis e investigación jurídica encontrados sobre el delito de Trata de Personas, que enfocan las diferentes formas de explotación del ser humano, son los siguientes:

a). III Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y formas contemporáneas de Esclavitud.

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), organizaron el “Tercer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y Formas Contemporáneas de Esclavitud”, con respecto al cual, se destacan las conclusiones siguientes:

Como se ha podido observar a lo largo de este documento, el SIDH ha avanzado en el desarrollo de estándares en materia de trata de personas y formas contemporáneas de esclavitud. (...) Adicionalmente, es pertinente, a la hora de judicializar los casos de trata de personas y esclavitud moderna en la región, tomar en cuenta el desarrollo de estándares para las víctimas de violaciones de los derechos humanos

como base para la consolidación de estándares más específicos para los casos de víctimas de trata de personas y formas contemporáneas de esclavitud. Finalmente, en otros sistemas, en especial el sistema universal de derechos humanos, se han desarrollado estándares en relación con las víctimas de trata de personas que sirven como punto de referencia para la consolidación de estándares claros en la materia. Sin embargo, como se ha señalado en cada capítulo, quedan algunos retos para el SIDH y para los Estados de la región. En primer lugar, es necesario ahondar en los conceptos de trata de personas y formas modernas de esclavitud analizando sus diferencias y complementariedades. Para ello, es pertinente mirar a otros sistemas de protección como, por ejemplo, el sistema europeo. (Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, IDEHPUCP, Fundación Konrad Adenauer y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2019, p. 35)

En este conversatorio se analizan los conceptos de Trata de Personas y las formas modernas de esclavitud, teniendo como marco jurídico la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional emitida dentro del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, emitida dentro del Sistema Regional Americano de Protección a los Derechos Humanos; efectuando el análisis jurisprudencial de algunos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo interesante de este trabajo de investigación es que se realiza un análisis e interpretación del artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisando, que la prohibición de la esclavitud y la servidumbre se debe entender en concordancia con lo establecido en las diferentes resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando que el término “Esclavitud” está referida a “formas contemporáneas de esclavitud” como por ejemplo, la servidumbre de gleba, el trabajo forzoso, la trata de personas, la servidumbre por deudas, la

prostitución, el matrimonio forzoso, el trabajo infantil y la compra y venta de niños a través de las adopciones ilegales.

Se considera que las conclusiones desarrolladas en este Conversatorio Jurisprudencial sobre el delito de Trata de Personas y las formas contemporáneas de esclavitud, pueden tomarse como un antecedente para entender que existen otras formas de explotación del ser humano, como la que se propone, denominada “explotación reproductiva”; en la cual, se obliga a mujeres, adolescentes y niñas a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida, renunciando a la filiación, procediendo el tratante a la venta de los bebés que nacen bajo estas condiciones o los somete a otras formas de explotación.

b) “La incompatibilidad del delito de Esclavitud y otras formas de explotación con el Principio de Legalidad”

Trabajo de investigación del año 2018, que corresponde al Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Investigador principal: Miguel Ángel Soria Fuerte. Entre las conclusiones el autor señala que debe ser modificado el artículo 153-C del Código Penal (ahora artículo 129-Ñ del Código Penal) porque es inconstitucional e incompatible con el Derecho Internacional, señalando:

El cuestionamiento al referido artículo se centra fundamentalmente en que no define taxativamente lo que supone condiciones de esclavitud o condiciones de servidumbre en el contexto del principio de legalidad.

El Derecho Internacional ha establecido que la esclavitud es el estado o condición del individuo sobre el que se ejerce alguno de los atributos del derecho de propiedad mediante la violencia, el engaño o la coacción; mientras que servidumbre es la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición. (Soria, 2018, p. 23-24).

Este trabajo es interesante porque nos muestra el punto de vista del autor con respecto a la explotación del ser humano a través de la Esclavitud diferenciándola de la Servidumbre; precisando, que la definición de ambas debería ser incorporada en nuestra legislación interna, siguiendo los parámetros establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales y conforme al Principio de Legalidad.

En tal sentido, se tomará en cuenta estas definiciones para establecer si la explotación reproductiva puede tener alguna similitud o diferencia con estas otras dos formas de explotación descritas por el mencionado autor.

c) “El intento de las víctimas y sus familias por acceder a la justicia. Trata de Personas, violencia y explotación: 40 testimonios”.

Investigación realizada por la autora Andrea Querol Lipcovich, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Entre las conclusiones se destaca lo siguiente:

El 70% de las víctimas entrevistadas tenían escolaridad incompleta al momento de ser captadas, independientemente de si eran menores de edad o mayores de edad. Solo el 20% había acabado la secundaria. Ninguna tenía estudios técnicos superiores o superiores. Por otro lado, el 25% de las víctimas había sufrido situaciones de violencia sexual y/o familiar antes de ser captadas. De este grupo, algunas huyeron a raíz de esta violencia y en ese proceso fueron engañadas y captadas para la trata de personas. Tres fueron víctimas de violencia sexual de quienes luego serían sus tratantes. De las madres entrevistadas y familiares, el 80% tienen primaria incompleta (Querol, 2020, p. 201)

De acuerdo a la mencionada investigación y las entrevistas realizadas, se determina que el perfil de las víctimas del delito de Trata de Personas tiene un alto grado de vulnerabilidad, teniendo en cuenta dos parámetros fundamentales: el primero, son los escasos estudios realizados por las

víctimas, quienes no llegan a concluir la secundaria; y el segundo, es la violencia sexual o familiar sufrida por las víctimas antes de ser captadas.

Este trabajo de investigación, como antecedente, nos muestra un panorama actual con respecto a la vulnerabilidad de las víctimas del delito de Trata de Personas, que son captadas por los tratantes y sometidas a las diferentes formas de explotación, existiendo la posibilidad incluso de ser sometidas a nuevas formas de explotación, como lo es la “explotación reproductiva”.

d) Tesis: “Análisis del matrimonio forzado como modalidad específica del crimen de esclavitud sexual. Contribuciones desde el enfoque de género en el marco del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional”.

Autora: Karen Raquel Bertola Valdivia. Para optar por el Título Profesional de Abogada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 2020. Este trabajo de investigación nos aproxima a una nueva forma de explotación como es el matrimonio forzado, entendido como la esclavitud sexual a la cual son sometidas las mujeres y las adolescentes.

e) Tesis: “El delito de Trata de Personas y la problemática del consentimiento de la víctima”.

Autor: Zósimo Roberto Morillo Herrada. Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año 2017. Se considera que este trabajo de investigación es interesante como antecedente, porque el autor reflexiona acerca del consentimiento de la víctima que podría producirse al momento que es captada por el tratante, utilizando el engaño u otros medios descritos en la norma penal; sin embargo, este consentimiento carece de validez cuando por ejemplo se ejerce coacción, amenaza, violencia, privación de la libertad sobre la víctima, existe un abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

Este tema cobra relevancia con respecto a las mujeres que son captadas por el tratante utilizando alguno de los medios descritos en la norma penal, quienes en un principio brindan su consentimiento, sin saber que la finalidad es la “explotación reproductiva” y que el tratante tiene como objetivo vender al niño nacido bajo estas condiciones o someterlo a otras formas de explotación, como será analizado.

f) Tesis: “Diagnóstico de la implementación del Plan Nacional de lucha contra la trata y su ejecución a través de planes regionales: el caso de Madre de Dios”.

Autora: María Grazia Ruiz Pasapera. Para optar el grado de Magister en Gerencia Social con mención en Gerencia de Programas y Proyectos de Desarrollo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 2018.

En las conclusiones la autora Ruiz (2018) señala que el Plan Nacional de Lucha contra la Trata del 2011-2016 tuvo varias dificultades para cumplir sus metas y se percibió una ausencia de compromiso por parte de algunas instituciones, en especial, en materia de prevención y protección a las víctimas. Parafraseando a la mencionada autora Ruiz (2018) dice que, tanto para el Plan Nacional mencionado, como para el plan actual (2017-2021), se evidencia la ausencia de una descripción con características propias de la trata a nivel nacional que se plasme en un diagnóstico a gran escala, lo que dificulta un diseño apropiado de las Políticas Públicas. La mencionada autora señala también, que se han identificado zonas denominadas de “frontera” donde la presencia del Estado es mínima o prácticamente nula; en tal sentido, no se puede considerar que existe la ejecución de planes de lucha contra la trata por parte del Estado, en zonas donde este no existe o no es reconocido (página 132).

La autora Ruiz (2018) concluye, que los Gobiernos Regionales forman parte de la cadena de lucha contra el delito de Trata de Personas, por tanto, tienen la responsabilidad social, económica y política de prevenir y sancionar este delito en la región, así como, reinserter socialmente a las víctimas; sin

embargo, en varias regiones de nuestro país no existe una estrategia o ejecución de una política pública que signifique una lucha frontal contra este flagelo (página133).

Se coincide con la autora, en que es necesario una verdadera lucha frontal contra el delito de Trata de Personas, tomándose como un antecedente interesante al tener un enfoque que evidencia la importancia de poner en práctica políticas públicas idóneas diseñadas específicamente para nuestro país y que sean ejecutadas por los funcionarios públicos del gobierno central y gobiernos regionales, debidamente articulados. También se tiene en cuenta, la vulnerabilidad de las víctimas que son utilizadas como objetos en una actividad ilegal que genera ingresos altamente rentables para los tratantes.

g) Tesis: “El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano”.

Autor: Carlos Abel Villarroel Quinde. Para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 2017. Entre las conclusiones señala:

Finalmente, existen diversas razones para identificar a la dignidad, en su dimensión de no cosificación vejatoria y humillante del ser humano, como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el Perú: i) jurídico internacionales, que se refieren a que la dignidad ha sido reconocida como el interés protegido en diversos instrumentos internacionales referidos a trata de personas (de los cuales el Perú es parte), como en el pronunciamiento de tribunales supranacionales (TEDH, CIDH); ii) filosófico-jurídicas, consistentes en que la dignidad constituye un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico, y su dimensión de no cosificación del ser humano ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; iii) de Política Criminal, referidas a que la asunción de la dignidad como bien jurídico protegido permitirá una mejor identificación

del fenómeno, así como la correcta aplicación del tipo penal por parte de los operadores jurídicos; además de cubrir vacíos en nuestra legislación sobre otras figuras delictivas que también tutelan la dignidad (delitos de acoso laboral e inmobiliario en España), así como de redefinir el bien jurídico protegido en los delitos conexos con la trata de personas (vinculados con las conductas de proxenetismo), y de asumir dicho bien jurídico también en los delitos vinculados con la explotación de las víctimas (Decreto Legislativo N° 1323), y; iv) dogmáticas, concernientes al respeto al principio de Proporcionalidad de las penas que debe existir, por un lado, entre la sanción impuesta y el bien jurídico protegido, así como entre la pena prevista para el delito de trata de personas y aquellas previstas para otros delitos con la misma gravedad (por ejemplo, homicidio) (Villarroel, 2017, p. 241-242).

Esta investigación es un antecedente, porque actualmente se considera que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es “la dignidad del ser humano”, conforme a la última modificatoria realizada en nuestro Código Penal. En tal sentido, se coincide con el mencionado autor en señalar que desde el punto de vista de los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, así como, la política criminal y dogmática penal, es evidente que el delito de Trata de Personas vulnera la dignidad del ser humano al considerarlo como un objeto que se encuentra sometido a la voluntad de otro, con fines de explotación.

h) Tesis: “Cuidado, ellos te están buscando: campaña de prevención contra la Trata de Personas”.

Autor: Álvaro Gabriel Arce Valdez. Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Licenciado en Comunicación en la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Lima, año 2020. Esta investigación es un trabajo de campo, que consistió en colocar anuncios de ofertas de trabajo simuladas, para determinar cuántas personas podían ser captadas y cuáles eran sus características dentro del ámbito social, cultural, económico, experiencia laboral, etc.; así como, la posibilidad que caigan en

manos de grupos delictivos u organizaciones dedicadas a la Trata de Personas. Se obtuvo los resultados siguientes:

A lo largo de la Etapa de Captación, que duró cuatro días, más de 1000 hombres y mujeres jóvenes se contactaron con el anunciante (nosotros) de la oferta de trabajo, ya sea porque vieron el aviso en el diario, el afiche pegado en la pared o a través de los perfiles falsos creados en redes sociales bajo la fachada de una agencia de trabajos. Un total de 30 personas fueron citados a la falsa agencia de trabajo y se procedió a entrevistarlos, de los cuales 25 aceptaron el trato que les ofreció el supuesto captor. El 50% de los entrevistados tenía como máximo grado de instrucción la secundaria completa, mientras que el 25% declaró contar con educación superior y 17% incompleta. Por otro lado, solo el 33% de los entrevistados tenía hijos o carga familiar. En promedio, los hombres tenían un hijo, mientras que las mujeres tenían dos hijos. En ese momento, además, solo el 21% de los entrevistados se encontraba laborando. Al respecto, el 79% declaró contar con experiencia laboral, siendo este porcentaje considerablemente más alto en los hombres (92%), en comparación al 67% en el caso de las mujeres (Arce, 2020, p. 35).

Se considera que este trabajo de investigación es un indicador actual de cómo los tratantes pueden captar a sus víctimas, no sólo para someterlas a la explotación laboral, sino a cualquier otro tipo de explotación. Asimismo, se determina el grado de vulnerabilidad de las personas que no tienen estudios suficientes o un grado de instrucción que les permita darse cuenta de la situación que enfrentan y pueden ser fácilmente engañados o acceder a una situación fraudulenta que tiene como finalidad alguna forma de explotación.

Desde esta perspectiva, se deduce que lo mismo podría suceder cuando se capta a mujeres, adolescentes o niñas para someterlas a la “explotación reproductiva”, obligándolas a procrear utilizando técnicas de reproducción humana asistida y renunciando a la filiación. Por ejemplo, en los casos de gestación por sustitución comercial o vientre de alquiler, se capta a las

mujeres ofreciéndoles mucho dinero para que desarrollen la gestación (generalmente les ofrecen desde US\$ 20,000 hasta US\$ 60,000 dólares por la gestación de cada niño), pero podrían ser engañadas y luego ser obligadas, sometiéndolas a esta nueva forma denominada “explotación reproductiva”.

Instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección de los Derechos Humanos y el delito de Trata de Personas

Los instrumentos jurídicos internacionales referidos a la protección de los derechos humanos, específicamente de las mujeres, los adolescentes y los niños y con respecto al delito de Trata de Personas que sustentan la presente investigación jurídica son los siguientes:

Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos

Carta de las Naciones Unidas.

Firmada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

Se establecen principios fundamentales de protección a los derechos humanos, señalando en su preámbulo: “(...) reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” (ONU, 1945, p.1). Cabe destacar, este compromiso de los Estados para respetar los derechos fundamentales y sobre todo la dignidad y el valor de la persona humana, que debe prevalecer y ser defendido en todo momento, así como, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

La Carta de la ONU es el marco jurídico que sustenta la emisión de Convenciones, Tratados, Pactos y Protocolos, entre otros instrumentos jurídicos internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Suscrito en Francia, por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948. Se reconocen los derechos fundamentales inherentes al ser humano y sus libertades, que deberán ser incorporados por los Estados en su legislación interna. El preámbulo señala: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (ONU, 1948, p.1). Se destaca el reconocimiento de la dignidad como un derecho intrínseco al ser humano y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4: Nadie estará sometido a la esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas (ONU, 1948, p.2).

El tercer artículo señala el respeto y defensa de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, siendo el principal “el derecho a la vida”, así como, el derecho a la libertad y seguridad.

Es importante destacar, que el cuarto artículo señala de manera categórica que nadie estará sometido a la esclavitud, quedando prohibido en todas sus formas, lo que nos hace pensar en la existencia de diferentes tipos de esclavitud y que se analizará partiendo del concepto básico que veremos más adelante; sin perjuicio de quedar también prohibida la trata de esclavos.

Es indispensable el compromiso que asumen los Estados para incluir en su legislación la expresa prohibición de someter al ser humano a la esclavitud o a la servidumbre, que son las principales formas de explotación, creando políticas públicas para la prevención y sanción.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977, entrando en vigencia el 28 de julio de 1978.

En este Pacto se establece de manera concreta los derechos inherentes al ser humano como es el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad personal, destacando los artículos siguientes:

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8:

Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

Nadie estará sometido a servidumbre

a). Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (ONU, 1976, p.4).

Se destaca el séptimo artículo, porque se establece que los Estados están obligados a prohibir el sometimiento de los seres humanos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; precisando, que en nuestra legislación penal la tortura se tipifica como un delito independiente, pero estas conductas pueden concurrir con el delito de Trata de Personas, siendo utilizados como medios (tipicidad objetiva) por el sujeto activo para someter a la víctima, con la finalidad de explotarla. En el segundo párrafo se señala, que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento; ante lo cual, cabe precisar, que el consentimiento de la persona es indispensable en cualquier acto médico en donde esta última tenga la posibilidad de expresarlo válidamente.

En el artículo octavo se prohíbe la esclavitud y la trata en todas sus formas, así como, la servidumbre y el trabajo forzoso; lo que se considera como

formas de explotación del ser humano y que en nuestra legislación se encuentra tipificado como una finalidad en el delito de Trata de Personas.

Artículo 24.

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (ONU, 1976, p.9).

Este Pacto reconoce el derecho de los niños a las medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado, lo que es indispensable para su normal desarrollo, así como, el derecho al nombre que le proporcionará una identidad. También se reconoce el derecho a la nacionalidad, que forma parte de la identidad cultural de toda persona.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entro en vigor el 03 de enero de 1976. Suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977 y vigente desde el 28 de julio de 1978.

Los Estados se comprometen a asegurar a los hombres y mujeres la igualdad de goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados (artículo 3); garantizando además, el respeto de los derechos fundamentales a los seres humanos en general.

Se reconoce el derecho al trabajo libremente escogido o aceptado, con el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en igualdad tanto para hombres como para mujeres, (artículos 6 y 7)

Lo que se quiere destacar, es que este instrumento jurídico internacional es uno de los primeros que reconoce la protección a los derechos del niño en el artículo 10 inciso 3°, precisando lo siguiente:

Artículo 10.3 Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales queda prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil (ONU, 1976, p. 4).

Se considera importante este artículo, porque se reconoce expresamente que todos los Estados tienen la obligación de proteger a los niños y a los adolescentes contra toda forma de explotación económica y social; lo que incluye también la prevención del delito y la sanción a los tratantes que explotan niños a través de la compra y venta de los mismos, la explotación laboral, sexual, la mendicidad, entre otras formas.

En este artículo también se prohíbe y sanciona la explotación infantil a través de la obligación de trabajar a muy corta edad o someterlos a trabajos que vaya en contra de su integridad física y psicológica. En el Perú los niños y los adolescentes son explotados a través de la compra y venta, en la minería ilegal, obligándolos a la mendicidad, explotándolos sexualmente, siendo estas las formas más frecuentes; y generalmente, los explotadores o tratantes son sus propios familiares o personas de su entorno más cercano, que se aprovechan de su vulnerabilidad o abusan del poder que ejercen sobre ellos, para obtener un beneficio económico.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.

En Palermo, mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU del 15 de noviembre del 2000, se aprueba y queda abierto para la firma de los Estados. El Perú suscribe la Convención y su Protocolo el 14 de diciembre del 2000 y los ratifica el 23 de enero del 2002.

En el Preámbulo del “Protocolo de Palermo” se señala: “(...) que si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas” (ONU, 2004, p.43). Al respecto, es necesario analizar la definición y la estructura del delito de Trata de Personas, en cuanto a su tipicidad objetiva y subjetiva; así como, las disposiciones para prevenir este delito, proteger a las víctimas y sancionar a los tratantes.

Los artículos 2 y 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, son importantes porque se define la finalidad de este instrumento jurídico internacional y se conceptualiza el delito de Trata de Personas, describiendo la conducta típica del sujeto activo.

Artículo 2. Finalidad. Los fines del presente Protocolo son:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines (ONU, Oficina contra la droga y el delito, 2004, p.44).

Es necesario destacar, que una de las finalidades es prevenir y combatir la Trata de Personas, requiriendo especial atención las mujeres y los niños, que se han convertido en las principales víctimas a nivel mundial, teniendo en cuenta, su alto grado de vulnerabilidad a causa de diferentes factores. Otra finalidad importante es que los Estados respeten plenamente los derechos humanos de las víctimas, ya que la Trata de Personas tiene una dimensión transnacional, siendo necesaria la cooperación de la comunidad internacional para la prevención del delito, la protección de las víctimas y la sanción a los tratantes.

Artículo 3. Definiciones. Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá 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 que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años (ONU, Oficina contra la droga y el delito, 2004, p. 44-45).

Lo que establece el Protocolo de Palermo fue incorporado en nuestra legislación penal a través de la Ley 28950, publicada el 16 de enero del

2007; tipificándose el delito de Trata de Personas en el artículo 153° y 153-A° del Código Penal (tipo penal base y sus formas agravadas), siendo modificado por la Ley 30251 del 24 de octubre del 2014. Precisando, que la última modificatoria al Código Penal con respecto al delito de Trata de Personas fue realizada a través de la ley 31146, publicada el 30 de marzo del 2021.

En nuestra legislación se incluyó la definición y estructura del delito de Trata de Personas conforme lo establece el mencionado Protocolo, describiéndose las acciones que realiza el sujeto activo, dolosamente, utilizando determinados medios para someter al sujeto pasivo, con la finalidad de explotarlo.

Con respecto a la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas, el Protocolo de Palermo señala cinco acciones, como son, el “captar”, “transportar”, “trasladar”, “acoger” o “recibir” a personas, de las cuales por lo menos una de ellas debe ser desarrollada por el sujeto activo utilizando los medios descritos en la norma para someter al sujeto pasivo, con fines de explotación. El legislador peruano incluyó una conducta adicional, que es “retener a otro”; lo que se considera pertinente, puesto que, es la acción que realiza el tratante de manera frecuente, sobre todo, cuando utiliza como un medio la privación de la libertad de la víctima.

La Circular emitida por la Fiscalía General del Estado 5/2011 de España del 2011, en el punto II.2 (aclarando el artículo 177 bis del Código Penal) que tipifica el delito de Trata de seres humanos, señala:

El término traslado -como acepción necesariamente diferenciada del propio transporte-, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima (término que con mayor propiedad utiliza la versión del Convenio de Varsovia aceptada por el instrumento de ratificación español BOE 10/9/2009) del mismo modo que la recepción

indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra (Fiscalía General del Estado, Circular 5/2011, 2011, p.17-18).

Compartimos la interpretación que se hace en la citada Circular emitida por el Ministerio Fiscal de España, teniendo en cuenta que no puede entenderse la “acción de trasladar” como sinónimo de la “acción de transportar”, puesto que, en el caso que se produzca la compra y venta de seres humanos, no se estaría incluyendo la conducta del vendedor, quien entrega o traslada el control físico o jurídico que tiene sobre la víctima a cambio de dinero o un beneficio económico, como precio de venta.

Se considera necesario aclarar este punto, porque algunos autores entienden la conducta de “transportar” y “trasladar” como sinónimos, conforme lo señala el autor del libro “Criminalidad Organizada Parte Especial”, precisando: “El traslado comprende toda conducta intermedia o de tránsito en el desplazamiento de la víctima hacia el lugar de destino, entrega o recepción” (Prado, 2016, p.388). En el contexto del delito de Trata de Personas, se considera que la acción de trasladar no es sinónimo de la acción de transportar; entendiendo a la primera, como “trasladar el control físico o jurídico que se ejerce sobre la víctima”, y a la segunda conducta, como el desplazar a la víctima de un lugar a otro.

En cuanto a los medios que utiliza el sujeto activo para someter al sujeto pasivo con fines de explotación, el legislador peruano no incluyó la frase completa que se señala en el artículo tercero, literal a). del Protocolo, referido a : “(...) la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”; lo que se considera una omisión que no debió realizarse, para que se entienda más claramente la tipificación, sobre todo cuando se presenta la situación de compra y venta de seres humanos.

Con respecto a los fines de explotación, el Protocolo de Palermo señala que los Estados deben incluir en su legislación como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos, que fueron incluidos en nuestra legislación penal. Cabe precisar, que el legislador peruano incorporó además como fines de explotación, la venta de niños, niñas y adolescentes, la mendicidad, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como, cualquier otra forma análoga de explotación.

Los incisos b, c y d del artículo 3, materia de análisis, han sido incluidos en la legislación peruana conforme lo señala el Protocolo de Palermo.

La Convención sobre los Derechos del Niño.

Fue abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Suscrito por el Perú y vigente desde el 04 de octubre de 1990.

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: “Como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Unidos por la Infancia, UNICEF, 2006, p. 9).

Es necesario resaltar el citado preámbulo con respecto a lo que expresamente señalaron los Estados en cuanto a la prioritaria protección de los niños desde un punto de vista físico, psicológico y legal, tanto en la etapa de gestación como después de su nacimiento, más aún, cuando el concebido es considerado sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe destacar también, que en la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados reconocen los derechos fundamentales de los niños, entre los

cuales se manifiesta que tienen derecho a la vida y se garantiza su supervivencia y desarrollo (artículo 6). Asimismo, se les reconoce el derecho a tener un nombre desde que nacen, el derecho a la nacionalidad; y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos (artículo 7). En los citados artículos se reconoce el derecho a la identidad de los niños, precisando también, que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, los Estados deberán prestar la asistencia y protección para restablecer su identidad (artículo 8).

Con respecto a la protección de los niños contra la explotación, los Estados se obligan a adoptar medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños al extranjero, para cuyo efecto, promoverán acuerdos bilaterales y multilaterales o la adhesión a los ya existentes (artículo 11.1). Este tipo de conductas se producen, generalmente, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños y la comisión del delito de Trata de Personas que son de carácter transnacional.

En los artículos 32 al 36 los Estados se obligan expresamente a proteger a los niños contra cualquier forma de explotación, precisando, que estará protegido contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que sea peligroso, entorpezca su educación o sea nocivo para su salud física, mental, espiritual, moral o social (artículo 32.1). Se obligan a proteger a los niños contra toda forma de explotación sexual, especialmente, para impedir la incitación o coacción de un niño para que se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, prostitución, en espectáculos o en material pornográfico (artículo 34).

Además, los Estados acuerdan “tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” (artículo 35). Así también, los Estados se obligan a “proteger a los niños contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales a cualquier aspecto de su bienestar” (artículo 36).

Cabe resaltar, que en la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados se obligan expresamente a proteger a los niños contra la explotación laboral, la explotación sexual, la explotación a través de la compra y venta de niños, la privación de la libertad, así como, contra toda forma de explotación; precisando, que en nuestra legislación se ha tipificado la explotación infantil como una finalidad en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal.

Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Aprobado y abierto a la firma por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo del 2000 y en vigor desde el 18 de enero del 2002. Suscrito por el Perú el 01 de noviembre del 2000, ratificado el 06 de octubre del 2001 y vigente desde el 12 de febrero de 2002.

En el preámbulo se señala: “Gravemente preocupados por la importante y creciente trata internacional de menores a los fines de venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía” (UNICEF, 2006, p.41). Esta afirmación nos lleva a reflexionar sobre la creciente comercialización internacional de niños y adolescentes, así como, la obligación prioritaria de los Estados de impedirlo, previniendo el delito de Trata de Personas con fines de compra y venta de menores, sancionando penalmente a los tratantes y protegiendo a las víctimas.

En el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, se define el delito de compra y venta de niños en el artículo 2 y 3 señalando lo siguiente:

Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo:

a). La venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

- b). Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c). Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Artículo 3:

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

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

- i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio un niño con fines de:
 - a). Explotación sexual del niño;
 - b). Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c). Trabajo forzoso del niño;
- ii). Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

b). La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2°;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, explotación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2° (UNICEF, 2006, p. 42-43).

El artículo tercero señala, que en la tipificación de estos delitos también se sancionará la tentativa y el grado de participación de cada individuo, ya sea

como autor, coautor o cómplice (inciso 2). Los Estados deberán establecer disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas, que podrá ser penal, civil o administrativa (inciso 4). Asimismo, los Estados adoptarán las disposiciones pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen conforme a los instrumentos jurídicos internacionales aplicables (inciso 5).

En el artículo segundo se establece la definición de “venta de niños”, entendiéndose como tal, todo acto o transacción en virtud del cual un niño es entregado o transferido por una persona a otra, a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución. Esta definición se desarrolla en el Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, precisando en el fundamento 42, que la venta de niños consta de tres elementos: “a) remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado)” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.13).

El artículo tercero, señala que la venta de niños significa “Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio un niño con fines de explotación sexual, tráfico de órganos o trabajo forzoso”; sin embargo, se considera que la comercialización de un niño constituye, en sí misma, una forma de explotación, porque se trata a los menores como si fueran un objeto o mercancía, vulnerando su dignidad de ser humano. En tal sentido, no es necesario que la comercialización de un menor tenga como finalidad otra forma de explotación, más aún, si se tiene en cuenta lo que señala el citado preámbulo del Protocolo, con respecto a que existe una creciente trata internacional de menores con la finalidad de vender a los niños, introducirlos en la prostitución o utilizarlos en la pornografía.

En nuestra legislación se tipifica la compra y venta de niños como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; advirtiéndose, que no se ha incorporado la definición de venta de niños que establece el Protocolo y que es obligatorio que los Estados lo incorporen en su legislación penal.

En el artículo tercero inciso 1.a.ii) del mencionado Protocolo, se considera que las adopciones ilegales llevadas a cabo en contravención a lo que establecen los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales constituyen una venta de niños o adolescentes. El mencionado precepto normativo concuerda con la Convención Relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Convención de La Haya) al señalar que el consentimiento para entregar a un niño en adopción tiene que ser gratuito; es así que, en el caso de contravenir lo citado y se realice cualquier pago para otorgar este consentimiento, se estaría frente a una venta del menor.

En el Libro Segundo, Título I-A, en el capítulo II del Código Penal denominado “Explotación”, se ha tipificado en un artículo específico la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, la promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, el cliente del adolescente, los beneficios de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, la gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, la pornografía infantil y la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual contra niños, niñas y adolescentes; advirtiéndose, que no se ha desarrollado en un artículo específico “la explotación a través de la compra y venta de niñas, niños y adolescentes”.

La Convención de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Fue llevada a cabo en La Haya el 29 de mayo de 1993, la misma que fue suscrita y ratificada por el Perú.

Lo que se quiere resaltar son los tres principios fundamentales que los Estados reconocen y se obligan a garantizar cuando se lleva a cabo la adopción de un niño, conforme se señala a continuación:

1. El consentimiento para entregar un niño en adopción tiene que ser gratuito, precisando el artículo 4, inciso c.3) lo siguiente: “3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados” (ONU, Convenio Relativo a la protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional, 1993, p. 2-3).
2. El consentimiento de la madre para entregar en adopción a su hijo tiene que otorgarse con posterioridad al nacimiento del niño. (artículo 4, inciso c.4).
3. Se reconoce como madre a la mujer que desarrolló la gestación y el parto hasta el nacimiento del niño (artículo 4, inciso c.4), independientemente de quienes sean las personas que aportaron el material genético.

Los dos primeros principios han sido recogidos en nuestra legislación en el Código de los Niños y Adolescentes; y el tercer principio, se encuentra incorporado en el artículo 409 del Código Civil, referido a que la madre es la mujer que ha dado a luz un niño, “Principio mater semper certa est”.

Estos tres principios rectores que establece la Convención de la Haya es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, teniendo en cuenta, que una forma de explotación infantil se realiza a través de las adopciones ilegales, que constituye una compra y venta de niños y adolescentes a nivel mundial. En tal sentido, si el consentimiento para entregar un niño en adopción no es gratuito, sino a cambio de dinero o algún otro beneficio económico, se estaría consumando la compra y venta del mismo, en violación a las normas nacionales e internacionales que regulan la adopción de menores.

Informe A/HRC/37/60 de la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.

Emitido por el Consejo de Derechos Humanos en la Asamblea General de la ONU, 37° período de sesiones, realizado del 26 de febrero al 23 de marzo de 2018. En el informe se realiza un análisis e interpretación de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, precisando, lo que significa la venta de niños como una finalidad de explotación. El informe concluye, que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños; y por tanto, constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas conforme la legislación de nuestro país.

Convención sobre la Esclavitud.

Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y en vigor el 9 de marzo de 1927. Modificada por el Protocolo aprobado por las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953 y entró en vigor el 7 de julio de 1955.

Artículo 1. A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos (ONU, 1953, p. 1).

La definición internacional de “Esclavitud” establece, que es el estado o condición de un individuo, quien es tratado como si fuera un objeto sobre el cual se ejercita uno o más de los atributos del derecho de propiedad, como son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (según nuestro Código Civil) de esta persona.

Con respecto a la definición de Trata de Esclavos, esta difiere del concepto actual de Trata de Personas que establece el Protocolo de Palermo; pero se advierte, que se tiene la idea principal, que es captar al ser humano a quien denominan esclavo y sobre el cual ejercen los atributos del derecho de la propiedad, con la finalidad de realizar un acto de comercio, que se traduce en la explotación de la persona.

En este contexto, las definiciones mencionadas son importantes para entender a la Esclavitud como una finalidad de explotación del ser humano, que forma parte de la tipicidad subjetiva del delito de Trata de Personas.

Es importante señalar que en el artículo segundo de la Convención establece que los Estados se obligan: a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos; b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas; pudiendo deducir de esta última frase, que también la esclavitud se manifiesta en diferentes formas.

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social, el 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956 y en vigor el 30 de abril de 1957.

SECCION I. -- INSTITUCIONES Y PRACTICAS ANALOGAS A LA ESCLAVITUD.

Artículo 1. Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación (...):

- a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;
- b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:
 - i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
 - ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
 - iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (ONU, 1956, p. 1-2).

Es pertinente citar estas definiciones para conocer el significado de las diferentes formas de explotación del ser humano, teniendo en cuenta, que no se incluyen dentro del tipo penal de Trata de Personas, en nuestra legislación. Al respecto, en el artículo 129-Ñ del Código penal se señala:

Artículo 129-Ñ. Esclavitud y otras formas de explotación.

“El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con

excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

Como se advierte de la citada norma, no se define lo que significa la Esclavitud, ni la Servidumbre, simplemente se menciona como una condición en la que se puede encontrar un ser humano víctima de Trata.

Por tanto, en atención al Principio de Legalidad, se considera importante incluir estas definiciones para lograr una correcta subsunción del hecho fáctico, con el objetivo de lograr una correcta tipificación.

En este contexto, se identifica como formas de explotación del ser humano a la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la comercialización de las mujeres a través del matrimonio forzado y el considerarla como un objeto o mercancía (la entrega de una mujer en matrimonio a cambio de dinero, la venta de una mujer por parte de su cónyuge o familiares, el transferir a una mujer como herencia a otra persona). Así también, otra forma de explotación del ser humano es la venta de niños, que actualmente presenta diferentes modalidades.

Artículo 7. A los efectos de la presente Convención:

- a) La "esclavitud", tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición;
- b) La expresión "persona de condición servil" indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención;
- c) "Trata de esclavos" significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o

cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado (ONU, 1956, p.6)

Se tienen que analizar las definiciones mencionadas en el artículo séptimo de la Convención dentro de un contexto social, político y económico de la época, puesto que, se suscribió en el año 1956; sin embargo, siguen vigentes porque en esencia la idea de “esclavitud” y “trata de esclavos”, es el estado de sometimiento en que se encuentra un ser humano a merced de otro, quien ejerce el dominio, tratándolo como si fuera un objeto y vulnerando su dignidad; resaltando que su principal característica, es el poder ejercer sobre el esclavo los atributos propios del derecho a la propiedad.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y su Protocolo facultativo.

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. Suscrita por el Perú el 29 de mayo de 1985, ratificado el 14 de junio de 1988, vigente el 6 de agosto de 1988.

Artículo 1.1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. (ONU, 1984, p.1).

La tortura conforme lo señala la Convención constituye un delito, el cual se encuentra tipificado en el artículo 321 del Código Penal peruano; precisando, que la definición establece los parámetros de la tipicidad objetiva y subjetiva, teniendo en cuenta, que el autor tiene que ser un funcionario o servidor público, como sujeto activo especial o cualquier otra persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, un médico o cualquier profesional sanitario que cooperara.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo facultativo.

Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General mediante resolución del 18 de diciembre de 1979 y en vigor el 3 de septiembre de 1981. Suscrita por el Perú el 23 de julio de 1981, ratificado el 20 de agosto y vigente el 13 de octubre de 1982.

Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (ONU, 1979, p.1).

Es interesante la definición de "Discriminación contra la mujer" que señala la Convención, estableciendo que denota toda distinción, exclusión o restricción basada en su "condición de mujer", con el objeto de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier esfera de la vida; conducta que se torna frecuente en nuestra sociedad, sobre todo en el ámbito laboral y social, considerándose que también constituye un acto de violencia.

La explotación de las mujeres como principales víctimas en el delito de Trata de Personas a nivel mundial, denota un abuso de poder por parte del tratante quien, generalmente, tiene un accionar delictivo escogiendo específicamente como sujeto pasivo a las mujeres o las adolescentes sobre quienes ejercerá violencia física o psicológica al momento de captarlas o para mantenerlas sometidas a su voluntad (que en algunas ocasiones son personas del propio entorno familiar de la víctima). En este contexto, el tratante aprovecha la vulnerabilidad de la mujer o la adolescente para violentar su derecho fundamental a la dignidad y otros derechos, como se evidencia en la comisión del delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la explotación reproductiva.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Organización de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria del 20 de diciembre de 1993.

Artículo 1. A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso

y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra (ONU, 1993, p. 2-3).

La definición de “violencia contra la mujer” tiene como principal característica que la violencia es ejercida contra una mujer por su condición de tal; ahora esta violencia puede ser física, psicológica, sexual y también puede manifestarse a través de la amenaza, la coacción, la privación de la libertad o utilizando cualquier otro medio para lograr el daño y sufrimiento físico o psicológico.

Es importante subrayar las diferentes formas o actos que abarca la violencia contra la mujer que se describen en el artículo segundo, como son, la trata de mujeres y la violencia relacionada con la explotación de mujeres.

Esta Convención es uno de los pilares en los cuales se sustenta la “explotación reproductiva” que planteamos, como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; teniendo en cuenta, que las víctimas son exclusivamente mujeres, adolescentes o niñas, sobre las cuales el tratante ejerce una crueldad y una violencia extrema, obligándolas a procrear a través del uso de técnicas de reproducción humana asistida y renunciando a la filiación. Luego, los menores son comercializados o sometidos a alguna otra forma de explotación por parte de los tratantes.

Convenio sobre el trabajo forzoso.

Adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión. En vigor desde el 1 de mayo de 1932.

Artículo 2

1. A los efectos del presente Convenio, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo

la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" no comprende:

- a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población;
- e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos (ONU, 1930, p.1-2).

Esta definición es interesante porque se considera trabajo forzoso a la labor o servicio que es exigido bajo la amenaza de una sanción o castigo; podría deducirse también bajo coacción, violencia o algún otro medio utilizado para el sometimiento del ser humano, que limite o anule su libertad; si tenemos en cuenta, que es un derecho escoger libremente el trabajo o labor que cada persona quiere desarrollar.

Se considera importante la citada definición y también el señalar lo que no se considera trabajo forzoso u obligatorio, porque en el delito de Trata de Personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal, se señala como una finalidad de explotación, “cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, (...)”.

Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (2014).

En vigor desde el 09 de noviembre del 2016. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo fue convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, el 28 de mayo de 2014, en su 103ª reunión. En el preámbulo se señala:

Reconociendo que el contexto y las formas del trabajo forzoso u obligatorio han cambiado y que la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio, que puede implicar explotación sexual, suscita una creciente preocupación internacional y que su eliminación efectiva requiere acciones urgentes (ONU, 2014 p. 2).

Es necesario destacar esta cita del preámbulo, porque una de las formas del trabajo forzoso u obligatorio se encuentra vinculado a la explotación sexual; evidenciándose en nuestro país, esta situación en más de una jurisprudencia, en la que se señala casos de explotación laboral y sexual de mujeres quienes desarrollan la actividad de damas de compañía, en bares de la zona de Mazuko, en Madre de Dios.

Cabe citar la Casación emitida por la Corte Suprema el 07 de junio del 2019, que en el décimo argumento expone: “La labor de dama de compañía en el bar antes indicado [...] consiste en la venta de bebidas y acompañar al cliente a beber cerveza en horario nocturno, todos los días, (...) cumpliendo de esta manera la finalidad de explotación laboral y sexual (...)” (Exp. 1876-2018 Madre de Dios, fundamento 10).

En el artículo 1, inciso tercero del Protocolo, se señala lo siguiente:

Artículo 1.3. Se reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio y, por consiguiente, las medidas mencionadas en el presente Protocolo deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio (ONU, 2014, p. 4).

Es pertinente que los Estados se comprometan a luchar contra el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad sea el trabajo forzoso u obligatorio, precisando, que la explotación reproductiva que se plantea, no corresponde a una explotación laboral a través del trabajo forzoso porque la finalidad de explotación es diferente, ya que el objetivo del tratante es la procreación de niños, no que se le brinde un trabajo o servicio determinado; teniendo en cuenta además, que se puede someter a trabajo forzoso a hombres y mujeres, pero en la explotación reproductiva, sólo a estas últimas.

Artículo 4

1. Todo Miembro deberá velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, tengan acceso efectivo a acciones jurídicas y de reparaciones apropiadas y eficaces, tales como una indemnización.
2. Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio (ONU, 2014, p.5).

Es imprescindible que los Estados protejan a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, en el aspecto jurídico y la recuperación de la salud física y psicológica; evaluando las circunstancias y condiciones en las que la víctima haya sido obligada a cometer algún delito de manera directa o indirecta.

Sistemas Regionales de Protección a los Derechos Humanos

Sistema Americano

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Fue adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

En su preámbulo se establece: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional (...)” (Organización de los Estados Americanos OEA, 1969, p. 1)

La Convención Americana en su preámbulo establece como fundamento principal que, todos los Estados reconozcan los atributos de la persona humana, recogiendo también los Derechos Civiles y Políticos, al reconocer el derecho a la vida, el derecho a la integridad de las personas, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, así como, la trata de esclavos y mujeres en todas sus formas. Al respecto, los Estados garantizan el desarrollo de políticas públicas destinadas a eliminar estas formas de explotación.

Asimismo, se reconoce el derecho a la libertad personal, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y otros, que también son reconocidos por instrumentos internacionales en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Pará”.

Adoptado en Belem Do Para, Brasil, el 09 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en vigor desde el

05 de marzo de 1995. Suscrita por el Perú el 12 de julio de 1995, ratificado el 02 de abril de 1996 y vigente desde el 04 de junio del mismo año.

En el preámbulo se señala: “(...) PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” (OEA, 1995, p. 1). Lo que evidencia la preocupación de los Estados por la creciente violencia que existe contra las mujeres a nivel mundial, que significan una ofensa a la dignidad del ser humano, puesto que, tanto hombres como mujeres forman parte de la especie humana.

El segundo párrafo menciona que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de “poder” históricamente desiguales entre hombres y mujeres; lo que nos hace pensar, si esta afirmación es verdadera o en realidad la violencia es una manifestación que se debe a una visión equivocada que se tiene sobre las mujeres, plasmada en costumbres, estereotipos, distribución de roles dentro de una sociedad que se aplican de manera inflexible, intereses económicos, entre otros, que hacen ver a la mujer como una persona vulnerable o simplemente como un objeto, que debe ser sometida a la voluntad de otra persona o un grupo de personas que forman su entorno social.

Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (OEA, 1995, p.3).

Cabe destacar la importancia del artículo primero, en donde se define lo que significa la violencia contra la mujer, precisando, que es la acción o conducta, cuya característica fundamental es que se desarrolla exclusivamente en contra de las mujeres, causándoles la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.

El artículo segundo, nos señala las situaciones concretas en las que se desarrolla esta violencia contra las mujeres, que también comprende violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo o cualquier otro lugar, público o privado. En este contexto, se determina que la “explotación reproductiva” que se plantea como una nueva forma de explotación se vincula a estos conceptos, teniendo en cuenta, que el sujeto pasivo o víctima será siempre una mujer, una adolescente o una niña.

Sistema Europeo.

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

El Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos entro en vigor el 1 de febrero de 2008, precisando, que el Perú no pertenece a este Sistema Regional de Protección a los Derechos Humanos; sin embargo, es interesante analizarlo teniendo en cuenta sus similitudes y diferencias con respecto a lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que fue tomado como antecedente.

Artículo 2 – Campo de aplicación: El presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionada o no con la delincuencia organizada.

Artículo 4 – Definiciones: Para los fines del presente Convenio:

- a). La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b). El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» ante una posible explotación, tal y como se define en el 67 párrafo (a) del presente artículo, se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados en el párrafo (a);
- c). La contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo;
- d). El término «niño» designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad; (...) (Council of Europe, Serie de los Tratados del Consejo de Europa N°197, 2005, p.5).

En el artículo segundo del Convenio de Europa encontramos diferencias con respecto a lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo, en cuanto al ámbito de aplicación, puesto que, en la primera se aplica a todas las formas de Trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionada o no con la delincuencia organizada; sin embargo, en la segunda se aplicará cuando

los delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 4 del Protocolo de Palermo).

Se advierte en el Convenio de Europa y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo, que la definición del delito de Trata de seres humanos y el delito de Trata de Personas es muy similar, si se tiene en cuenta su estructura; precisando en la tipificación, las acciones que dolosamente desarrolla el sujeto activo, utilizando determinados medios para someter al sujeto pasivo, con fines de explotación. En cuanto a los literales b, c y d, son muy similares las disposiciones que se señalan en los dos instrumentos jurídicos internacionales.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y el Consejo.

Emitida el 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la Trata de seres humanos, así como, la protección de las víctimas. En esta directiva se especifica algunas definiciones que establece la Convención del Consejo de Europa sobre la “Lucha contra la Trata de seres humanos” y que es interesante tener en cuenta para realizar una correcta interpretación.

CAPÍTULO II. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ

El delito de Trata de personas se encuentra tipificado en el artículo 129-A y 129-B del Código Penal, tanto el tipo penal base, como las formas agravadas respectivamente, el cual fue incorporado a nuestra legislación siguiendo los parámetros establecidos en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños.

Como sabemos, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo (tratante) desarrolla dolosamente la conducta típica, vale decir, realiza alguna de las acciones descritas en la norma (captar, trasladar, transportar, acoger, recibir o retener a una persona), utilizando alguno de los medios (violencia, amenaza, 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) para someter al sujeto pasivo (víctima), con la finalidad de explotarlo.

Cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, cambia un poco la estructura del delito, consumándose cuando el sujeto activo realiza alguna de las acciones descritas en la norma con la finalidad de explotar al niño o adolescente menor de edad, no siendo necesario que utilice alguno de los medios.

Con respecto al consentimiento que hubiera podido dar la víctima mayor de edad, carece de efectos jurídicos cuando el sujeto activo haya recurrido a cualquiera de los medios descritos en la norma. En este contexto, cabe precisar que, generalmente, el sujeto pasivo otorga su consentimiento al momento de ser captado (lo que se podría producir en la primera etapa de la comisión del delito); sin embargo, ante su desistimiento, el tratante utiliza los medios descritos en la norma para mantenerlo sometido a su voluntad, con la finalidad de explotarlo, con lo cual, carece de efectos jurídicos este consentimiento dado en un primer momento.

El bien jurídico

En nuestro país, por mucho tiempo, el delito de Trata de Personas se mantuvo en el Libro Segundo del Código Penal, denominado “Parte Especial. Delitos”, en el Título IV dentro de los considerados “Delitos contra la libertad”, en el Capítulo I: “Violación de la libertad personal”; es así, que en nuestro ordenamiento penal, se consideraba que el bien jurídico era la libertad personal.

Sin embargo, a través de la ley 31146 (publicada el 30 de marzo del 2021, en el diario oficial “El Peruano”), se modificó el Código Penal creándose el Título I-A “Delitos contra la dignidad humana”, que consta de dos capítulos, el primero denominado “Trata de Personas” y el segundo “Explotación”; tipificándose en éste último, específicamente, la explotación sexual, pornografía infantil, la esclavitud, la servidumbre, la explotación laboral y la explotación a través de la intermediación onerosa de órganos y tejidos. Habiéndose omitido otras finalidades de explotación como son, la compra y venta de niños, niñas y adolescentes y la mendicidad.

Es así, que con la última modificación realizada en nuestra legislación, se considera que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es la “Dignidad Humana”, lo que concuerda con la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia, que también lo consideran así.

En la legislación comparada

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos, señala en el preámbulo lo siguiente:

Preámbulo: Los Estados miembros del Consejo de Europa y el resto de los firmantes del presente Convenio. (...) Considerando que la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano. Considerando que la trata de seres humanos puede conducir a una

situación de esclavitud para las víctimas. (Council of Europe, Serie de Tratados del Consejo de Europa N°197, 2005, p.3).

Efectivamente, conforme lo señala el Consejo de Europa el delito de Trata de seres humanos al igual que el delito de Trata de Personas constituye una violación no sólo de los derechos de la persona, sino fundamentalmente es un atentado contra la dignidad del ser humano, porque el tratante no sólo tiene como objetivo privar de la libertad a la víctima, sino someterla a su voluntad, como si fuera un objeto, con la finalidad de explotarla y obtener con ello un beneficio económico.

Por ejemplo en el Código Penal francés se tipifica el delito de Trata de seres humanos dentro del Libro II “De los crímenes y delitos contra las personas”, en el Título II: “De los atentados contra la persona humana”, Capítulo V, Sección I: “De los delitos que atentan contra la dignidad de las personas”:

Artículo 225-4-1 (introducido por Ley N° 2003-239 de 18 de marzo de 2003, art. 32, Diario Oficial de 19 de marzo de 2003).

La trata de seres humanos es el hecho, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, de reclutar a una persona, transportarla, transferirla, albergarla o acogerla, para ponerla a disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin bien de permitir la comisión contra esta persona de infracciones de proxenetismo, agresión o atentados sexuales, explotación de la mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, bien de obligar a esta persona a cometer cualquier crimen o delito. La trata de seres humanos será castigada con pena de siete años de prisión y multa de 15.000 euros.

Como se observa, en el Código Penal francés el delito de Trata de seres humanos se tipifica dentro “De los delitos que atentan contra la dignidad de las personas”, siendo evidente, que el bien jurídico que se protege es la dignidad del ser humano.

Cabe precisar, que el citado artículo que tipifica el delito de Trata de seres humanos tiene como última modificatoria la realizada en el año 2003 (traducido al español); sin embargo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos entró en vigor el 01 de febrero del 2008, tomando como antecedente los parámetros que establece el Protocolo de Palermo (complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional) para la tipificación del delito de Trata de Personas.

En la Jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, emitido el 10 de septiembre del 2019, en el décimo noveno considerando señala lo siguiente:

19° El bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal. Con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanentes. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona; esto es, no se la respeta por su condición de tal; se la instrumenta como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad. En resumen, el bien jurídico protegido comprende los atributos de la dignidad de la persona; esto es, respeto de su condición intrínseca de persona, inmanencia trascendente, autonomía moral e igualdad (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, fundamento 19).

Es acertado lo que se señala en el Acuerdo Plenario, puesto que, el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es la dignidad del ser humano y no la libertad; precisando, que el tratante utiliza como uno de los medios para someter a la víctima el privarla de su libertad, pero este no es su objetivo, sino el de someterla con la finalidad de explotarla sexualmente,

laboralmente, a través de la comercialización de seres humanos, entre otras formas de explotación, instrumentalizando al ser humano como si fuera un objeto.

Complementando el Acuerdo Plenario, es importante conocer lo que significa la “dignidad del ser humano”, que es definido por el Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia emitida el 21 de julio del 2014:

8. El Tribunal recuerda que la dignidad humana es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico constitucional. Este, en su formulación básica, garantiza que los seres humanos seamos tratados como fines y no como medios. Es decir, garantiza al ser humano frente a toda acción u omisión orientada a cosificarlo o instrumentalizarlo (...) (Exp.05312-2011-PA/TC-Huánuco, 2014, fundamento octavo).

Efectivamente, la dignidad se considera como un valor jurídico intrínseco o inherente al ser humano, entendido también, como el derecho a no ser cosificado o tratado como si fuera un objeto o instrumento, sobre el cual se puede ejercer un cierto dominio o control como cuando se ejercen los atributos que corresponden al derecho de propiedad.

En la doctrina jurídica

En doctrina, también se considera que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas, es la dignidad del ser humano, señalando:

c) Si se asumen las dos consecuencias anteriores, debe aceptarse que el trabajo interpretativo del tipo penal de trata y el proceso de recaudo probatorio en este delito tiene, en primer lugar, que enfocarse no en los medios comisivos co accionantes, violentos, fraudulentos o abusivos, sino en la situación en la que se encuentra o se encontrará próximamente la víctima. Si esta situación supone un proceso de dominio de una persona sobre otra —la cual es tratada de manera

semejante a una cosa—, entonces la conducta de captación, traslado, recepción o acogida de esa persona es una conducta típica de trata. Los medios comisivos antes señalados son solamente herramientas que pueden evidenciar una situación próxima de explotación humana. (Montoya, 2016, p.408-409).

Se tiene la misma apreciación que el citado autor, al señalar, que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es la dignidad del ser humano, puesto que, nos queda claro que el objetivo del tratante es ejercer el dominio sobre la víctima, quien es tratada como un objeto o una cosa destinada a la explotación a través de la comercialización, la explotación sexual, laboral, la mendicidad, el tráfico de órganos, la esclavitud o la servidumbre. Al respecto, es necesario hacer la diferencia con relación a la privación de la libertad, el cual es un “medio” o herramienta que el tratante utiliza para lograr su objetivo, que es ejercer el dominio sobre la víctima con la finalidad de explotarla.

La tipicidad objetiva

El delito de Trata de Personas, en cuanto a la tipicidad objetiva, contiene una estructura que consta de:

- Las acciones que el sujeto activo desarrolla de manera conjunta o sólo una de ellas.
- Los medios que son utilizados por el sujeto activo para someter al sujeto pasivo, con la finalidad de explotarlo.

Las Acciones

La Trata de Personas es considerado como un delito complejo, porque contiene varios verbos rectores o conductas descritas en la norma que el sujeto activo puede realizar de manera conjunta o sólo una de ellas; quien además, usa los medios para someter al sujeto pasivo, con la finalidad de explotarlo, logrando la consumación.

En el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema del Perú se señala en el décimo sexto considerando lo siguiente:

16° Los actos - por lo general- previos están dirigidos a los fines de explotación. Una vez realizados y colocada la víctima en el contexto idóneo para ser explotada, el tratante o el beneficiario de la explotación a la víctima debe garantizar la permanencia y el dominio sobre la persona explotada. Por tanto, deben retenerla y someterla a su servicio. Estas conductas pueden ser concebidas como fases o eslabones, para graficar mejor la tipología del delito – de allí que se le denomine delito proceso -. Dicha progresividad nos puede llevar a los errores de: a) considerar la trata de personas como un delito secuencial conformado por etapas rígidas que siempre deben configurarse de manera completa, y b) que con la configuración de la última etapa – la retención de la víctima – se produzca una cesura para continuar con las conductas de explotación (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 16).

Efectivamente, como lo dice el Acuerdo Plenario, generalmente, los actos o acciones desarrollados por el tratante, utilizando los medios descritos en la norma, están dirigidos a someter a la víctima con fines de explotación. Sin embargo, no siempre se produce esta secuencia, como por ejemplo, en el caso de la compra y venta de seres humanos (finalidad de explotación), en el cual, se puede pactar previamente la entrega o el traslado del control sobre la víctima a cambio de una suma de dinero o cualquier otro beneficio, antes que esto suceda; consumándose el delito recién cuando se produzca la entrega (traslado del control) de la víctima al comprador quien la recibe, no siendo necesario que se llegue a efectuar el pago del precio de venta.

En tal sentido, no se puede considerar la Trata de Personas como un delito con etapas o secuencias rígidas que deben llegar hasta la materialización de la finalidad de explotación.

Captar.

Se define como “atraer a alguien o ganar su voluntad” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 15).

Otra definición es la que señala la Fiscalía General del Estado, en España, con respecto al delito de Trata de seres humanos: “la captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es para ser desplazada o movilizada” (Fiscalía General del Estado, Circular 5/2011, 2011, p. 17).

Al respecto, se considera que el sujeto activo o tratante, generalmente, capta al sujeto pasivo o víctima utilizando algunos de los medios como el engaño o el fraude para lograr convencerla, atraerla o ganar su voluntad y que ingrese a su esfera de dominio; pudiendo utilizar también, la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la privación de la libertad o el pago de una suma de dinero u otros beneficios a la persona que ejerce el control sobre ella. El sujeto activo utiliza los medios descritos para captar a la víctima y mantenerla sometida a su dominio o desarraigarla de su lugar de origen, sustrayéndola de su entorno más cercano, como lo señala la Circular de España antes citada.

En el libro “La trata de personas en el derecho penal. Derecho internacional, comparado y español” la autora señala que: “La captación según la RAE es la acción de atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien. Supone un acto de vencimiento de la voluntad de la víctima para la introducción de la persona traficada en el ámbito del dominio del traficante o explotador” (Hernández, 2014, p.75).

Se considera que, cuando el tratante capta a la víctima, supone un acto de vencimiento de su voluntad, como mencionamos, ya sea de manera voluntaria, convenciéndola y ganando su voluntad o de manera violenta a través de la coacción, la amenaza, la privación de la libertad o el abuso de poder entre otros medios descritos. Es así, que el tratante logra su objetivo

de captar a la víctima, cuando ejerce el dominio sobre ella, quien ingresa dentro de su esfera de control y es sometida a su voluntad.

Cabe precisar, que no siempre la víctima es desarraigada de su lugar de origen, teniendo en cuenta, que en algunas oportunidades el tratante es un familiar o una persona de su entorno.

Es importante tener en cuenta, que es diferente captar a una persona adulta que hacerlo con respecto a un niño, una niña o un adolescente, puesto que, como sabemos estos últimos se encuentran bajo el ámbito de control y protección de sus padres o tutores; precisando, que en estos casos, se consuma el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo capta al menor y lo sustrae de este ámbito de control y protección para ingresarlo y mantenerlo bajo su dominio, con fines de explotación, no siendo necesario el uso de alguno de los medios descritos en la norma.

El tratante al dirigirse directamente al menor de edad para captarlo, lo que hace es tratar de sustraerlo del ámbito de control y protección de sus padres o tutores, generalmente, desarraigándolo de su lugar de origen o su entorno más cercano, ya sea convenciéndolo y ganando su confianza o de manera violenta; pudiendo utilizar también alguno de los medios descritos en la norma, como la privación de la libertad, la amenaza, otras formas de coacción, abusando de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño o adolescente (sobre todo cuando se trata de niños muy pequeños que dependen de un adulto para realizar sus necesidades básicas), mediante el abuso de poder o mediante el pago de una suma de dinero u otros beneficios.

Cuando el sujeto activo capta a un niño o un adolescente, convenciéndolo para que abandone su hogar familiar, se puede producir un concurso aparente de leyes entre el delito de Trata de Personas y el delito de Inducción a la fuga de un menor (artículo 148 del Código Penal): “El que induce a un menor de edad a que se fugue de la casa de sus padres o la de su tutor o persona encargada de su custodia, será reprimido con pena

privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio a la comunidad (...). Sin embargo, aplicando el Principio de Consunción, el delito de Trata de Personas absorbe al delito antes mencionado.

Es interesante el trabajo de campo que se desarrolla en la tesis “Cuidado, ellos te están buscando: campaña de prevención contra la trata de personas”, porque se plasma de manera real cómo se puede captar personas a través de la falsa oferta de empleo, utilizando para ello las redes sociales, así como, anuncios publicitarios colocados en la vía pública y lugares de alto tránsito de personas. Precizando el autor, lo siguiente: “La etapa impacto consistió en un video resumen que mostró la facilidad con que las personas vulnerables caen en estos tipos de mensajes” (Arce, 2020, p.30).

Es una visión de la realidad, que nos muestra la facilidad con la que en nuestro país se captan a las personas que son víctimas del delito de Trata de Personas, lo cual, nos debe llevar a analizar y desarrollar una estrategia idónea para impedirlo, diseñando políticas públicas adecuadas para ser implementadas en nuestro país.

Asimismo, el autor de la tesis señala: “En la Etapa de Captación, que duró cuatro días, más de 1000 hombres y mujeres jóvenes se contactaron con el anunciante (nosotros) de la oferta de trabajo (...). Un total de 30 personas fueron citados a la falsa agencia de trabajo y se procedió a entrevistarlos, de los cuales 25 aceptaron el trato que les ofreció el supuesto captor” (Arce, 2020, p.35).

Se considera que este trabajo de campo resulta ser un indicador real de la forma en que se captan a las víctimas en el delito de Trata de Personas, que no sólo pueden ser destinadas a la explotación laboral como se muestra en la mencionada tesis, sino también, a una diversidad de formas de explotación, como en el caso de la explotación reproductiva, que se plantea.

Trasladar.

En el Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, número A/HRC/37/60, se señala que la acción de “trasladar” es uno de los tres elementos que definen la “venta de niños”, constituyendo ésta una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas y que tiene como fundamento jurídico al Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Segundo elemento: el traslado del niño (traslado)

44. El traslado de un niño puede ser de carácter jurídico o físico. El traslado jurídico del niño comportaría el traslado de la patria potestad o la responsabilidad paterna. El traslado físico sería el acto de entrega física de un niño por una persona o un grupo de personas a otra persona o grupo de personas. Para el traslado físico de un niño no hace falta el traslado jurídico. El concepto de venta de niños no obliga a que quien realiza el traslado tenga la patria potestad o la responsabilidad parental legal. Un traficante vende ilícitamente un niño en virtud de su traslado físico a cambio 190 de “remuneración o cualquier otra retribución”, incluso aunque el control que ejerce sobre el niño sea ilegal” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p. 14)

Como lo establece el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la acción de trasladar se define como el ceder o entregar el control físico o jurídico de una persona a otra. Es así, que la acción de trasladar se entiende desde un punto de vista fáctico, como la entrega física de una persona a otra, mientras que el traslado jurídico se define como el entregar o ceder el control que legalmente se ejerce sobre una persona a otra, como por ejemplo, el ceder el ejercicio de la patria potestad.

Esta acción de trasladar o entregar el control que se ejerce sobre el sujeto pasivo o víctima, generalmente, es utilizada por los tratantes cuando la finalidad de explotación es la venta de seres humanos, teniendo en cuenta, que la acción que realiza el vendedor es el traslado o entrega del control que

tiene sobre la víctima al comprador, quien la recibe a cambio de un precio, consumándose el delito de Trata de Personas.

Otra definición es la que señala la Circular 5/2011 del Ministerio Fiscal de España, interpretando lo que establece el Protocolo de Palermo:

El término traslado como acepción necesariamente diferenciada del propio transporte, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima (término que con mayor propiedad utiliza la versión del Convenio de Varsovia aceptada por el Instrumento de ratificación español BOE 10/9/2009) del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra (Ministerio Fiscal de España, Circular 5/2011, 2011, p. 17-18).

Efectivamente, dentro del contexto del delito de Trata de Personas, la “acción de trasladar” significa la entrega, cambio, cesión o transferencia del control físico o jurídico que ejerce una persona sobre la víctima a otra persona o grupo; no debiendo dársele un sentido literal al verbo, porque se podría confundir con la acción de transportar, que es el desplazar a la víctima de un lugar a otro.

Por ejemplo, en la legislación de México, se tipifica el delito de Trata de Personas en el artículo 188 bis del Código Penal, (adicionado, G.O. 16 de agosto de 2007) del Distrito Federal, publicado el 16 de julio de 2002 (Última reforma publicada el 31/12/ 2018), señalando:

CAPÍTULO IV TRATA DE PERSONAS (reformado el 20 de enero de 2011) ARTÍCULO 188 BIS. Al que promueva, facilite, solicite, ofrezca, consiga, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero a una

persona para someterla a explotación sexual, a la esclavitud o prácticas análogas, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro del territorio del Distrito Federal, se le impondrá prisión de 10 a 15 años y de 10 mil a 15 mil días multa.

Cuando la víctima del delito sea persona menor de 18 años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o persona que no tiene capacidad de resistir la conducta, se aumentarán las penas hasta en una mitad. (Código Penal del Distrito Federal, 2018, p.72)

Como se puede advertir, en el Código Penal del Distrito Federal de México, el legislador tipifica el delito de Trata de Personas señalando entre los verbos rectores o acciones que debe desarrollar el sujeto activo, la acción de “entregar” que significa la cesión o transferencia de la víctima (entrega física o jurídica); y se utiliza el verbo “trasladar” con el significado de transportar, vale decir, desplazar a la víctima de un lugar a otro. Asimismo, se elimina el verbo “transportar” que se menciona en el Protocolo de Palermo, para no confundir ambas acciones, lo que se considera una interpretación más clara de las acciones o verbos y una mejor tipificación del delito.

Transportar.

La acción de transportar, se define como el desplazar a la víctima de un lugar a otro. Dentro del contexto del delito de Trata de Personas se considera que el sujeto activo realiza esta conducta cuando desplaza al sujeto pasivo desde su lugar de origen al lugar de destino final, donde se le someterá a la explotación en cualquiera de sus formas, (generalmente después de haberlo captado). Este desplazamiento también se puede realizar por etapas, desde el lugar de origen del sujeto pasivo hasta algún lugar temporal o de tránsito, donde permanecerá por un tiempo y luego continuará el camino hasta el destino final donde será explotado.

Para transportar a la víctima, generalmente, los tratantes buscan rutas alternas a las oficiales, para evitar el control policial en las carreteras, sobre

todo cuando la víctima es un niño o un adolescente y evidentemente no tienen la autorización de los padres o tutores.

Acoger.

La definición que brinda la Corte Suprema del Perú es: “e). Acoger, que supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 15). Y como lo dice la doctrina: “Acoger, según la RAE significa admitir, refugiar, proteger o amparar” (Hernández, 2014, p. 78).

En el delito de Trata de Personas, la acción de acoger se realiza cuando el sujeto activo lleva al sujeto pasivo de un lugar a otro para ocultarlo hasta llegar al destino final donde será explotado, por eso, este lugar donde es acogida la víctima es de carácter temporal o de tránsito, donde se le brinda un ambiente físico para ampararla, admitirla o refugiarla.

Acoger, recibir y alojar refieren las conductas de quienes —ya sea con carácter provisional o definitivo aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.

En definitiva, el artículo 177 bis CP recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación (Fiscalía General del Estado, Circular 5/2011, 2011, p.18).

En la citada Circular de España, las conductas de acoger, recibir y alojar, significan dar posada a la víctima de trata en un lugar distinto al lugar donde será explotada. Sin embargo, es evidente que dentro del contexto del tipo penal de Trata de Personas tiene que diferenciarse las conductas de acoger y recibir a la víctima, señalando la doctrina lo siguiente:

(...) se considera que la única distinción existente en estos casos hace referencia al ámbito temporal, es decir, se interpreta que “acoger” hace referencia a una conducta más duradera que el mero “recibir” que se podría identificar con recoger aquello que es enviado, cuando acoger,

según la RAE implica admitir a una persona en casa, darle refugio o albergue (Villacampa, 2011: 421; Pomares, 2011: 9). (...) (Hernández, 2014, p. 76).

Se considera que la diferencia de ambas conductas es que la acción de “acoger” que realiza el sujeto activo implica mantener temporalmente a la víctima en un lugar distinto al destino final donde será explotada; sin embargo, la acción de “recibir” se desarrolla en un sólo acto instantáneo y no se mantiene en el tiempo como es el caso de acoger.

Recibir.

El significado de la acción de recibir, dentro del contexto del delito de Trata de Personas, se entiende como la contrapartida de la acción de entregar o trasladar el control físico o jurídico que se tiene sobre la víctima. En este caso, el sujeto activo puede “recibir” al sujeto pasivo de la persona que ejerce el control físico o jurídico sobre él y entregarlo a un tercero, quien lo recibe para explotarlo. Por ejemplo, en el caso de la compra y venta de un niño, el padre o la madre que vende a su hijo menor de edad lo entrega al tratante o sujeto activo del delito, quien lo “recibe” a cambio del pago de una suma de dinero a alguno de los progenitores, momento en que se consuma el delito.

Como se mencionó, la acción de acoger se diferencia de la acción de recibir, porque esta última, es de carácter instantáneo y ocurre cuando se traslada el control que una persona ejerce sobre la víctima a otra persona o grupo de personas.

Retener.

La Corte Suprema del Perú, lo define señalando: “e). Retener, que denota impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad.” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 15°).

Efectivamente, se considera que el sujeto activo del delito de Trata de Personas realiza la acción de retener cuando impide u obstaculiza que el sujeto pasivo se retire de un lugar al cual fue desplazado y se encuentra sometido a su voluntad. Esta acción de retener se produce para mantener el estado de sometimiento de la víctima con la finalidad de explotarlo, entendiéndose como una conducta frecuente en el desarrollo de este delito.

Cabe precisar, que esta acción de retener fue una innovación del legislador peruano, porque en el Protocolo de Palermo no se incluye esta conducta.

Los Medios

Se considera útil clasificar los medios que usa el sujeto activo para someter al sujeto pasivo, agrupándolos de la siguiente manera:

Violencia, amenaza u otras formas de coacción.

En la doctrina se menciona una clasificación didáctica con relación a los medios, que se señala a continuación:

Con estos medios comisivos se reflejan, en palabras de Villacampa Estiarte, las tres clases de trata, siendo estas, la “trata forzada”, “trata fraudulenta” y “trata abusiva” a través de las cuales podemos describir cada uno de los medios comisivos. En primer lugar, con “trata forzada” se hace referencia a la que implica el empleo de la violencia o la intimidación, entendiendo violencia como la ejercida físicamente sobre la víctima que sea menester a los efectos de doblegar la voluntad de la misma; (Hernández, 2014, p. 80).

De acuerdo a la clasificación citada, la trata forzada corresponde a la violencia que utiliza el tratante contra la víctima, considerándose que el término violencia es entendido como la fuerza física o agresión psicológica que se ejerce sobre la víctima, generándole un daño que se puede materializar en lesiones físicas corporales hasta ocasionarle la muerte u ocasionarle un daño psicológico severo; conducta que, evidentemente, se

lleva a cabo con el objetivo de doblegar su voluntad y con la finalidad de explotarla, coincidiendo con la posición de la citada autora.

La Corte Suprema del Perú, define la amenaza señalando:

b) la amenaza considerada como el anuncio de un mal suficiente, de acuerdo con el grado de vulnerabilidad de la víctima, para vencer su voluntad. (...) Basta que sea suficiente para quebrantar la voluntad de la víctima. Su determinación debe realizarse en función del perfil de la víctima, sobre todo la edad, grado de instrucción, situación económica, psicológica o social (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17).

Efectivamente, la amenaza consiste en un anuncio de un mal suficiente que se puede proyectar sobre la víctima o sobre una persona cercana a ella, con el objetivo de condicionar su conducta o quebrantar su voluntad. El sujeto activo, en el delito de Trata de Personas, desarrolla esta conducta teniendo en cuenta el perfil del sujeto pasivo para lograr que la amenaza sea verosímil, creando una situación de temor ante un peligro inminente, proyectándose a someterla a su voluntad, con la finalidad de explotarla.

En cuanto a otras formas de coacción, La Corte Suprema del Perú señala: “c) por otras formas de coacción debe entenderse cualquier otra manera de torcer la voluntad de la víctima sin que necesariamente tenga la intensidad de la amenaza – una acreencia por ejemplo-;”(Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17°).

Cabe precisar, que la coacción es un delito en nuestro país, tipificado en el artículo 151 del Código Penal: “El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.” En este contexto, se describe el tipo penal definiendo la coacción como la acción de obligar a otro a “hacer lo que la ley no manda o impedirle hacer lo que ella no prohíbe”.

En el delito de Trata de Personas, las otras formas de coacción se materializan cuando el sujeto activo obliga al sujeto pasivo a realizar una conducta en contra de su voluntad, sin que tenga necesariamente la intensidad de la amenaza como se señala en el citado Acuerdo Plenario. En este contexto, se interpreta que existe un concurso aparente de leyes, precisando, que el delito de Trata de Personas absorbe al delito de coacción, aplicándose el Principio de Consunción.

Privación de la libertad.

La Corte Suprema lo define: “d) la privación de la libertad; vale decir, el limitar la capacidad de desplazamiento de la víctima, mediante el encierro o sujeción física;” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17°).

Cuando se habla de privación de la libertad, evidentemente evocamos la figura delictiva del Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal: “Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años, el que sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.”

En la Trata de Personas, el sujeto activo tiene que realizar alguna de las “conductas típicas o acciones”, utilizando como un “medio” la privación de la libertad, con el objetivo de someter al sujeto pasivo a su voluntad, con fines de explotación; momento en que se consuma el delito. En este contexto, se considera que la privación de la libertad forma parte de la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas, por tanto, absorbe al delito de Secuestro (concurso aparente de leyes); teniendo en cuenta además, que el bien jurídico es distinto, en el primero es la dignidad del ser humano y en el segundo es la libertad personal.

En otras legislaciones tipifican el delito de Trata de Personas, estableciendo, como uno de los medios comisivos el Secuestro:

Es importante precisar que respecto a los textos internacionales existe alguna variación en la regulación española, así por ejemplo, el Convenio de Varsovia de 2005 establece como medios comisivos la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación (...) (Hernández, 2014, p. 80).

Como lo señala la citada autora, en el Convenio de Varsovia del 2005 se establece como uno de los medios comisivos al “Secuestro”, refiriéndose evidentemente, a la privación de la libertad del sujeto pasivo para que el sujeto activo logre mantenerlo sometido bajo su voluntad, con fines de explotación.

Cabe precisar, que no es necesario que el sujeto activo utilice algún medio comisivo para que se consume el delito de Trata de Personas, cuando el sujeto pasivo sea un niño o un adolescente; sin embargo, es frecuente que se utilice este medio para lograr sustraer al menor del ámbito de protección y control de sus padres o tutores, interpretándose de una manera más amplia el derecho a la libertad, no restringiéndose sólo a la libertad de tránsito, sino además, se hace extensivo al vínculo de dependencia física y jurídica que tienen con sus progenitores o la persona a cargo de ellos.

Fraude o engaño.

La Corte Suprema lo define, señalando: “e) el fraude; esto es, la maniobra o ardid destinado a crear o mantener una idea falsa en la víctima; f) el engaño o falta a la verdad por parte del sujeto activo, a través de un dicho. Es la consecuencia normalmente de una maniobra fraudulenta” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17°).

Con respecto al fraude, el sujeto activo crea una situación falsa para que el sujeto pasivo tenga una falsa percepción de la realidad y de esta manera lograr captarlo o que brinde su consentimiento (evidentemente viciado) para mantenerlo engañado; y así, someterlo a su voluntad, con fines de explotación. Con respecto al engaño, es cuando el sujeto activo falta a la verdad o le miente al sujeto pasivo con la finalidad de captarlo con fines de explotación.

En la doctrina se señala: “(...) con “trata fraudulenta” hacemos referencia a aquella llevada a cabo mediante el empleo del engaño en el sentido de maquinar un ardid que sirva para que la víctima acepte o consienta viciadamente padecer una situación de inexorable sometimiento del que difícilmente puede escapar (Pérez, 2008: 329)”. (Hernández, 2014, p. 80)

Como lo señala la autora, a través de la trata fraudulenta, el sujeto pasivo brinda su consentimiento (viciado) ante una situación falsa que le presenta el sujeto activo o tratante, para lograr captarlo con la finalidad de explotarlo; precisando, que cuando se descubre este engaño o la situación fraudulenta, el tratante utiliza otros medios comisivos como la violencia, la amenaza, la privación de la libertad u otras formas de coacción, para retener a la víctima y prolongar este estado de sometimiento.

Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

Se define como: “g) el abuso de poder, considerado como el aprovechamiento de una posición superior para influir sobre la voluntad de la víctima;” (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17°).

El abuso de poder, efectivamente, es el aprovechamiento por parte del sujeto activo de una posición de superioridad frente al sujeto pasivo o víctima, que va a determinar su decisión o conducta de sometimiento; precisando, que esta es una situación o vinculación que existe entre ambos de manera antelada, que puede tener un origen en el parentesco, en una relación jurídica, educativa, laboral o simplemente fáctica.

Como se mencionó, cuando el sujeto pasivo es un niño o un adolescente, basta que el sujeto activo realice alguna de las acciones descritas en la norma con una finalidad de explotación, para que se consume el delito de Trata de Personas; sin embargo, este medio comisivo es muy utilizado por los tratantes con respecto a los menores de edad.

En este contexto, se advierte que muchas veces los tratantes resultan ser los progenitores de las víctimas, quienes ejercen un abuso de autoridad, por ejemplo, cuando realizan la compra y venta de sus propios hijos; o cuando, las adolescentes son desarraigadas de su lugar de origen por sus familiares y llevadas a laborar en bares, donde son generalmente explotadas sexualmente.

Con respecto al abuso de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos, lo define señalando en el Artículo 2.2: “Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable, excepto someterse al abuso” (Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2011/36/UE, 2011, p. 6).

Efectivamente, se considera que existe una situación de vulnerabilidad cuando una persona se encuentra en un estado de fragilidad y susceptible a ser dañado por otra, no pudiéndose defender, o ante una dificultad que no puede superar por sí mismo; razón por la cual, no tiene otra alternativa real, que someterse al abuso que ejerce sobre él el tratante.

Así también, la Corte Suprema del Perú lo define de la siguiente manera:

h) el abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, entendida como el aprovechamiento por parte del sujeto activo de cualquier condición en la que se encuentre la víctima y que la lleve a pensar que no tiene otra opción que el sometimiento al tratante. Este medio fue incorporado en el Protocolo de Palermo con la finalidad de abarcar

situaciones en las que el sometimiento de la voluntad de la víctima o su mantenimiento, en aparentes condiciones de libertad, son más sutiles o poco perceptibles. (...) Las situaciones de vulnerabilidad son diversas y pueden concurrir en la víctima, como la edad – jóvenes o ancianos -, el estado físico, el grado de instrucción, la dependencia económica, psicológica o laboral, dependencia a las drogas; aislamiento social o geográfico, situación irregular en el país, etc. (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 17°).

Se considera que existen diferentes situaciones de vulnerabilidad que pueden concurrir en la víctima, que no le permite evadir esta dependencia que se genera con el tratante, que generalmente, es anterior al hecho delictivo en sí mismo; por tanto, cuando este último detecta este grado de fragilidad o vulnerabilidad, lo aprovecha de una manera abusiva para someter a la víctima con fines de explotación.

Concesión o recepción de pagos o de cualquier otro beneficio.

En la comisión del delito de Trata de Personas este es un medio comisivo que se emplea en la compra y venta de seres humanos, precisando, que el sujeto activo (vendedor) traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre el sujeto pasivo y el sujeto activo (comprador) lo recibe a cambio del pago de una suma de dinero o cualquier otro beneficio.

Al respecto, el Protocolo de Palermo suscrito en el año 2000, señala lo siguiente: “Artículo 3.- (...) o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos del año 2005, señala:

Artículo 4 - Definiciones Para los fines del presente Convenio:

a). La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas

mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptor, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación (...) (Council of Europe, Serie de Tratados del Consejo de Europa N°197, 2005, p.5).

Tanto el Protocolo de Palermo como en el Convenio del Consejo de Europa, señalan claramente que “la concesión o recepción de pagos o beneficios” o “la oferta o la aceptación de pagos o ventajas”, respectivamente, es para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, lo que tipifica mucho mejor este delito, sobre todo con respecto a la venta de seres humanos. Sin embargo, en nuestra legislación, en este punto se señala como medio comisivo “la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio”; omitiéndose la frase completa que señala el Protocolo de Palermo.

Los pagos o beneficios que refiere la norma pueden ser dinero u otros bienes muebles o inmuebles o cualquier situación que resulte ventajosa para el tratante.

La tipicidad subjetiva

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia definen a la Trata de Personas como un delito de tendencia interna trascendente, señalando:

20. La Trata de Personas es un delito doloso y de tendencia interna trascendente – delito de intención -, pues para su concreción a nivel del tipo subjetivo se exige tanto el conocimiento potencial de los elementos del tipo objetivo como un elemento subjetivo distinto al dolo: el fin de explotación en cualquier modalidad (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, 2019, considerando 20).

Como se menciona en el citado Acuerdo Plenario, la Trata de Personas es un delito de intención, puesto que, no es necesario que se concrete o se lleve a cabo la finalidad de explotación; basta que el sujeto activo, dolosamente, desarrolle una de las acciones descritas en la norma, utilizando alguno de los medios para someter al sujeto pasivo a su voluntad con la finalidad de explotarlo, para que se consume.

El dolo

El delito de Trata de Personas es un delito doloso, teniendo en cuenta, que el sujeto activo actúa con el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo la conducta típica descrita en la norma y asumiendo el resultado previsto o planificado.

Con respecto al dolo, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia señalan que el delito de Trata de Personas puede ser cometido con dolo directo o con dolo eventual.

Los fines de explotación

Los países miembros de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional están obligados a incluir en su legislación penal, (conforme al artículo tercero del Protocolo de Palermo) la tipificación del delito de Trata de Personas, en el cual se deberá incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El legislador peruano incorporó en el delito de Trata de Personas una fórmula abierta con respecto a los fines de explotación, precisando en el artículo 129-A inciso 2 del Código Penal lo siguiente: “Los fines de explotación de la Trata de Personas **comprende, entre otros (...)**” y al final

del mismo párrafo señala: “así como cualquier otra forma análoga de explotación.

Es importante que se haya legislado pensando en la posibilidad de poder incluir otras formas de explotación que actualmente no se encuentran en este artículo y que se plantea en la presente investigación jurídica. Al respecto, se analizará las diferentes formas de explotación y esta nueva finalidad en el delito de Trata de Personas, denominada “explotación reproductiva”.

Los fines de explotación tipificados en el delito de Trata de Personas son:

La venta de niños, niñas y adolescentes.

La venta de niños, niñas y adolescentes es una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas que tiene formas encubiertas de presentarse, como lo es a través de la gestación por sustitución comercial y las adopciones ilegales; así como, se presenta de forma directa y manifiesta, mediante la entrega de niños y adolescentes a cambio del pago de un precio de venta (dinero u otro beneficio), pero además, en muchos casos esta venta se realiza también para utilizarlos en otras formas de explotación.

La Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, suscrito y ratificado por el Perú, establecen que los Estados parte, están obligados a incorporar en su legislación interna la venta de niños; precisando la definición, en el artículo segundo, literal a) del mencionado Protocolo.

Esta definición es clara al señalar, que la venta de un niño o un adolescente, es todo acto o transacción a través del cual se traslada el control físico o jurídico que una persona ejerce sobre la víctima a otra persona a cambio de un pago, que constituye el precio de venta; el cual, puede ser una remuneración, cualquier retribución o beneficio. Cabe resaltar, que este concepto no ha sido incorporado en el delito de Trata de Personas, el cual

incluye la venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación (artículo 129-A del Código Penal).

El informe A/HRC/37/60 de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2018) se desarrolló en base a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo; el cual precisa, en su fundamento 42, que la definición de venta de niños consta de tres elementos que son indispensables para que se configure este ilícito.

El primero es el “**pago**”, que puede ser una remuneración o cualquier retribución en dinero o algún otro bien mueble o inmueble; este es evidentemente el precio de venta que pagará el comprador al vendedor, ambos en calidad de sujeto activo del delito.

El referido Informe de la ONU precisa: 43. (...) “En vista de que toda promesa de un futuro pago constituye cualquier otra retribución, el elemento queda establecido antes de que se efectúen los pagos” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.13). En tal sentido, lo importante es que se pacte un precio de venta entre el sujeto activo vendedor y comprador, aunque no se llegue a concretar realmente el pago o se realice parcialmente.

El segundo elemento es “**el traslado del control**” que una persona ejerce sobre el niño o el adolescente a otra persona o grupo de personas; esta conducta se puede realizar a través de la entrega física o jurídica del menor, entendiéndose esta última, cuando existe alguna vinculación jurídica (puede ser por tener algún parentesco, es el tutor, apoderado, entre otros), cuyo control se traslada del vendedor al comprador a través de algún Proceso Judicial o trámite administrativo ilegal, que encubre la venta.

El tercer elemento es “**el intercambio**”, que se realiza entre el pago del precio de venta y la entrega del control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor de edad. Este intercambio es lo que caracteriza la venta, puesto que, el sujeto activo del delito (vendedor y comprador) trata como un objeto

o una mercancía al menor de edad, vulnerando su dignidad de ser humano al comercializarlo.

En el Perú, se decidió legislar la venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; por tanto, al formar parte de la tipicidad subjetiva, no es necesario que se concrete todo lo pactado entre el vendedor y el comprador.

El delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la venta de niños, niñas o adolescentes, se consuma cuando el sujeto activo (vendedor) traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre el menor al sujeto activo (comprador) y éste lo recibe a su satisfacción; no siendo necesario que se concrete la entrega del precio de venta. Como se explicó, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, sólo es necesario que el sujeto activo desarrolle alguna de las acciones típicas descritas en la norma con fines de explotación para que se consume el delito, sin necesidad de utilizar los medios comisivos como concretar el pago (es suficiente con que se pacte).

Con respecto a las formas encubiertas de venta de niños, niñas y adolescentes tenemos principalmente las siguientes:

a). La gestación por sustitución comercial. También denominada: “vientre de alquiler”, “cesión de útero”, “útero subrogado”, “maternidad subrogada”, etc., que en términos generales, consiste en que una persona o pareja (aspirantes a progenitores) pactan con una mujer, para que ella se someta a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, desarrolle la gestación hasta el nacimiento del niño y lo entrega o traslada el control físico y jurídico a la persona o personas aspirantes a progenitor, quienes lo reciben a cambio del pago de una suma de dinero, cualquier otra retribución o beneficio.

El Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU lo define, señalando: 38. (...) “De ahí que exista gestación por sustitución de carácter

comercial cuando la madre de alquiler convenga en prestar servicios de gestación y/o en trasladar jurídica y físicamente al niño a cambio de una remuneración o una retribución de otro tipo.” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.12-13).

Como se señala en el citado informe, la gestación por sustitución es un acto o transacción comercial a través del cual, la mujer que desarrolló la gestación por sustitución traslada el control físico y jurídico que ejerce sobre el niño al aspirante a progenitor de manera voluntaria, siempre y cuando le paguen una suma de dinero o alguna retribución o beneficio pactado, renunciando a la filiación con respecto al menor, porque no se considera la madre del mismo.

Se señala también: “41. La gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.13)

Efectivamente, se considera que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños encubierta; tipificándose en nuestro país como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. Cabe precisar, que la gestación por sustitución comercial es un acto o transacción que reúne los tres elementos de la definición de venta de niños que se señala en el Protocolo facultativo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño y como se mencionó son: a) La remuneración, b) El traslado del control que se ejerce sobre el niño, y c) El intercambio que se produce entre la entrega del menor y el pago (precio de venta).

En el caso de la gestación por sustitución comercial, se consuma el delito de Trata de Personas, cuando la mujer que desarrolló la gestación por sustitución (sometiéndose a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida para concebir y desarrolló la gestación hasta el nacimiento del niño) traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre el niño al aspirante a progenitor (con quien pactó la transacción comercial) quien lo recibe a su

satisfacción, habiéndose pactado a cambio el pago de una suma de dinero, que puede ser una remuneración o cualquier otra retribución. Generalmente, se encubre el pago o precio de venta del menor, dándole otras denominaciones como: “lucro cesante”, “contraprestación por la cesión del útero”, “subvención por gastos”, “ayuda económica”, “donativo”, etc.

Como se menciona, se consuma el delito de Trata de Personas cuando la mujer que desarrolla la gestación por sustitución comercial y el aspirante a progenitor (sujeto activo vendedor y comprador), realizan la conducta típica, vale decir, “el traslado del control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor”, quien es “recibido” por el aspirante a progenitor; sin ser necesario que se concrete el pago de dinero pactado, es suficiente con el pacto o la promesa de pago.

En materia penal se verifica si la conducta desarrollada por el sujeto activo se subsume en el tipo penal, siendo intrascendente quiénes proporcionaron el material genético, teniendo en cuenta lo siguiente:

58. Algunos sostienen que un aspirante a progenitor no puede comprar a “su propio” hijo. Sin embargo, como mínimo paga por la exclusividad a fin de no tener que compartir con la madre de alquiler la patria potestad y la responsabilidad paterna. Para conseguir esta exclusividad, el aspirante o aspirantes a progenitor pagan a la madre de alquiler con el objeto de que ceda y traslade la patria potestad y la responsabilidad paterna y de que traslade físicamente al niño (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.16)

En los casos que el aspirante a progenitor aportó el material genético (padre biológico), paga a la mujer que desarrolló la gestación por sustitución comercial (quien es la madre legal del menor), para que ella realice el traslado del control físico y jurídico del niño a favor de él y su pareja, renunciando a la filiación y a todos sus derechos con respecto al ejercicio de la Patria Potestad. Por tanto, como se menciona en el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el aspirante a progenitor (padre biológico)

como mínimo paga por la exclusividad a fin de no tener que compartir con la madre de alquiler la patria potestad y la responsabilidad paterna, encontrándose incluido en el pago la entrega del niño.

b). Las adopciones ilegales. En el artículo 3, literal a.ii del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, se considera que se ha realizado una compra y venta de un niño, cuando alguien presta su consentimiento para la adopción, violando los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

La Convención de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrita y ratificada por el Perú, señala tres principios fundamentales, que ya mencionamos en el capítulo primero y son los siguientes:

1. El consentimiento de la persona que entrega a su hijo en adopción debe ser gratuito, libre y voluntario; no mediante el pago de dinero o alguna compensación, retribución o beneficio económico (Artículo 4° literal C.3)
2. El consentimiento para la adopción puede darse únicamente después del nacimiento del niño (Artículo 4° literal C.4).
3. Se reconoce legalmente como madre a la mujer que desarrolló la gestación hasta el nacimiento del niño (Artículo 4° literal C.4).

La Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo guardan concordancia con los principios establecidos en la Convención de la Haya, cuando nos referimos a la venta de niños a través de las adopciones ilegales.

Se vulnera el primer principio referido a la gratuidad del consentimiento, cuando una persona entrega a su hijo en adopción a cambio del pago de

una suma de dinero o cualquier otro beneficio; puesto que, lo que en realidad se realiza, es un acto o transacción a través del cual se traslada el control jurídico que se ejerce sobre el niño a cambio del pago de un precio, concretándose la compra y venta del menor (según la definición que establece el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño).

En la gestación por sustitución comercial, generalmente, antes del nacimiento del niño, el aspirante a progenitor pacta con la mujer que desarrolla la gestación por sustitución, que ella se obliga a entregar el niño en adopción cuando nazca (traslado del control jurídico que tiene sobre el menor), renunciando a la filiación y a todos sus derechos a cambio de una suma de dinero o cualquier otro beneficio. En este supuesto, se vulnera el segundo principio de la Convención de la Haya y se evidencia la venta del menor antes de nacer.

En las transacciones comerciales de gestación por sustitución, se pacta que la mujer que desarrolla la gestación por sustitución renuncie a la filiación a través de un acuerdo privado (invocando la llamada voluntad procreacional), considerando a la aspirante a progenitora como madre, incluso, aunque no haya aportado el material genético. Como se advierte, esta transacción vulnera el tercer principio de la Convención de la Haya, que reconoce como madre a la mujer que da a luz a un niño; sin perjuicio de violar también los derechos a la identidad y a la filiación del menor, que al ser derechos fundamentales de todo ser humano, no pueden dejarse a la libre voluntad de dos personas (la mujer que desarrolla la gestación y la aspirante a progenitora) para que decidan sobre los derechos del niño, como si fuera un objeto.

Se considera que la venta de niños a través de las adopciones ilegales, generalmente, se producen en el Proceso de Adopción en vía de Excepción (artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el Decreto Legislativo 1297), aplicable cuando existe un parentesco entre el adoptante y el menor o uno de sus padres biológicos.

En el documento síntesis del III Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y Formas Contemporáneas de Esclavitud se señala lo siguiente:

Asimismo, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* desarrolló la posibilidad de la configuración de la venta o adopción ilegal de niños y niñas como una forma de trata de personas, considerando que la cosificación de niños y niñas a través de estas prácticas podría constituir una forma de explotación, y precisa que “para que se configure el delito de trata de personas en este contexto, no es necesario que la adopción ilegal sirva como medio para una explotación posterior del niño o niña adoptado, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, pues la explotación viene dada por la propia comercialización del niño o niña bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción” (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p.17-18).

En el caso citado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite esta Sentencia el 09 de marzo del 2018, donde Jurisprudencialmente se reconoce que las Adopciones Ilegales constituyen una venta de niños y; por tanto, una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. Es evidente, que si una persona otorga su consentimiento para entregar en adopción a su hijo a cambio de una suma de dinero, retribución o cualquier beneficio, antes o después de nacer, en realidad esta comercializando al menor, utilizando fraudulentamente un Proceso de Adopción con el propósito de realizar el traslado del control jurídico.

En la Casación que consta en el Exp.563-2011-Lima del 06 de diciembre del 2011, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema, se resuelve sobre un Proceso de Adopción en vía de Excepción. En los hechos se aprecia que se pacta una transacción comercial de gestación por sustitución, mediante la cual, la mujer que desarrolló la gestación hasta el nacimiento de una niña,

brinda su consentimiento para entregarla en adopción y a cambio los aspirantes a progenitores le pagan la suma de US\$19,800.00 dólares americanos. En este contexto, se evidencia que se trata de una adopción ilegal que encubre la venta de la menor, actualmente tipificado en nuestro país como delito de Trata de Personas.

La prostitución y cualquier forma de explotación sexual.

Las víctimas de prostitución y cualquier otra forma de explotación sexual, pueden ser hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes, siendo principalmente ejercida contra las mujeres y los menores de edad.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, establece la definición de “Prostitución infantil” en el artículo segundo, literal b), señalando: “Artículo 2: A los efectos del presente Protocolo: b). Por Prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (UNICEF, 2006, p.42)

En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la prostitución infantil, generalmente, los tratantes aprovechan del abuso de poder que ejercen sobre los niños o la vulnerabilidad de estos para utilizarlos en actividades sexuales, siendo entendidas, tanto como tocamientos en las partes íntimas, relaciones sexuales y toda actividad que tenga una connotación sexual a cambio de dinero, que puede ser una remuneración, cualquier otra retribución o beneficio. Cabe precisar, que el pago o remuneración no es a favor del menor a quien explotan, sino a favor del tratante o explotador.

El artículo 129-H del Código Penal tipifica la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, señalando:

Artículo 129-H.- El que hace ejercer a niña, niño o adolescente actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento

económico o de otra índole será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

El consentimiento brindado por el adolescente carece de efectos jurídicos. (...)

La norma citada recoge la definición de “Prostitución infantil” que señala el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionando penalmente a quien hace que un menor de edad realice actos de connotación sexual o actividad sexual, con la finalidad de obtener un provecho económico. Es importante señalar, que el consentimiento brindado por un niño o un adolescente no surte efectos jurídicos porque el sujeto activo abusa de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor de edad al ser un ser humano en proceso de formación o desarrollo, tanto físico como psicológico.

Así también, se tipifica “el beneficio” que se obtiene de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-K del Código Penal); “la gestión” de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-L Código Penal); y la “Promoción y favorecimiento” de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-I del Código Penal).

Es frecuente en nuestro país, que las adolescentes sean llevadas con engaños a trabajar como “dama de compañía” en bares, donde se les obliga a consumir licor con los clientes y tener una conducta con marcada connotación sexual en un horario nocturno, todos los días y en ocasiones sin remuneración; señalándose en reiteradas Jurisprudencias que esta situación es considerada como una forma de explotación laboral y sexual, como se afirma en la Casación emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Expediente 1876-2018 Madre de Dios, del 07 de junio del 2019.

La Trata de Personas con fines de explotación sexual de adultos se encuentra previsto en el artículo 129-C del Código Penal:

Artículo 129-C.- El que, mediante violencia, amenaza u otro medio, obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo (...)

En el caso de la explotación sexual de personas adultas a diferencia de los niños y adolescentes, éstas son obligadas a través de algún medio como la violencia, la amenaza, el engaño, fraude, la manipulación, la privación de la libertad, entre otro condicionamiento, a realizar actos de connotación sexual o actividad sexual en contra de su voluntad, incluso en contra de su propia integridad física o psicológica, con la finalidad que el tratante obtenga un provecho económico.

Así también, se tipifica en el Código Penal, la promoción y el favorecimiento de la explotación sexual (artículo 129-D), el cliente de la explotación sexual (artículo 129- E), el beneficio de la explotación sexual (artículo 129- F) y la gestión de la explotación sexual (artículo 129- G).

En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es “cualquier otra forma de explotación sexual”, se incluye la utilización de los niños para que realicen actos de connotación sexual o actividad sexual para la fabricación de pornografía infantil. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, establece en su artículo segundo inciso tercero, la definición de “Pornografía infantil” señalando:

Artículo 2°. – C). Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales (UNICEF, 2006, p.42).

Se considera que una forma de explotación sexual es también cuando se utiliza a menores de edad para realizar pornografía, teniendo en cuenta, que esta situación es diferente a la explotación que se efectúa a través de la prostitución infantil. La pornografía infantil es toda representación del menor realizando actividades sexuales explícitas reales o simuladas o la exposición de sus partes genitales a cambio del pago de una suma de dinero o un beneficio económico a favor del tratante o explotador.

En la explotación sexual de menores para realizar pornografía infantil, el menor no sólo puede ser inducido u obligado a interactuar con otras personas manteniendo relaciones sexuales o desarrollar cualquier otro acto sexual, sino también, puede ser utilizado para mostrar sus genitales o efectuar actividades sexuales de manera individual; lo que será recogido a través de algún medio visual, logrando imágenes que serán comercializadas por el tratante o explotador, con la finalidad de obtener un beneficio económico.

En nuestro país, se tipifica la pornografía infantil en el artículo 129-M del Código Penal, señalando lo siguiente:

Artículo 129-M. El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa, publicita, publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter sexual, en los cuales participen menores de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa. (...)

Al respecto, se advierte que la pornografía infantil no está expresamente señalada como una finalidad de explotación en el inciso 2 del artículo 129- A del Código Penal, que tipifica el tipo base del delito de Trata de Personas, sin embargo, se le puede incluir en la denominación de: “cualquier forma de explotación sexual”, teniendo en cuenta además, que en el Título I-A Delitos

contra la Dignidad Humana, capítulo II se agrupa las formas o finalidades de explotación del delito de Trata de Personas.

Se considera también, que las personas adultas (dieciocho años de edad a más), pueden ser explotadas sexualmente, siendo obligadas a realizar actividades sexuales para la realización o fabricación de pornografía; para cuyo efecto, se consuma el delito de Trata de Personas, cuando el tratante realiza las acciones descritas en la norma, utilizando los medios comisivos (artículo 129-A del Código Penal) como lo es, la violencia, la amenaza, otras formas de coacción, el engaño, el fraude, la privación de la libertad, el abuso de una situación de poder o de una situación de vulnerabilidad, para lograr esta finalidad de explotación.

La esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud.

Como mencionamos, en la “Convención contra la Esclavitud” de 1926 se conceptualiza el término Esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”.

Posteriormente, la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” de 1956, señala que los Estados adoptarán medidas para la abolición de determinadas instituciones y prácticas a las cuales les es o no aplicable la definición de esclavitud que se establece en el Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 1926; precisando, que estas instituciones o prácticas están referidas a la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, toda institución o práctica en virtud de la cual una mujer es entregada en matrimonio a cambio de dinero (matrimonio forzado), la venta o cesión de una mujer por parte de su marido, la venta de niños y adolescentes y la explotación laboral de niños y adolescentes.

Es importante resaltar que en el citado artículo se establece que los Estados deben abolir las prácticas que se mencionan aunque no se circunscriban a la definición de Esclavitud, que se señala en el Convenio de 1926. En tal

sentido, hay autores que interpretan que las prácticas o instituciones mencionadas también son formas de esclavitud, mientras que otros sostienen que son distintas formas de explotación del ser humano, diferenciando a la esclavitud de la servidumbre, la compra y venta de seres humanos, entre otros.

En el documento síntesis del III Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y formas contemporáneas de Esclavitud se señala lo siguiente:

En la actualidad, según la definición oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), las formas contemporáneas de esclavitud son la servidumbre de gleba, el trabajo forzoso, la trata de personas, la servidumbre por deudas, la prostitución, el matrimonio forzoso y el trabajo infantil. [8 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002] (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p.9-10).

En el pronunciamiento que hace el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2002, se incluye dentro de la definición de Esclavitud Contemporánea a la servidumbre, la prostitución, el trabajo forzado, la trata de personas, el matrimonio forzoso y el trabajo infantil, desarrollando un concepto genérico al tomar como común denominador la acción de someter al ser humano a la voluntad de otro, cosificándolo o utilizándolo como si fuera un objeto y vulnerando así su dignidad.

En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Protocolo de Palermo, suscrito en el año 2000, se establece que los Estados deben incluir en su legislación el delito de Trata de Personas, precisando,

que el sujeto activo lleva a cabo las acciones y medios descritos en la norma, con fines de explotación; siendo estos, 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.

En realidad existe un debate jurídico, con relación a considerar que la Trata de Personas es una forma de Esclavitud Contemporánea o por el contrario son dos instituciones independientes; sin embargo, lo importante en esta primera parte es entender el concepto de Esclavitud a través de lo que establecen los mencionados instrumentos jurídico internacionales.

Tomando la definición de Esclavitud que establece el Convenio de 1926, se señala lo siguiente:

Sobre la esclavitud en términos generales, se estableció que esta tenía que ver con la condición o estado del individuo, y el ejercicio de algunos de los atributos del derecho de propiedad. Para la evaluación de casos sobre esclavitud moderna se adoptaron los estándares establecidos en otros tribunales internacionales, como el caso Kunarac (2001) del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY), para identificar los llamados “atributos del derecho a la propiedad”: a) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; b) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; c) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; d) el uso de violencia física o psicológica; e) la posición de vulnerabilidad de la víctima; f) la detención o cautiverio, y g) la explotación (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p. 15).

En este contexto, queda delimitado lo que se considera los atributos del derecho de propiedad que se ejerce sobre una persona que es sometida a la condición de Esclavo, siendo estos, la privación o restricción de la libertad de

movimiento, la ausencia, imposibilidad o irrelevancia del consentimiento o el libre albedrío de la víctima debido a los medios de coerción utilizados por la persona a cuya voluntad es sometido o el abuso del estado de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima; y finalmente, la obtención de un provecho por parte de la persona que ejerce el control sobre la víctima.

Es evidente, que el ser humano que se encuentra en la condición de esclavo es considerado como un objeto; y haciendo una similitud con lo que señala el Código Civil con respecto a los atributos del derecho de propiedad sobre los bienes, encontramos en el artículo 923 lo siguiente: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (...)”. Este poder jurídico que se menciona en la norma es muy parecido a la forma en que se utiliza a una persona cuya dignidad se vulnera cuando es sometida a la voluntad de otra, como si fuera un objeto.

Cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados.

El Convenio sobre el Trabajo Forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, que entró en vigor el primero de mayo de 1932, establece en el artículo segundo lo siguiente: “trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

En la definición de trabajo forzoso se destacan dos características que deben concurrir, la primera es que la persona es obligada a desarrollar una labor que no eligió, vale decir, en contra de su voluntad; y la segunda, es que esta persona es obligada bajo violencia, amenaza o cualquier otra forma de coacción o sanción.

El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, que entró en vigor el 17 de enero de 1959; señala en el primer artículo lo siguiente:

Artículo 1:

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) Como medida de disciplina en el trabajo; d) Como castigo por haber participado en huelgas; e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa (ONU, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, p.1).

En el citado Convenio se amplía la definición de trabajo forzoso, incluyendo el obligar a una persona a desarrollar determinado trabajo como castigo por expresar determinadas opiniones en el ámbito político, social o económico o por haber participado en una huelga, así como, un método de movilización o utilización de mano de obra para el desarrollo económico o también como una forma de discriminación.

Finalmente, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso fue adoptado el 28 de mayo del 2014, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y entró en vigor el 09 noviembre de 2016, señala en el primer artículo que, se mantiene la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio y, por consiguiente, las medidas que tomen los Estados deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio.

Como se menciona, se tiene que tener en cuenta el concepto de trabajo forzoso que se establece en el Convenio de 1930 y debe aplicarse al momento de tipificar esta finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En la Jurisprudencia encontramos la interpretación de trabajo forzoso:

En el caso del trabajo forzoso, desarrolló los dos elementos que utilizó para definir esta forma de esclavitud en el caso Masacres de Ituango vs. Colombia: en cuanto a la “amenaza de una pena”, “puede consistir, entre otros, en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares”. Respecto a la falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio, acotó que esta “puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica” (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p. 15-16).

En la citada Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se describen dos elementos que identifican al trabajo forzoso, uno de ellos es que la persona es obligada a laborar mediante amenaza que constituye una real y concreta intimidación, que puede tener diferentes grados de peligro contra su integridad física o hacia alguna otra persona vinculada a ella, siendo las más extremas las que se materializan a través de la violencia u otras formas de coacción. En cuanto al segundo elemento concurrente, es que la falta de voluntad de la persona que realiza la labor se produce porque el tratante o explotador generalmente utiliza el engaño, el fraude para captar a la víctima o la privación de su libertad.

Con respecto a la explotación a través de la mendicidad, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 05 de abril del 2011, señala:

En el contexto de la presente Directiva, la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio n° 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u

obligatorio, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso. Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido. La expresión «explotación para realizar actividades delictivas» debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica (Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva 2011/36/UE, 2011, p.2).

Con respecto a la mendicidad como una forma de explotación, presenta las mismas características de un trabajo o servicio forzoso, vale decir, la persona o menor de edad es obligado a solicitar bienes mendigándolos, generalmente en la vía pública o locales públicos, bajo amenaza, violencia o alguna otra forma de coacción, entregando lo recaudado al tratante o explotador. Los menores de edad son las principales víctimas de esta forma de explotación.

La Directiva del Parlamento Europeo que se cita, incluye “la explotación para realizar actividades delictivas” que también es muy frecuente sobre todo en nuestro país; pero se considera que puede formar parte de lo que significa la explotación a través del trabajo o servicio forzoso, en tanto y en cuanto, presente las mismas características.

La servidumbre

La “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” suscrita en Ginebra en 1956, establece la definición de la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la Servidumbre también es una forma de esclavitud moderna, por tanto, una manera de explotar al ser humano; precisando, “el concepto de servidumbre por deudas, el cual la CIDH caracterizó en el informe de fondo a través de elementos como la existencia de deudas por personas, no limitación de duración de servicios, movimientos controlados, medidas para prevenir las fugas, sometimiento a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras prácticas que observaron en el caso” (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p.16).

Teniendo en cuenta esta definición de “Servidumbre por deudas”, se advierte, que con respecto a la “Servidumbre de la gleba”, tienen como elemento común, la prestación de un servicio por tiempo indefinido, pero en este último caso puede originarse esta situación por la ley, por la costumbre o por un acuerdo, además, que el servicio puede ser gratuito o remunerado, pero se le obliga a la persona a prestar este servicio sin poder cambiar su condición; convirtiéndose en una forma de explotación.

Por ejemplo en España, la Fiscalía General del Estado emite la Circular 5/2011 del 2 de noviembre de 2011, precisando en el punto II.4.1 C que existen cuatro formas de explotación a través de la Servidumbre:

- a. Servidumbre por deudas
- b. Servidumbre de la gleba
- c. Con el propósito de imponer un matrimonio forzoso a una mujer
- d. Cuando tenga por objetivo la venta o transmisión de una mujer.

Estas dos últimas formas de servidumbre se encuentran contempladas en el primer artículo de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956; precisando que, algunos autores lo incluyen como una forma de Esclavitud y en España se consideran dentro de la Servidumbre.

Por ejemplo, es muy frecuente la explotación a través de la Servidumbre por deudas, como lo señala la Fiscalía General del Estado, en España, señalando lo siguiente:

Es importante señalar en este momento que —al menos desde la experiencia judicial nacional la trata de seres humanos en España tiene que ver esencialmente con esa servidumbre por deudas, es decir cuando el afectado se somete a la situación de dominación como único medio de satisfacer las deudas con el tratante. No son pocos los casos enjuiciados por nuestros tribunales en que unos inmigrantes — cualquiera que fuera su procedencia han sido desplazados de su residencia habitual mediante falsas promesas de un buen puesto de trabajo en España, se les ha facilitado toda la cobertura económica necesaria para el transporte, y han sido recibidos y alojados en pisos o lugares previamente dispuestos. Es entonces, cuando se les comunica que han contraído una descomunal deuda que solo pueden solventar realizando trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones inhumanas, imposición de multas etc.). En caso de negativa a trabajar han sido obligados coactivamente, con amenazas, llegándose, incluso, a privarles de libertad (Fiscalía General del Estado, Circular 5/2011, 2011, p 21).

Como se menciona en la cita, la servidumbre por deudas tiene como principal característica la existencia de una deuda contraída a favor del tratante o explotador, que puede ser real o simulada que obliga a la persona a brindar este servicio o servidumbre en contra de su voluntad.

La extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos.

Esta modalidad de explotación consiste, en primer lugar, en la extracción de órganos, tejidos o componentes humanos, sin el consentimiento de la persona, quien ha sido sometida en contra de su voluntad a esta práctica,

utilizando algún tipo de amenaza, coacción, engaño situación fraudulenta, privación de la libertad u otras formas. También incluye el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos que realiza el tratante o explotador.

En este contexto, es importante determinar el significado de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos, precisando la doctrina:

Una definición jurídica de órgano viene recogida en el art. 3 del RD 2070/1999 de 30 de diciembre conforme al cual se entenderá por tal «aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Son, en este sentido órganos: los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos». Pueden plantearse algunas dudas sobre si se incluyen, por ejemplo manos, pies, dedos, piel u ojos, entre otros. Probablemente todos los citados deban entenderse englobados en atención a su autonomía funcional (Gómez, 2010: 619) (Hernández, 2014, p. 93-94)

La definición que se cita, precisa que un órgano humano se caracteriza principalmente por tener una función fisiológica y un grado de autonomía y suficiencia para poder ser trasplantado a otro ser humano, manteniendo sus funciones normalmente. Sin perjuicio de esta definición, en el caso concreto de presentarse la comisión del delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes, el Juez podrá ordenar que se lleve a cabo una Pericia Médico Legista para determinar este hecho concreto, ya que la conceptualización se trata más de un tema de índole médico, que jurídico.

Así como, cualquier otra forma análoga de explotación.

Es importante resaltar, que en nuestra legislación penal se incluye esta fórmula legislativa para permitir cualquier otra forma análoga de explotación del ser humano, teniendo en cuenta, que sobre todo la criminalidad organizada sigue avanzando y creando nuevas formas de lucrar sometiendo o manteniendo la explotación de los seres humanos.

En este contexto, es que se plantea la denominada “explotación reproductiva” como una finalidad de explotación, que consiste en captar a mujeres, adolescentes o niñas y utilizando los medios comisivos que se describen en la norma (con relación a las adolescentes y niñas no es necesario usar los medios), las someten a la práctica de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida para concebir, obligándolas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño, renunciando a la filiación. Estos menores son comercializados por el tratante o el explotador y/o son utilizados en alguna otra forma de explotación.

El objeto material del delito

El objeto material del delito de Trata de Personas es el ser humano, sobre el cual recae la acción que desarrolla el sujeto activo, utilizando los medios que describe la norma, con fines de explotación.

El sujeto activo y pasivo del delito**El sujeto activo**

El sujeto activo del delito de Trata de Personas puede ser cualquier ser humano que desarrolle las acciones, utilizando los medios descritos en la norma con fines de explotación, puesto que, no se requiere de un sujeto activo especial.

Este delito puede cometerse de manera individual o por una pluralidad de autores y cómplices, integrantes de un grupo delictivo o una organización criminal, que opera dentro del territorio nacional o a nivel internacional.

Se considera también como sujeto activo, al agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de Trata de Personas, a quien se le impondrá una pena privativa de libertad igual que al autor, conforme se señala en el artículo 129-A° del Código Penal, que es el tipo penal base.

El agente que realiza la promoción, favorecimiento, financiación o facilita la comisión del delito, puede ser cualquier persona, quien actúa de manera individual o integrando una banda criminal u organización criminal, conforme lo señalan los artículos 317-B y 317 del Código Penal, respectivamente.

El artículo 5, inciso 2, literal b) y c) del Protocolo de Palermo señala:

Artículo 5

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

b) La participación como cómplice en la comisión del delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo (ONU, Oficina contra la droga y el delito, 2004, p.45)

En el Protocolo de Palermo no se señala con claridad la participación o responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de Trata de Personas, como sí lo hace el Parlamento Europeo con relación al delito de Trata de seres humanos a través de su Directiva 2011/36/UE, que señala lo siguiente:

Artículo 5.- Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3,

cuando estas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer control dentro de dicha persona jurídica.

2. Los Estados miembros se asegurarán asimismo de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 en beneficio de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de alguna de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3.

4. A efectos de la presente Directiva se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas (Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2011/36/UE, 2011, p. 7).

En el delito de Trata de Personas tipificado en el artículo 129-A del Código Penal no se menciona la responsabilidad de la persona jurídica, como sí lo hace detalladamente el Parlamento Europeo; sin perjuicio de poder remitirnos a la parte general, en el artículo 27 del Código Penal, que corresponde a la Punibilidad de la actuación en nombre de la persona jurídica, que no es específica con respecto al delito de Trata de Personas.

En este contexto, se puede afirmar que el sujeto activo también puede consumir el delito de Trata de Personas utilizando una persona jurídica, que puede estar legalmente constituida, pero que en realidad se dedica a favorecer, promover, financiar o facilitar el delito.

El sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier ser humano, hombres, mujeres, niños o adolescentes, a quienes se les vulnera su dignidad tratándolos como simples objetos.

Conforme lo señala el Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, las principales víctimas del delito de Trata de Personas son las mujeres y los niños, teniendo en cuenta, que son los seres humanos más vulnerables de nuestra sociedad.

CAPÍTULO III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Definición

En el libro “La importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida”, se señala: “El término técnicas de reproducción asistida (TRA) es muy amplio e incluye una serie de procedimientos médicos utilizados para juntar óvulos y espermatozoides con el fin de conseguir el embarazo” (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p. 29).

En “Saber más sobre FERTILIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA”, se dice: “Las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina” (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p. 33).

La literatura médica citada, define a las técnicas de reproducción humana asistida como un procedimiento médico de fertilidad, caracterizado por actuar sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con la finalidad que se produzca la fecundación. Posteriormente, se realiza la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina para que la mujer que se sometió a este procedimiento pueda desarrollar la gestación hasta el nacimiento del bebé.

Con respecto al grado de efectividad de estas técnicas reproductivas se dice muy poco, es conocido que hay mujeres que se someten a estos procedimientos de fertilidad, principalmente, la inseminación artificial y la fecundación in vitro (las más utilizadas), pero no logran quedar embarazadas a pesar que lo intentan varias veces.

En la literatura médica también se dice, que las técnicas de reproducción humana asistida es un avance científico, cuya finalidad es lograr que las parejas o personas individuales puedan procrear y tener hijos. Sin embargo, se tiene que tener en cuenta, que las organizaciones criminales y la delincuencia común también se valen de los adelantos científicos para cometer delitos como la Trata de Personas, con la finalidad de someter a mujeres a la práctica de estas técnicas reproductivas para procrear niños, en contra de su voluntad, con el objetivo de venderlos a parejas que no tiene hijos y desean ser padres o los utilizan en otras formas de explotación.

Clasificación

Según la doctrina, las técnicas de reproducción humana asistida pueden clasificarse en:

a). Homólogas y heterólogas. Esta diferenciación depende de quién es el que aporta el material genético (ovulo y espermatozoide). Es homóloga cuando los que aportan el material genético son la pareja que desea tener un hijo (casados o convivientes); por tanto, son los padres biológicos. Es heteróloga cuando el material genético proviene de una persona ajena a la pareja o persona que quiere tener un hijo (individualmente), generalmente, es un donante anónimo (los centros médicos de fertilidad tienen material genético de donantes anónimos que es utilizado en estos procedimientos de fertilidad).

b). Intracorpóreas y extracorpóreas. Esta clasificación se realiza, teniendo en cuenta, si en el procedimiento de fertilidad la fecundación se realiza dentro o fuera del cuerpo de la mujer que se somete a estas técnicas reproductivas.

Se considera necesario describir estos procedimientos médicos denominados técnicas de reproducción humana asistida para entender la forma en que son violentadas las mujeres y las adolescentes, víctimas de

explotación reproductiva, cuya integridad física se pone en riesgo y se les causa un grave daño físico y psicológico.

Inseminación Artificial

En el Libro “La importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida”, describen el procedimiento de Inseminación artificial, señalando:

Es el procedimiento de reproducción asistida más sencillo y consiste en depositar espermatozoides seleccionados en diferentes lugares del tracto genital femenino (a nivel intravaginal, intracervical, intrauterina, intratubárico).

La mayor tasa de embarazos se obtiene con la inseminación intrauterina, en la que el ginecólogo, con ayuda de una cánula, coloca los espermatozoides en el útero.

Para mejorar el potencial de fertilidad de los espermatozoides se realiza una serie de procedimientos denominados capacitación espermática, que permiten una selección precisa de los espermatozoides y la eliminación de todas las sustancias y células que no deben llegar al útero. Los dos métodos de selección más usados son la técnica de migración (“swim-up”) y de gradientes.

Esta técnica puede realizarse con el ciclo espontáneo de la mujer o junto a una inducción de la ovulación (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p. 30).

La inseminación artificial es el procedimiento relativamente más sencillo y más utilizado por las personas que buscan la procreación de un niño. El ginecólogo con ayuda de una cánula, coloca los espermatozoides en el útero (a nivel intravaginal, intracervical, intrauterina, intratubárico) para lograr la fecundación y se desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño.

La Sociedad Española de Fertilidad, agrega lo siguiente:

La IAC se realiza generalmente tras estimulación ovárica: la paciente recibe un tratamiento destinado a asegurar la ovulación tratando posibles defectos del ciclo espontáneo en unos casos, y en otros a aumentar el número de óvulos que puedan resultar fecundados. Para controlar la respuesta a dicha estimulación se realizan ecografías periódicas acompañadas o no de análisis de sangre. Cuando los resultados de estas pruebas lo aconsejan, se administra una medicación con el fin de inducir la ovulación.

En los días siguientes se realiza la inseminación propiamente dicha, para lo cual el varón debe obtener una muestra seminal que se procesa en el laboratorio, con el fin de seleccionar los espermatozoides más útiles que contiene, y eliminar la parte sobrante del semen.

La inseminación se realiza en la propia consulta, ya que se trata de un procedimiento breve y completamente indoloro. Se expone el cuello del útero (de modo similar al empleado cuando se realiza una citología) y el ginecólogo introduce a través del cuello un fino tubo de plástico blando, para depositar en el útero el pequeño volumen de líquido que contiene los espermatozoides seleccionados. Se pueden llevar a cabo una o dos inseminaciones separadas por varias horas. (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p. 34-35).

Previamente a la inseminación artificial se tiene que obtener el material genético que será utilizado, para cuyo efecto, se realiza la estimulación ovárica en la mujer y se extrae del hombre una muestra seminal, que se procesará en el laboratorio. Luego, a través del cuello del útero se introducen los espermatozoides seleccionados, para lograr la fecundación y el embarazo.

Además de saber cómo se lleva a cabo este procedimiento, es necesario tener en cuenta, los efectos secundarios o adversos que se pueden producir en perjuicio de la mujer que se somete a esta técnica reproductiva. Los principales riesgos son:

Embarazos múltiples (más de dos fetos): es una complicación grave, que supone riesgos físicos para la madre y los fetos. En la gestación gemelar, la consecución del parto con fetos viables es del 98%. En el caso de una gestación de tres embriones, se obtienen fetos viables en el 76%, reduciéndose esta cifra al 10% en caso de gestación de cuatro fetos.

Síndrome de hiperestimulación ovárica: consiste en una respuesta exagerada al tratamiento de inducción de la ovulación. Puede ser leve, moderada y grave, siendo esta última excepcional (menos de un 1%).

El embarazo ectópico, que consiste en el desarrollo de una gestación fuera del útero. Se produce en un 3% superior a los embarazos espontáneos (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p. 30).

Es importante tener en cuenta los riesgos que implica utilizar este procedimiento, sobre todo cuando se producen embarazos múltiples y se pone en peligro la vida de la madre y no existe una legislación adecuada que prohíba la implantación de más de un embrión. Este riesgo que corren las mujeres que se someten a estas técnicas reproductivas, se produce con mayor frecuencia en países donde no se establece un límite a esta actividad, ni un control o fiscalización.

También se pone en peligro la vida de las mujeres cuando se produce una hiperestimulación ovárica o un embarazo ectópico, que en el caso que se haya producido por una mala praxis médica, se investigará como un presunto delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, precisando la tipificación en cada caso en concreto.

En la Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva, se somete a una mujer a estas técnicas reproductivas, en contra de su voluntad, con la finalidad de procrear uno o más niños, con el objetivo de comercializarlos o utilizarlos en otras formas de explotación; debiendo tenerse en cuenta los riesgos a los cuales es expuesta la víctima y el daño que se le causa, lo que debe conllevar al incremento de la punibilidad.

Fecundación In Vitro

Esta técnica reproductiva se desarrolla en cuatro etapas:

Etapla 1: Estimulación ovárica, monitorización y desencadenamiento de la ovulación. Normalmente la mujer produce un sólo óvulo por ciclo. (...) En esta etapa se estimulan los ovarios con inyecciones diarias de FSH, produciéndose varios folículos, cada uno con un óvulo. Durante esta etapa el médico realiza ecografías, que determinan el número y tamaño de los folículos y el espesor del endometrio del útero, y pruebas de sangre para valorar los niveles de estradiol. El médico determinará cuál es el momento idóneo para provocar la ovulación después de que los folículos hayan alcanzado su madurez.

Etapla 2: Recuperación de óvulos. Después de que se haya completado la estimulación ovárica y los folículos hayan madurado, el médico recolecta el mayor número posible de óvulos, aunque no puedan utilizarse todos los óvulos en el ciclo de FIV actual. Dicha recuperación se efectúa mediante aspiración y con anestesia local.

Etapla 3: Fecundación. Aproximadamente dos horas antes de recuperar los óvulos, se recoge una muestra de semen del hombre de la pareja y se la procesa para seleccionar los espermatozoides más fuertes y activos. A continuación, se colocan los espermatozoides con los óvulos, y al día siguiente se determina si se ha producido o no la fecundación. Si ha habido fecundación, los embriones resultantes estarán listos para ser transferidos al útero en alrededor de 72 horas.

Etapla 4: Transferencia de embriones. Los embriones se mantienen 2-6 días en cultivo hasta la transferencia. La transferencia de embriones no es un procedimiento complicado y puede ser realizado sin anestesia. Se colocan los embriones en un tubo y se los transfiere al útero.

El número máximo de embriones transferidos por ley es de 2. Pueden transferirse embriones en distintos estadíos, pero lo más frecuente es que sean embriones en estadio de 8 células.

Para establecer el diagnóstico de embarazo, se realiza una determinación en suero de la hormona β hCG (hormona secretada por

el embrión) entre 12 y 14 días después de la transferencia. (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p. 31).

La fecundación in vitro, es una técnica extracorpórea porque se realiza fuera del cuerpo de la mujer, como se puede observar de las cuatro etapas descritas; precisando, que puede ser homóloga como heteróloga, ya sea que utilicen el material genético de la pareja que desea tener un hijo o de terceros que son donantes.

Generalmente, las organizaciones criminales o delincuentes comunes captan a mujeres, quienes mediante amenaza, violencia, coacción, privación de la libertad u otras formas, son sometidas a la fecundación in vitro, en algunos casos de manera reiterada hasta lograr la concepción (en contra de su voluntad) y son obligadas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, renunciando a la filiación; luego el menor es vendido por el tratante o utilizado en otras formas de explotación.

En la fecundación in vitro, los riesgos que se presentan son similares a los mencionados en la inseminación artificial, precisando los siguientes:

La gestación múltiple (de más de un feto) y la gestación múltiple de alto grado (más de dos fetos) se incrementan como consecuencia de la transferencia de más de un embrión al útero. (...) Afortunadamente, se conocen bien qué factores se asocian al riesgo del embarazo múltiple en FIV/ICSI, que son la edad de la paciente y el número y calidad de los embriones transferidos. Ello significa que para una edad determinada, podemos actuar eficazmente en la prevención del embarazo múltiple asociado a FIV/ICSI escogiendo juiciosamente un número adecuado de embriones para transferir una vez valorada su calidad. Los actuales conocimientos permiten afirmar que esta estrategia es útil para reducir la incidencia de embarazo múltiple sin reducir la eficacia de la técnica. (...) Las consecuencias de la gestación múltiple son muy diversas y de gran importancia sociosanitaria. El

riesgo más importante es la prematuridad, que puede determinar consecuencias graves e irreversibles sobre la salud de los recién nacidos. También se incrementa la incidencia de patología gestacional, y la de trastornos psicosociales en el entorno familiar (...).

El síndrome de hiperestimulación ovárica es una respuesta anormal al tratamiento de estimulación del ovario, que excepcionalmente puede derivar hacia la acumulación de grandes cantidades de líquido en tórax y abdomen, alteraciones sanguíneas y de la función renal, que pueden requerir tratamientos en unidades de cuidados intensivos y entrañan riesgo vital. Otras posibles consecuencias de la hiperestimulación severa son la torsión o rotura de los ovarios hiperestimulados. Algunas pacientes están especialmente predispuestas a la hiperestimulación, pero ésta puede aparecer también en pacientes sin factores de riesgo. Las hiperestimulaciones ováricas son más frecuentes cuando se produce un embarazo, ya que éste potencia el efecto de los fármacos administrados (...).

El riesgo de infección ascendente por introducción del catéter de transferencia a través del cuello es muy bajo, y similar al de complicación infecciosa de la inseminación artificial. Por otro lado, la punción destinada a extraer los ovocitos requiere acceder al ovario desde la vagina, lo que entraña un mínimo riesgo de infección. El riesgo infeccioso es mayor en pacientes que presentan previamente ciertas alteraciones en el aparato genital.

En la fecundación in vitro, los ovocitos son extraídos del ovario mediante una punción realizada a través de la vagina. Las incidencias son muy escasas, aunque puede producirse punción accidental de otros órganos (vejiga, intestino), lesión de un vaso sanguíneo o torsión del ovario (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.45-47).

Es evidente que uno de los riesgos más graves es la gestación múltiple, que puede producir la muerte de la mujer que pretende desarrollar este tipo de embarazo, lo que evidenciaría además, una mala praxis por parte del personal médico que realizó esta técnica reproductiva. Es por eso, que se debería regular este tema en todos los países en donde se realizan técnicas

de reproducción asistida; y más aún, las autoridades deben ejercer un control y fiscalización sobre esta actividad médica, tanto en el sector público, como en el sector privado.

Así también, la hiperestimulación ovárica, las infecciones o la lesión culposa de algún órgano, constituyen daños graves que se pueden causar a las mujeres que deciden someterse a la fecundación in vitro; más aún, si son obligadas a ello a través de la explotación reproductiva, como una finalidad en el delito de Trata de Personas, teniendo en cuenta, que el tratante o explotador las utiliza como objetos para explotar su función reproductiva y procrear niños con el objetivo de venderlos a personas que desean ser padres o los usan en otras formas de explotación.

Transferencia Intratubárica de Gametos

Esta técnica de reproducción asistida consiste en lo siguiente:

GIFT (transferencia intratubárica de gametos). La transferencia intratubárica de gametos o GIFT comienza con los dos mismos pasos que la FIV, la inducción de la ovulación y la recuperación de óvulos. Se diferencia de la FIV en que los espermatozoides y los óvulos son colocados directamente en la trompa de Falopio durante una laparoscopia, en vez de fertilizarse en el laboratorio. Si la fecundación es exitosa, el óvulo se traslada al útero, exactamente igual que en un ciclo natural. La desventaja de GIFT es que debe ser realizada bajo anestesia general. Entre las razones por las cuales una paciente puede ser sometida a GIFT se encuentran los problemas cervicales o las creencias religiosas que prohíben la fecundación fuera del cuerpo (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p. 33).

La Transferencia intratubárica de gametos es una técnica de reproducción asistida intracorpórea porque se realiza la fecundación dentro del cuerpo de

una mujer; precisando, que puede ser homóloga o heteróloga, dependiendo quién es el aportante del material genético.

Se han expuesto las tres técnicas de reproducción humana asistida más utilizadas para la procreación, con el objetivo de tener una idea general acerca de estos procedimientos médicos, así como, los riesgos que existen para las mujeres que se someten a ellas.

Legislación nacional

Con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, la Ley General de Salud 26842 del 15 de julio de 1997, establece lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su fertilidad, 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 una misma persona. Para la aplicación de las 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 28.- La investigación experimental con personas debe ceñirse a la investigación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados.

Como lo establece la norma citada, literalmente se interpreta que las personas tienen derecho a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, siempre que se cumpla con “la condición que la madre genética (quien aportó el óvulo) y la madre gestante sea una misma persona”. Es importante tener en cuenta, que esta norma utiliza la palabra “madre” genética y gestante; por tanto, la mujer que utiliza estas técnicas reproductivas tiene que desear ser la madre del niño que nacerá al culminar

la etapa de gestación que ella desarrolle, vale decir, tener la consciencia y voluntad de ser madre, además de ser la madre genética o biológica.

Se realiza esta precisión, para que se pueda entender que la gestación por sustitución comercial o también conocida como vientre de alquiler, no se encuentra dentro de esta condición que establece la norma citada para poder utilizar estas técnicas reproductivas en nuestro país.

La gestación por sustitución comercial constituye un pacto o acuerdo, que es considerado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su Informe A/HRC/37/60, como una venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional; y por tanto, una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas (art. 129-A del Código Penal). Este acuerdo se pacta entre el aspirante a progenitor y una mujer, quien se somete a alguna de las técnicas de reproducción asistida, desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño, el cual entrega al primero de los nombrados, renunciando a la filiación (ella no se considera madre del menor) a cambio de una suma de dinero o cualquier otro beneficio.

Cabe resaltar, que la norma dice: “para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”; siendo evidente, que si hacemos una interpretación literal del texto normativo, no es aplicable el uso de estas técnicas reproductivas en el supuesto que el aportante del material genético (óvulo o espermatozoide) sea un donante anónimo.

La norma también señala que: “está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación”, sin embargo, en el supuesto que alguien infrinja esta prohibición, la norma sólo puede señalar sanciones de tipo administrativa.

En este contexto, se plantea que también debe legislarse en materia penal con relación a las técnicas de reproducción humana, complementando

algunos puntos con respecto a las normas de carácter Civil o Administrativo, como sucede en la legislación francesa.

CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA

Es interesante la Jurisprudencia nacional con respecto al delito de Trata de Personas, porque nos grafica la forma como se desarrolla esta actividad criminal en determinadas regiones de nuestro país; así como, se señala determinados criterios jurídicos que hay que tener en cuenta.

Casación N°1876- 2018 Madre de Dios del 07 de junio del 2019

El recurso lo presenta Alicia Jordán Vargas (procesada) contra la Sentencia de Vista del 09/11/2018, que confirma la de primera instancia, condenándola como autora del delito Contra la Libertad – Trata de Personas, en agravio de Haydee Rosa Huamán Ancoco y una menor de edad; imponiéndole 12 años de pena privativa de libertad, 5 años de inhabilitación, disponiendo que se someta a un tratamiento terapéutico y se fijó en S/ 10,000 la Reparación Civil.

Hechos: 5.1. La agraviada Haydee Huamán Ancoco realizó la denuncia verbal contra una mujer de nombre “Ana”, quien la obligó a trabajar en el bar “El Duende”. 5.2. La policía ingresó al local el 08/11/2016 e intervino a Nancy Jordán Bustamante, Franklin Machaca Chura y a una menor de edad, estableciéndose que la propietaria del local era Alicia Jordán Vargas. 5.3. En el acta de entrevista única y el acta de identificación personal, la menor agraviada reconoció a Alicia Jordán Vargas como la persona que la captó en el Cusco, para que trabajara en su bar ubicado en Mazuko – Madre de Dios.

En el décimo considerando de la resolución de Casación se señala:

Décimo: (...) No obstante, debe recordarse que mediante la Casación no se puede pretender una tercera instancia valorativa de hechos o pruebas, pues el presente recurso es uno que analiza cuestiones de puro derecho. Además, estimamos pertinente y suficientemente clara la conclusión e interpretación señalada por la Sala Superior al referir lo siguiente: [La labor de dama de compañía en el bar antes indicado [...] consiste en la venta de

bebidas y acompañar a los clientes a beber cerveza en horario nocturno, todos los días, desde las diecisiete horas hasta las tres horas de la madrugada del día siguiente aproximadamente, esta labor la realiza con [...] apelativo [...], siendo que dichas ventas eran registradas en un cuaderno por el cajero, cumpliendo de esta manera la finalidad de explotación laboral y sexual, toda vez que fue puesta a trabajar en horario nocturno, en condiciones desfavorables a su salud, libando bebidas alcohólicas y generando atracción, expectativas con su cuerpo, beneficios de tipo sexual en favor de los clientes, siendo cosificada con fines de que la investigada genere lucro económico [...]

Decisión: I. Declararon Nulo el concesorio e Inadmisible el recurso de Casación interpuesto por la procesada Alicia Jordán Vargas.

Los Magistrados de la Corte Suprema confirman la interpretación que realiza la Sala Superior con respecto a que se encuentra acreditado el delito de Trata de Personas, resaltando que las víctimas al ser contratadas bajo la denominación de “Damas de compañía” en un bar, eran sometidas a la explotación laboral y sexual; teniendo en cuenta, que no sólo se trataba de una actividad laboral que implicaba acompañar a los clientes y servir las bebidas alcohólicas durante la noche hasta el día siguiente; sino además, tenían que consumir también dichas bebidas, generando atracción con su cuerpo y beneficios de tipo sexual a los clientes, lo que implicaba un mayor ingreso para la sentenciada.

De los hechos expuestos se advierte, que en la práctica los tratantes pueden someter a la víctima a diferentes formas de explotación y desarrollarse de manera conjunta; como el caso que citamos, donde no sólo se produce una explotación laboral, sino también de carácter sexual en agravio de las víctimas, lo que marca un precedente en cuanto a la interpretación de este tipo de situaciones que son frecuentes en nuestro país.

Casación N°706-2018 Madre de Dios del 01 de agosto del 2019

El Ministerio Público presenta el recurso de Casación contra la Sentencia del 22/04/2018, que declaró fundada en parte la apelación presentada por la procesada Frine Pillaca Coras, absolviéndola de la agravante prevista en el numeral 1, segundo párrafo del art. 153°-A del Código Penal (ahora artículo 129-B, numeral 1, segundo párrafo), revocando la pena impuesta de 25 años y reformándola se impuso 12 años de pena privativa de la libertad.

Auto de calificación: Se concedió el recurso al Ministerio Público, por la causal del numeral 3 del art. 429 del Código Procesal Penal, para determinar la correcta aplicación e interpretación de la agravante antes mencionada. “Formas agravadas de la Trata de Personas: (...) La pena será privativa de la 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)”

LOS HECHOS.

En el sexto fundamento de la resolución se describe lo siguiente:

Sexto: Las sentencias de mérito (fojas 124 y 203) declararon probado que los primeros días del mes de enero de dos mil catorce, la acusada Frine Pillaca Coras, mediante engaños (con la presunta finalidad de que la menor labore en la venta de ropa), captó a la menor (...), de diecisiete años de edad, y la trasladó desde la ciudad de Huamanga-Ayacucho al kilómetro 108 de la Vía Interoceánica Cusco-Puerto Maldonado-Mazuko (lugar donde existe incidencia de los delitos de Trata de Personas, prostitución y minería ilegal). Para poder captarla, aprovechó su condición de prima de la menor agraviada, toda vez que su esposo, el acusado Simón Morote Tupia, era sobrino del padre de la agraviada. Luego de trasladarla a la ciudad de Puerto Maldonado (kilómetro 108), la menor no trabajó en lo prometido, sino como “dama de compañía”, en un bar denominado “Mar de Copas”, conducido por los acusados Frine Pillaca Coras, Simón Morote Tupia y Yenifer Morote Pillaca (hija de la acusada Frine Pillaca Coras). Luego de dos meses, aproximadamente, de que la menor fuera explotada laboral y sexualmente,

sin pago alguno, fue hallada muerta, en estado de descomposición, desnuda y con la ropa a un costado, el veinticinco de marzo de dos mil catorce. Como causa de la muerte se determinó traumatismo craneal cerrado.

Es interesante resaltar los considerando 10, 12 y 13 de la resolución de Casación que se señala a continuación:

Décimo. Bajo este concepto, por la forma de comisión del delito de trata de personas, no puede hablarse de la existencia de un deber de garante del tratante sobre la víctima –a excepción de los supuestos previstos en los numerales 2 y 5 del primer párrafo del artículo 153-A del Código Penal, donde sí se configura un deber de garante, por la existencia de un rol de protección y de un vínculo de parentesco con la víctima, respectivamente- La lógica criminal del tratante no está destinada a proteger bien jurídico alguno de la víctima, es decir, no recae sobre él esta obligación. El deber de garante afecta exclusivamente, a sujetos especialmente obligados.

(...) C. DOLO EVENTUAL

Duodécimo. Ahora bien, la configuración de la agravante prevista en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 153-A del Código Penal, debe ser evaluada desde la teoría del dolo eventual, en la medida en que la consecuencia de muerte (que es materia de análisis) es un resultado indeseado (pues el tratante no busca la muerte de la víctima, ya que ello frustraría sus fines, en otras palabras no le serviría a sus intereses), cuya producción no se había considerado segura por el sujeto activo, sino probable; sin embargo, no deja de actuar (asume el resultado o este le es indiferente).

Decimotercero. En ese contexto, la acusada Frine Pillaca Coras, con su conducta de captar y trasladar a la menor (...), mediante engaño, con la finalidad de explotarla sexual y laboralmente, en el bar “Mar de Copas”, ubicado en una zona de alto índice delictivo, conocida como “La pampa”, la cual se circunscribe desde el kilómetro 98 y 115 de la Carretera Interoceánica –así, conforme a los medios de comunicación, estatales y particulares, la aludida zona presenta altos índices en los delitos relativos al proxenetismo, trata de personas, minería ilegal, tráfico ilícito de drogas,

explotación sexual infantil, evasión de impuestos, contra el medio ambiente y otros –, creó un riesgo efectivo a los bienes jurídicos (vida, cuerpo, salud, libertad y otros) de la agraviada, de los cuales era consciente la acusada Frine Pillaca Coras, por el contexto en el cual se hallaba, es decir, se representaba seriamente la posibilidad del daño. En consecuencia, la agravante prevista en el numeral 1 del segundo párrafo del artículo 153-A del Código Penal es imputable a la acusada Frine Pillaca Coras, lo que evidencia que la Sala Penal de Apelaciones efectuó una errónea interpretación de la norma penal”.

Decisión: Declararon fundado el recurso de Casación, CONFIRMARON la Sentencia de 11/09/2017, que condenó a la procesada como autora del delito de Trata de Personas en su forma agravada, previsto en el art.153° primer y segundo párrafo, con la agravante del artículo 153-A, primer párrafo, numerales 4, 5 y 6, y segundo párrafo, numeral 1, del Código Penal, imponiéndole 25 años de pena privativa de libertad.

Como se puede observar en la presente jurisprudencia, se repite una situación muy similar a la primera que citamos, en donde se capta a mujeres o menores de edad para explotarlas laboral y sexualmente en bares o cantinas, principalmente en la zona de Mazuko en Puerto Maldonado, en la región de Madre de Dios en el Perú.

En este caso, es interesante resaltar que los Magistrados de la Corte Suprema interpretan que la acción que desarrolla la sentenciada tiene como elemento subjetivo del tipo al dolo eventual, precisando, que al explotar a la víctima laboral y sexualmente en un lugar de alto índice delincencial, era consciente y podía representarse la posibilidad del daño, que en este caso concreto es la “muerte de la víctima”. En esta misma línea de pensamiento se considera, que el delito de Trata de Personas puede llevarse a cabo con dolo directo o dolo eventual.

TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA

CAPÍTULO V. LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS ES UNA FORMA DE EXPLOTACIÓN QUE ATENTA CONTRA LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO Y DEBE INCLUIRSE EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Análisis de los instrumentos jurídicos internacionales con respecto a la explotación de seres humanos

A lo largo de la historia se observa la explotación del hombre por el hombre como una forma de obtener beneficios económicos o para satisfacer sus propios instintos, sometiendo a otro ser humano a su voluntad. Al respecto, cabe citar la frase “Homo homini lupus” (el hombre es el lobo del hombre) empleado por el autor romano Plauto (254-184 AC) y también por el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679) en su libro “De Cive” (Sobre el ciudadano), quien además desarrolla esta idea en su libro “Leviathán”, cuando afirma en el capítulo XIII sobre la naturaleza del hombre, lo siguiente:

Así hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria. La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación. La primera hace uso de la violencia para convertirse en dueña de las personas, mujeres, niños y ganados de otros hombres; la segunda, para defenderlos; la tercera, recurre a la fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, como cualquier otro signo de subestimación, ya sea directamente en sus personas o de modo indirecto en su descendencia, en sus amigos, en su nación, en su profesión o en su apellido (Jobbes, 1651, p. 97-98).

Como lo menciona el filósofo Thomas Jobbes, la naturaleza del hombre lo lleva a dañar a otro ser humano con la finalidad de lograr su propio beneficio, llegando al punto de utilizar la violencia para adueñarse de las personas, mujeres, niños, imponiendo su poder sobre ellos y sometiéndolos u obligándolos a realizar determinadas actividades en contra de su voluntad. Se puede advertir, que la conducta humana descrita en el libro *Leviathán*, publicado en el siglo XVII, se repite a través del tiempo hasta la actualidad, plasmándose en lo que algunos autores denominan “la esclavitud moderna”, que no es más que la explotación del hombre por el hombre.

Es así, que a través de los años, representantes de los diferentes países del mundo se unen para realizar una lucha frontal contra la explotación del ser humano en cualquiera de sus formas; realizando diversos acuerdos internacionales plasmados en instrumentos jurídicos, que en principio buscan definir las diferentes formas de explotación, tomando una actitud de prevención contra esta actividad delictiva, de protección a las víctimas y sancionar a los explotadores.

La Convención contra la “Esclavitud” de 1926, define esta forma de explotación como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”.

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), que complementa la anterior, precisa en la Sección I, las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, definiendo la “Servidumbre” como una forma de explotación, específicamente la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba; la explotación a través de la “venta de mujeres”, materializado en el matrimonio forzoso y la explotación a través de la “venta de niños y adolescentes”.

La Convención sobre el trabajo forzoso (1930), en el segundo artículo, describe esta conducta con la característica de forzosa u obligatoria cuando

es un trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece en el artículo tercero la definición del delito de Trata de Personas, señalando en la tipicidad subjetiva, como fines de explotación a 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 y la extracción de órganos.

El Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (vigente desde 2002) que complementa la Convención sobre los derechos del niño (vigente desde 1990), define en el artículo 2, la venta de niños, precisando, que es todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución.

Después de hacer este recuento de los instrumentos jurídicos internacionales referidos a las diferentes formas de explotación del ser humano, se advierte que existen las siguientes:

La Esclavitud

La Servidumbre:

La servidumbre por deudas

La servidumbre de la gleba

El trabajo forzado:

La mendicidad

La venta de seres humanos

La venta de mujeres a través del matrimonio

La venta de niños y adolescentes:

La prostitución ajena y otras formas análogas de explotación sexual:

La pornografía infantil

La pornografía de personas adultas

La extracción y tráfico de órganos y tejidos.

Haciendo un análisis, podemos distinguir siete formas de explotación del ser humano que tienen características propias que las hacen diferentes unas de otras; precisando, que dentro de estas categorías existen otras formas de explotación que tienen elementos adicionales especiales (sub categorías). Por ejemplo, la servidumbre como una forma de explotación con respecto a la servidumbre de la gleba y la servidumbre por deudas; advirtiéndose que estas dos últimas tiene los principales elementos que identifican a la servidumbre, pero con elementos adicionales que los caracterizan o los hacen especiales.

Otro ejemplo es, la explotación a través de la venta de niños y adolescentes, que se define como un acto o transacción a través del cual, una persona entrega o traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre un menor de edad a otra persona o grupo, a cambio de dinero, una remuneración, retribución u otro beneficio.

De acuerdo a esta definición, se considera a la gestación por sustitución comercial como una venta de niños, en cuyo caso, los elementos especiales característicos, es que se pacta esta transacción comercial con una mujer, quien se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño a quien entrega a otra persona o pareja a cambio de una suma de dinero, remuneración, retribución o cualquier otro beneficio, renunciando a la filiación.

Como se mencionó en el segundo capítulo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el fundamento 41 de su informe A/HRC/37/60, considera que la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños, conforme a la definición prevista en el derecho internacional relativa a los derechos humanos; lo cual, constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Además, la venta de un niño como una forma de explotación, también se realiza a través de las adopciones ilegales; teniendo como elementos específicos, que esta entrega o traslado del control físico y jurídico del menor a cambio de una suma de dinero, retribución o cualquier otro beneficio, se lleva a cabo utilizando un Proceso Judicial de Adopción, evidentemente, violando los principios que rigen esta institución jurídica, como lo es la gratuidad del consentimiento para la entrega de un niño en adopción.

Desde otro ángulo y recogiendo otros puntos de vista, es necesario analizar y aclarar si la definición de Esclavitud incluye de manera general otras formas de explotación, como la servidumbre, la venta de mujeres a través del matrimonio forzoso y la venta de niños, dentro del concepto de “otras instituciones o prácticas análogas a la esclavitud”.

Actualmente, se habla también de “las formas contemporáneas de esclavitud o esclavitud moderna” y como se mencionó anteriormente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) incluye dentro de las formas contemporáneas de esclavitud a “la servidumbre de la gleba, el trabajo forzoso, la trata de personas, la servidumbre por deudas, la prostitución, el matrimonio forzoso y el trabajo infantil”.

En este contexto, se debate con respecto a que si dentro de “las formas contemporáneas de esclavitud” también se debe incluir a la Trata de Personas, como lo hace por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que adopta esta posición en la que “ve la trata de personas como una forma contemporánea de esclavitud, enmarcándola en una suerte de relación género-especie, donde el género es la esclavitud y la especie es la trata” (Pontificia Universidad Católica del Perú, et al., 2019, p.12).

En el III Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y formas contemporáneas de esclavitud (2019), señalan tres características que diferencian la Trata de Personas de las formas

contemporáneas de esclavitud; precisando, la primera basada en la definición y regulación que se establece en diferentes instrumentos jurídicos internacionales, como es el Protocolo de Palermo y la Convención contra la Esclavitud, respectivamente; la segunda es que el delito de Trata de Personas se refiere a la acción del sujeto activo, mientras que la esclavitud se define desde el sujeto pasivo del delito; y la tercera, basada en que la Trata de Personas es un proceso, mientras que la esclavitud se centra en un sólo momento.

Compartiendo la posición adoptada en el citado conversatorio, se considera que la esclavitud y el delito de Trata de Personas, son independientes, precisando, que la primera es una forma de explotación del ser humano, referida a la condición que tiene una persona al encontrarse sometida a la voluntad de otra y obligada a realizar determinadas actividades, sin respetarse sus derechos fundamentales al ser tratada como un objeto; mientras que la Trata de Personas es un delito, que se consuma cuando el sujeto activo realiza dolosamente una determinada conducta con la finalidad de explotar a un ser humano.

Finalmente se concluye, que un ser humano puede ser sometido a varias formas de explotación de manera conjunta o de manera alternada o sucesiva; no siempre los tratantes o explotadores someten a los seres humanos a una sola forma de explotación. Por ejemplo, en la Casación emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Expediente 1876-2018 Madre de Dios del 07/06/2019), se señala que la labor de dama de compañía en un bar, que consiste en la venta de bebidas y acompañar a los clientes a beber cerveza en horario nocturno todos los días, generando atracción de tipo sexual, se considera explotación sexual y laboral, ambas de manera conjunta.

Asimismo, por ejemplo, cuando el tratante vende a un adolescente para que trabaje en la minería ilegal, quince horas diarias, sin ninguna remuneración; se advierte que se materializa la explotación a través de la venta de un ser humano y también la explotación laboral, ambas de manera sucesiva.

El obligar a una mujer, una adolescente o una niña a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida en contra de su voluntad, renunciando a la filiación, es una forma de explotación

¿Qué significa la explotación humana?

El Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece la definición del delito de Trata de Personas, precisando en el tipo penal, una estructura compuesta por las acciones que desarrolla el sujeto activo, quien utiliza determinados medios para someter bajo su autoridad o voluntad al sujeto pasivo (tipicidad objetiva), con la finalidad de explotarlo (tipicidad subjetiva).

Esta finalidad de explotación del ser humano forma parte de la tipicidad subjetiva en el delito de Trata de Personas (delito de tendencia interna trascendente), por tanto, no es necesario que se concrete, para que se consume el delito.

En el libro “El concepto de explotación en el Protocolo contra la Trata de Personas” de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), se señala lo siguiente:

1.3. La explotación en el contexto de la trata no está sujeta a una definición legal internacional precisa, aunque algunos tipos de explotación estipulados en el Protocolo se han definido mediante otros instrumentos jurídicos internacionales. Cuando los Estados consideran definiciones y entendimientos que se deben adjuntar a formas particulares de explotación en su legislación nacional, deben buscar orientación en los instrumentos legales internacionales pertinentes, incluidos los tratados de derechos humanos, los cuales aclaran varios conceptos asociados con la trata de personas (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, 2015, p. 103)

Como se menciona en la cita, en ningún instrumento jurídico internacional se ha establecido cuál es la definición de “explotación del ser humano” relacionado a la Trata de Personas, con el objetivo, que no se limite o restrinja sus alcances; sin embargo, se considera que es necesario tener una idea concreta de por lo menos los elementos esenciales que debe contener esta condición en la que se encuentran algunos seres humanos en el mundo.

Sin perjuicio, que no se tenga una definición exacta de lo que significa la “explotación del ser humano”; en el Protocolo de Palermo se mencionan diferentes formas de explotación, que como mínimo los Estados tienen que incorporar en su legislación interna, pudiendo conceptualizarlas teniendo como referente a las Convenciones Internacionales sobre la materia, suscritas y ratificadas (mencionadas en el presente trabajo de investigación), así como, los Tratados sobre Derechos Humanos.

Tomando como referencia las definiciones que se señalan en los instrumentos jurídicos internacionales, la idea que se tiene con respecto a la explotación del ser humano, en líneas generales, es el sometimiento de una persona a la voluntad de otra, para que realice actividades que no desea realizar, sino que se ve obligada por la amenaza, la violencia, la coacción, el fraude, el engaño, la privación de la libertad, entre otros medios, que utiliza quien la mantiene sometida a su autoridad o voluntad, con el objetivo de obtener dinero o algún otro beneficio; lo que implica un total desconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, vulnerando su dignidad, quien es considerado como un objeto.

En este orden de ideas, los Estados pueden incluir en su legislación penal otras formas modernas de explotación del ser humano, precisando:

1.4. Una medida de flexibilidad sobre cómo se entiende y aplica la “explotación” puede ser importante para dar cuenta de las diferentes formas de explotación que se pueden encontrar en la práctica o que

pueden surgir a lo largo del tiempo. Sin embargo, como una cuestión de equidad fundamental y para proteger los derechos de todos, es imperativo que el marco legal nacional sea suficientemente claro, de manera que los profesionales de justicia penal y la comunidad en general puedan cumplir con las normas aceptadas en materia de justicia penal.

1.5. Los Estados pueden considerar útil reconocer las nuevas formas de explotación relacionadas con la trata que van más allá de las enumeradas en el Protocolo. Ejemplos tomados de leyes nacionales incluyen mendicidad, explotación en actividades delictivas, adopción comercial y subrogación, extracción de tejidos o fluidos corporales, servicio militar, fraude financiero o de bienestar social, matrimonio forzado o servil, explotación de niños para fines políticos, uso de niños en conflictos armados y prácticas o rituales perjudiciales (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC, 2015, p. 103).

Efectivamente, como se menciona en la cita, se considera que las formas de explotación del ser humano no se agotan en lo establecido en el Protocolo de Palermo, sino que se pueden plantear otras formas modernas de explotación del ser humano, que generalmente, la criminalidad organizada desarrolla utilizando los avances de la ciencia.

En este contexto, se considera que la “explotación reproductiva” que se plantea, sí es una forma de explotación del ser humano que tiene elementos especiales que lo caracterizan y se encuentra dentro de los parámetros que identifican a las demás formas de explotación. Se precisa que, cuando la finalidad es la explotación reproductiva, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo desarrolla las acciones típicas, utilizando los medios descritos en la norma (artículo 129-A del Código Penal) para someter al sujeto pasivo, que específicamente es una mujer, con la finalidad de explotarla a través de la procreación de uno o más niños (para ser destinados a la venta u otras formas de explotación), lo que implica poner en grave riesgo su integridad física y psicológica, pudiendo provocarle la muerte.

La explotación reproductiva

La “Explotación reproductiva” se plantea como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, que consiste en obligar a una mujer, una adolescente o una niña (sujeto pasivo) a procrear, renunciando a la filiación del recién nacido, quien será destinado a la venta o sometido a alguna otra forma de explotación.

Se considera que la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, forma parte de la tipicidad subjetiva en el delito de Trata de Personas; por tanto, al ser una finalidad que persigue el sujeto activo, no es necesario que se materialice para lograr la consumación del delito, sólo debe existir la intención de utilizar a esta persona de sexo femenino para la procreación de niños.

Características

La explotación reproductiva es una nueva forma de explotación del ser humano, que tiene las características siguientes:

El sujeto pasivo o víctima es una mujer, una adolescente o una niña.

En la explotación reproductiva, el sujeto pasivo del delito de Trata de Personas es exclusivamente una mujer, una adolescente o una niña, teniendo en cuenta, que la finalidad es obligarlas a la procreación, con el objetivo de comercializar al menor que nace como consecuencia de este delito o someterlo a otras formas de explotación.

En este caso hablamos de un sujeto pasivo especial porque tiene que ser una persona de sexo femenino; prefiriendo el tratante a quienes se encuentran en la etapa reproductiva de su vida, porque justamente el objetivo de esta forma de explotación se proyecta a la procreación de niños.

Cabe precisar, que se considera adolescente a una menor de sexo femenino desde los catorce años hasta menos de dieciocho años.

Además, es importante mencionar que las niñas de menos de catorce años también pueden ser víctimas de trata de personas con fines reproductivos, teniendo en cuenta, que este sector de la población en nuestro país comienzan el desarrollo físico a temprana edad y con ello la función reproductiva.

La víctima de trata es obligada a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño y generalmente es privada de su libertad y mantenida en cautiverio.

Cuando la finalidad es la explotación reproductiva, el sujeto activo (tratante) realiza cualquiera de las acciones típicas y utilizando alguno de los medios descritos en la norma (artículo 129-A del Código Penal) somete a una mujer (sujeto pasivo) a su voluntad o autoridad con la finalidad de procrear un niño; para cuyo efecto, se logra la concepción a través de la utilización de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida o la violación sexual, obligándola a desarrollar la gestación durante nueve meses, hasta el nacimiento del niño.

En esta etapa de gestación, la mujer, la adolescente o la niña explotada, generalmente, es privada de su libertad y mantenida en cautiverio, siendo vigilada para que no pretenda abortar al feto o huir; sin perjuicio, que el tratante o explotador utilice otros medios como la amenaza, la violencia, otras formas de coacción, entre otros.

Durante este período, es frecuente que la víctima sea desarraigada de su lugar de origen a menos que el tratante o explotador sea una persona de su propia familia o su entorno, quien ejerciendo un abuso de autoridad sobre ella o abusando de su situación de vulnerabilidad, la utilice para explotarla.

Es importante subrayar que, frecuentemente, el tratante aprovecha la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar la víctima o ejerce un abuso de autoridad sobre ella, desarrollando toda esta secuencia de

actos para consumar el delito de Trata de Personas, con la finalidad de llevar a cabo la explotación reproductiva.

La víctima de trata es obligada a renunciar a la filiación con respecto a su hijo y separada del menor.

La explotación reproductiva de una mujer, una adolescente o una niña, tiene por objeto la procreación; razón por la cual, se les obliga a la entrega física del menor y tienen que renunciar a su derecho a la filiación y al ejercicio de la Patria Potestad o simplemente es separada del menor al nacer.

La entrega física del niño, la renuncia a la filiación y al ejercicio de la Patria Potestad, generalmente, se realiza a través de las alternativas siguientes:

1. El tratante o explotador con un documento de identidad falso (por ejemplo un “Certificado de nacido vivo” falso) logra la inscripción del menor en el RENIEC o en el registro oficial de otro país.
2. El médico o personal del sector salud, consigna en el “Certificado de nacido vivo” del menor a personas distintas, que no corresponde a los padres biológicos o la madre que desarrolló la gestación hasta el nacimiento del niño (consignan datos de identidad falsos); y luego es inscrito en el RENIEC o en el registro oficial de otro país.
3. El tratante o explotador obliga a la mujer, adolescente o niña explotada a renunciar a la filiación y al ejercicio de la patria potestad para que se declare al menor, nacido como consecuencia del delito de Trata, en estado de desprotección familiar; luego, en acuerdo de voluntades con funcionarios públicos, se realiza el trámite de la adopción ilegal (en realidad una venta de niños). En el reglamento (Decreto Supremo 001-2018-MIMP) se encuentran previstas sanciones graves para los funcionarios que realicen o promuevan actos de corrupción y/o tráfico de influencias (artículo 216.1.3 y 216.2.3 literal c); con lo cual, no se descarta que esta conducta de algunos funcionarios públicos haya sucedido o pueda suceder.

Este es uno de los elementos que caracteriza a la explotación reproductiva y el que mayor daño psicológico le causa a la víctima, vulnerando sus derechos fundamentales, tanto de ella como del niño que nace bajo estas condiciones de explotación del ser humano.

La víctima de trata es obligada a la procreación de niños en una sola oportunidad o de manera reiterada.

Se considera que una mujer, una adolescente o una niña, es víctima del delito de Trata de Personas a través de la explotación reproductiva, ya sea que se le obligue a la procreación de un niño o de manera reiterada a la procreación de más de un niño, siempre y cuando, se cumpla con los parámetros que se establece en el tipo penal, en cuanto a la tipicidad objetiva y subjetiva, siendo la finalidad de explotación parte de esta última.

Es evidente, que la sanción penal será mucho mayor si existe un concurso real de delitos, un delito continuado o cuando el daño a la integridad física y psicológica de la víctima sea mayor o se le cause la muerte, como una circunstancia agravante del delito.

Se pone en grave riesgo la integridad física y psicológica de la víctima de explotación reproductiva.

La explotación reproductiva expone a una mujer, una adolescente o una niña al riesgo de causarle un grave daño físico y psicológico, que se concreta principalmente de la siguiente manera:

1. La gestación múltiple. Cuando se explota a una mujer, una adolescente o una niña con fines reproductivos se daña su integridad física y psicológica, puesto que, en el caso de existir un embarazo múltiple hay un mayor riesgo en el desarrollo de la etapa de gestación y alumbramiento de los bebés. Además, a las víctimas se les obliga a abortar uno o más de los fetos cuando el tratante no los desea.

2. El riesgo de infección. Este riesgo se incrementa cuando hablamos de explotación reproductiva, si se tiene en cuenta, que el tratante no necesariamente tiene el mayor cuidado con la salud de la mujer, la adolescente o la niña explotada, quien puede encontrarse privada de su libertad o en cautiverio, desarrollando la etapa de gestación y el parto en lugares insalubres o que no reúnen los estándares de higiene e idoneidad.

3. La lesión culposa de algún órgano. Otro de los riesgos que corre la víctima explotada, es no ser atendida por un médico durante la gestación y el parto, sino por un estudiante de medicina o una persona que no tiene la experiencia profesional suficiente y le puede causar una lesión a ella o al bebé, con consecuencias graves, ante una mala maniobra o mala praxis al momento del parto, provocándole incluso la muerte.

4. En la etapa de gestación. En general, durante la etapa de gestación existe la posibilidad de producirse un grave daño a la integridad física de la mujer, la adolescente o la niña explotada, en el caso que no se le realice los chequeos médicos periódicos, ecografías, exámenes clínicos, entre otros; teniendo en cuenta que, como mencionamos, el tratante las mantiene privadas de su libertad o en cautiverio.

5. Daño psicológico. En el libro Maternidad Subrogada: Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos (EMFR), se señala el daño psicológico que generalmente sufren las mujeres que son sometidas a la explotación con fines reproductivos, precisando lo siguiente:

La EMFR plantea desafíos en el ámbito psicológico para todos los actores involucrados, no solamente para la gestante, sino también para el bebé, los solicitantes y los proveedores de gametos, entre otros.

La gestante concibe intencionalmente con el propósito de entregar al bebé y no conservarlo como parte de su familia. (...) Por su parte, el esposo convive con una mujer embarazada de otro hombre (en pocas ocasiones se recurre al espermatozoides del esposo de la gestante). (...)

Las clínicas, por su parte, sugieren a las gestantes que no se apeguen al bebé y les recomiendan entregarlo inmediatamente después del parto, así es como los recién nacidos pierden la oportunidad de ser amamantados. Las agencias ofrecen reestructurar cognitivamente los sentimientos y pensamientos maternos de la gestante para estar en consonancia con su conducta, que será la de ceder al bebé. (...)

Algunas gestantes que han sido estudiadas desde la firma del contrato hasta seis meses después de dar a luz, cambiaron su punto de vista. En un principio pensaban que debido al factor económico del “arreglo”, la entrega del niño sería más fácil (Pande, 2010).

Por otro lado, el aspecto psicológico en los niños nacidos por gestación contractual es complejo y se vuelve más complicado, dependiendo de las técnicas, en la medida que aumenta el número de “padres” involucrados y hay gametos de terceros, sea sólo el óvulo o también el espermatozoide. La realidad es que los testimonios van desde el que reconoce a quienes lo criaron como sus padres y no quiere saber de los proveedores de gametos o la gestante, hasta los que buscan con desesperación en redes sociales a sus posibles “hermanos”, “medios hermanos”, “padres”, “madres”, etc. (Bartolini Esparza, Pérez Hernández y Rodríguez Alcocer, 2014, p.48-49).

Como se menciona en la cita, definitivamente se trastoca la parte emocional y psicológica de la mujer que es explotada con fines reproductivos, porque desarrolla la gestación de un ser humano pensando que no será su hijo, sino que tendrá que entregarlo a otras personas desvinculándose totalmente de él cuando nazca; existiendo situaciones en las que esta mujer no quiere entregar a su bebé (porque considera que es la madre) y es obligada a ello.

Es tan evidente el daño psicológico que sufren las mujeres, las adolescentes o las niñas explotadas, sometidas a técnicas de reproducción humana asistida para lograr la concepción y el embarazo, que en las clínicas donde se producen estos actos recomiendan que la mujer que desarrolló la gestación por sustitución entregue al bebé inmediatamente después del

parto o simplemente es separado de ella, impidiendo incluso que lo vea, para que no se genere o inicie un vínculo afectivo.

Con respecto al niño que nace de una víctima de Trata que es explotada con fines reproductivos, efectivamente, el daño psicológico que se produce es mucho más grave, porque en la mayoría de las veces los desarraigan de su lugar de origen, no conocen a sus padres biológicos (cuando el material genético es donado), se les cambia la identidad y la nacionalidad, permaneciendo con una serie de dudas e incertidumbre sobre sus orígenes a lo largo de su vida. Peor aún, el daño psicológico es mayor cuando el niño es vendido o sometido a otras formas de explotación.

La explotación reproductiva a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida

Como mencionamos, la explotación reproductiva como una finalidad en el delito de Trata de Personas se consuma, cuando el sujeto activo realiza en contra de una mujer, una adolescente o una niña (sujeto pasivo) alguna de las acciones o conductas típicas, utilizando los medios descritos en la norma (en el caso de las niñas o adolescentes no será necesario que use alguno de los medios), con la finalidad de explotarlas obligándolas a la procreación.

Esta finalidad de explotación se ejecuta, sometiendo a la víctima del delito de Trata de Personas a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, en contra de su voluntad, para lograr la fecundación y el embarazo, obligándola a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, quien es entregado al tratante, renunciando a la filiación; o es simplemente separada del bebé al nacer.

Se considera que la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, utilizando técnicas de reproducción humana asistida, en contra de la voluntad de ellas, es una de las principales formas que usa el tratante para lograr la concepción y obliga a la víctima a desarrollar el embarazo con el

objetivo de procrear un niño; sin embargo, también hay otras formas de explotación con fines reproductivos como se analizará más adelante.

Características

La explotación reproductiva a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, tiene características específicas que la definen de manera particular, como se señalan a continuación:

El sujeto pasivo o víctima es una mujer, una adolescente o una niña.

Es un sujeto pasivo especial, específicamente, mujeres, adolescentes o niñas que son captadas por el tratante para ser explotadas con fines reproductivos, tomando en cuenta como principal requisito, que se encuentren en una edad reproductiva para ser sometidas a técnicas de reproducción humana asistida (siendo la más usada la Inseminación artificial y la Fecundación in vitro), con el objetivo de utilizar el material genético de la víctima (óvulo).

Sin embargo, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en la explotación reproductiva, también le permite al tratante explotar a mujeres de edad avanzada, usándolas como portadoras gestantes, vale decir, las someten a una Fecundación in vitro, en contra de su voluntad, transfiriéndole un embrión en el útero (con material genético de terceros), obligándola a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño y renunciando a la filiación.

Se utilizan técnicas de reproducción humana asistida en contra de la voluntad de la mujer, la adolescente o la niña víctima de trata para lograr la concepción y son obligadas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño.

Uno de los elementos que identifica a la explotación reproductiva, bajo esta modalidad, es la utilización de las mencionadas técnicas reproductivas en contra de la voluntad de una mujer, una adolescente o una niña a quien el

tratante obliga a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, renunciando a la filiación.

La explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas utilizando las técnicas de reproducción humana asistida (en contra de su voluntad) tiene como objetivo lograr la procreación de niños de la siguiente manera:

1). Se usa el material genético (óvulo) de la mujer, la adolescente o la niña que es explotada y el espermatozoides de un tercero (donante), logrando la fecundación a través de la Inseminación artificial o la Fecundación in vitro.

2). Se usa el material genético (óvulo y espermatozoides) de terceras personas o donantes y a través de la Fecundación in vitro se logra la fecundación; luego, el embrión es transferido al útero de la víctima que es explotada, en contra de su voluntad, convirtiéndose en lo que comúnmente se denomina “portadora gestante”.

Estas técnicas de reproducción humana asistida son utilizadas por los tratantes para lograr la fecundación, asegurándose de esta manera que la víctima explotada conciba (en contra de su voluntad), obligándola a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño.

La víctima de trata es obligada a renunciar a la filiación con respecto a su hijo y separada del menor.

Como lo mencionamos, la explotación reproductiva de una mujer, una adolescente o una niña tiene por objeto la procreación y los bebés que nacen como consecuencia de este delito son comercializados o sometidos a alguna otra forma de explotación; para cuyo efecto, se les obliga a las víctimas a la entrega física y jurídica del menor.

En la explotación reproductiva, la entrega física y jurídica, generalmente, se realiza de la manera como se mencionó en el punto precedente, vale decir, a través de la emisión de un documento de identidad falso (Certificado de nacido vivo falso); o en concierto de voluntades con el médico que atendió el

parto o el personal del sector salud, consignan en el “Certificado de nacido vivo” como padres del niño a personas que no son los padres biológicos (ni el nombre de la mujer que desarrollo la gestación por sustitución).

Adicionalmente, otra forma en que se realiza la entrega física y jurídica del niño es a través de un Proceso de Adopción ilegal o fraudulento, obligando a la víctima explotada a declarar su consentimiento para la adopción del menor, utilizando la figura de la Adopción en vía de Excepción (Artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el Decreto Legislativo 1297). En este caso, por ejemplo, la mujer o la adolescente explotada es obligada a someterse a una Inseminación artificial o Fecundación in vitro, utilizando el material genético (esperma) proporcionado por el comprador del niño para que exista un vínculo de parentesco y proceda la Adopción en vía de Excepción, siendo obligada ella a entregar el niño en adopción, vulnerándose los principios que rigen esta institución jurídica.

En algunos países como en el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica, las portadoras gestantes o las mujeres que se someten a la gestación por sustitución (aportando el óvulo), pueden renunciar a la filiación a través de un documento privado, incluso antes del nacimiento del niño. Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU señala:

No obstante, algunas jurisdicciones en el ámbito de la gestación por sustitución han establecido normas jurídicas en virtud de las cuales las madres de alquiler gestantes, a las que suelen denominar “portadoras gestantes”, “portadoras por sustitución” o “gestantes de alquiler”, pierden la patria potestad antes del parto en virtud de un contrato suscrito antes del traslado del embrión. (...) Al respecto, en Johnson c. Calvert el Tribunal Supremo de California indicó expresamente que la madre de alquiler había “renunciado por contrato a todo derecho sobre el niño” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p.14)

En lugares como California, es relativamente más sencillo que las organizaciones criminales desarrollen la explotación reproductiva, obligando a una mujer, una adolescente o una niña explotada a renunciar a la filiación y al ejercicio de la Patria Potestad a través de un documento privado (en virtud de lo que algunos autores denominan “voluntad procreacional”), revistiendo de legalidad un acto delictivo (delito de Trata de Personas), que ante un Juez se podría calificar como válido, como se menciona en la cita.

Se causa un grave daño a la integridad física y psicológica de la víctima de trata, pudiendo provocarle hasta la muerte.

Los riesgos de daño físico que sufre la víctima de explotación reproductiva se presentan al momento que se le somete a las técnicas de reproducción humana asistida, en contra de su voluntad, así como, al momento del parto; como lo hemos mencionado líneas arriba y que ahora será graficado con situaciones reales.

1. La gestación múltiple. Existen riesgos de un embarazo múltiple que se describen a continuación:

Por otro lado, en países como Estados Unidos no pueden ser colocados más de dos embriones en las gestantes contratadas; en otros, como la India o México, comúnmente son colocados más de tres embriones para elevar las posibilidades de embarazo, aunque con ello se incrementen también los riesgos de salud tanto para el bebé como para la gestante, pues es sabido que un embarazo múltiple aumenta la probabilidad de complicaciones durante el embarazo y el parto (ASRM, 2008) (Bartolini Esparza, et al, 2014, p.47).

El riesgo de causarle un grave daño a la integridad física de la mujer, la adolescente o la niña explotada a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, es mayor cuando se le transfiere al útero varios embriones (más de dos) y todos anidan, produciendo un embarazo múltiple que le puede provocar la muerte, si es obligada a desarrollar la gestación, pudiendo sufrir una serie de complicaciones.

En la gestación por sustitución, cuando se presenta el caso de un embarazo múltiple, pueden obligar a la mujer que desarrolla la gestación a abortar uno o más de los fetos, como lo señala el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU:

32. En la causa Cook la agencia de gestación por sustitución puso en contacto a una madre de alquiler de 47 años de edad con un aspirante a padre soltero de 50 años de edad. Se implantaron tres embriones a raíz de los cuales la mujer quedó embarazada de trillizos. Surgieron conflictos cuando el aspirante a padre puso reparos al pago de los costos de un embarazo de trillizos de alto riesgo y exigió un aborto selectivo con fines de reducción. En el contrato de gestación por sustitución figuraba una disposición común en el sentido de que las decisiones en materia de aborto selectivo con fines de reducción incumbirían al aspirante a progenitor. La madre de alquiler se negó a que se le practicara ese tipo de aborto. Por ello, “el abogado de C. M. informó a Cook de que, de negarse a practicar el aborto con fines de reducción, incumplía el contrato, por lo que se le podía exigir una indemnización monetaria”. También se sostiene que puede exigirse a las madres de alquiler que se niegan a someterse a abortos selectivos con fines de reducción una indemnización monetaria que incluiría “el costo del tratamiento médico de todo niño que nazca” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p. 11)

Como se describe en la cita, en las transacciones de gestación por sustitución comercial, se obliga a la mujer que desarrolla la gestación a abortar un determinado número de fetos para disminuir los costos (sin importar los derechos fundamentales del concebido). Con mayor razón, esta práctica se torna frecuente en los casos donde se lleva a cabo la explotación reproductiva (entendida como una finalidad del delito de Trata de Personas), teniendo en cuenta, que la mujer, la adolescente o la niña explotada es considerada como un objeto y utilizada sólo para la procreación.

En este contexto, no sólo existe un daño a la integridad física de la víctima explotada, que es sometida a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida (en contra de su voluntad), sino también, se produce un daño psicológico al ser obligada a abortar, en el caso que se produzca un embarazo múltiple y el tratante no lo desee, poniendo en riesgo su vida.

2. La hiperestimulación ovárica. Puede causar un grave daño a la salud y al normal funcionamiento de los ovarios de la mujer, la adolescente o la niña que es explotada. Este procedimiento médico se realiza en la primera etapa de la Inseminación artificial y en la Fecundación in vitro, con el objetivo de lograr una mayor producción de óvulos para ser fecundados.

Si este procedimiento se realiza de manera reiterada o por una persona que no es un médico o no tiene la experiencia profesional necesaria, puede causar un grave daño a la integridad física de la víctima.

3. La lesión culposa de algún órgano. Otro de los riesgos que corre la mujer o la adolescente explotada, es que una persona que no es un médico le realice alguna de las técnicas de reproducción humana asistida (en contra de su voluntad), provocándole una lesión con consecuencias graves a su integridad física; lo que también puede ocurrir al momento del parto, en agravio tanto de ella como del bebé.

4. En la etapa de gestación y nacimiento del niño. Existe el riesgo de producirse un grave daño a la integridad física de la mujer, la adolescente o la niña explotada que fue sometida a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme se señala a continuación:

A nivel obstétrico, el uso de estas técnicas provoca un aumento en la incidencia de embarazos ectópicos, placenta previa, embarazos múltiples, riesgo de aborto y parto prematuro (ASRM, 2008). También es común que se produzcan abortos espontáneos en casi el 15% de las mujeres menores de 35 años y en el 25% de las que tienen 40 años (ASRM, 2012). Por último, problemas como parto prematuro,

malformaciones genéticas e infecciones son problemáticas presentes que no escapan a la EMFR y deben ser consideradas dado el incremento de hospitalizaciones de recién nacidos en países donde esta práctica se ha popularizado (Anu et al., 2013) (Bartolini Esparza, et al, 2014, p.47).

Como se menciona en la cita, otro de los riesgos que pueden provocarle un grave daño a la integridad física de la víctima es la incidencia de embarazos ectópicos, placenta previa, embarazos múltiples, riesgo de aborto y parto prematuro; que de presentarse y no ser atendidas en un hospital o centro de salud, lo más probable es que pierdan la vida ante la inacción por parte del tratante.

Asimismo, si el niño presenta malformaciones genéticas al nacer, generalmente, es abandonado por parte del tratante, porque la finalidad es venderlo a parejas que no tienen hijos y no lo podrá hacer, ni tampoco lo podrán someter a otras formas de explotación; lo que en la práctica no representa ningún beneficio económico para ellos.

Con respecto a esta situación que sufren las mujeres explotadas, el 02 de agosto del 2014, el diario BBC Mundo publicó una noticia sobre el caso de Baby Gammy, quien es un bebé de seis meses, que nació como consecuencia de una transacción de gestación por sustitución comercial realizada entre una pareja de nacionalidad australiana y una mujer tailandesa de nombre Pattaramon Chanbua quien dio a luz mellizos, pero como uno de ellos (Gammy) presentaba una lesión cardíaca congénita y síndrome de Down fue abandonado por la pareja; precisando la publicación lo siguiente:

Pareja australiana abandona a bebé con síndrome de Down de madre subrogada.

El bebé de seis meses, llamado Gammy, también nació con una condición cardíaca congénita y necesita tratamiento médico urgente.

Pattaramon Chanbua recibió US\$15,000.00 para alquilar su vientre a una pareja australiana que no ha sido identificada.

La pareja regresó a su hogar en el occidente de Australia con la hermana melliza de Gammy, que está en buen estado de salud.

Chanbua fue dejada a cargo del pequeño y, en un principio, dijo no tener los medios para pagar el tratamiento que necesita el bebé. (...)

Pattaramon Chanbua fue informada de la condición del feto cuatro meses después de iniciado el embarazo y la pareja australiana le pidió que tuviera un aborto.

Ella rehusó hacerlo diciendo que iba en contra de su religión budista.

La madre subrogada de 21 años, que ya tiene otros dos hijos, asegura que no tiene el dinero para pagar los costosos tratamientos de Gammy. (BBC Mundo, 2014, p.1)

El caso de Baby Gammy es sólo uno de muchos casos más que existen en el mundo, con respecto al abandono de bebés nacidos como consecuencia de transacciones comerciales de gestación por sustitución, donde los tratantes o aspirantes a progenitores deciden abandonar a los niños por diferentes motivos, ya sea porque presentan malformaciones congénitas, tienen síndrome de Down, presentan autismo, algún tipo de dolencia física o psicológica o también porque la pareja que iba a asumir el rol de progenitores se separa o deciden simplemente que ya no quieren tener un niño; considerando a los menores como objetos, sin respetar sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la identidad, la filiación, la nacionalidad, la familia, desarrollarse en su lugar de origen, entre otros.

En este caso concreto, la mujer tailandesa había aceptado la transacción de gestación por sustitución comercial y entregar a sus dos mellizos a cambio de una suma de dinero (US\$15,000 dólares), lo que se considera una compra y venta de niños (delito de Trata de Personas). La mujer tailandesa no denunció algún tipo de explotación por parte de la pareja de australianos o a alguna organización criminal de Trata de Personas, que haya desarrollado las acciones típicas, utilizando como medio comisivo la violencia, la amenaza, la coacción, la privación de la libertad o abuso de

autoridad; pero sí se evidencia **la concesión de un pago** de dinero a la mamá de los mellizos para que traslade el control físico y jurídico que tenía sobre ellos y **una situación de vulnerabilidad**.

Con respecto a este mismo caso de gestación por sustitución comercial en el artículo “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal” el autor menciona lo siguiente: “El caso Baby Gammy nos permite abrir los ojos a las realidades ocultas del negocio transnacional de la gestación subrogada. Una pareja australiana rechazó al bebé «defectuoso» –con síndrome de Down– como si fuera mercancía averiada que se puede devolver” (Guerra Palmero, 2017, p.4).

Es evidente la compra y venta de niños a través de la gestación por sustitución comercial como si fueran objetos y como dice el citado autor, el rechazo de uno de los bebés “Baby Gammy” como si fuera un objeto defectuoso, lo que en nuestro país es una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

La gestación por sustitución comercial constituye una venta de niños y es una forma de explotación reproductiva

Es importante analizar el tema desde dos perspectivas, puesto que, pueden existir dos potenciales víctimas del delito de Trata de Personas:

- a). El menor que nace como consecuencia de una transacción de gestación por sustitución comercial.
- b). La mujer que pacta la transacción de gestación por sustitución comercial.

La gestación por sustitución comercial es una venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas

La gestación por sustitución comercial se define como el acto o transacción mediante el cual una persona pacta con una mujer, para que esta última a

través de la utilización de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida logre concebir, desarrolle la gestación hasta el nacimiento del niño y lo entregue, renunciando a la filiación (realice el traslado del control físico y jurídico que ejerce sobre el menor) a cambio de una suma de dinero, remuneración, retribución o cualquier otro beneficio.

Como se mencionó anteriormente, en el Informe A/HRC/37/60 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se afirma que la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye una venta de niños, lo que ha quedado demostrado a través de la investigación y análisis de casos concretos que existen en diferentes países del mundo.

Se comparte la posición que se expone en el citado informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, puesto que, la transacción comercial de gestación por sustitución es una compra y venta de niños, teniendo en cuenta, que el desarrollo de esta actividad coincide con la definición de venta de niños que se señala en el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño y que según la interpretación que se hace en el referido informe de la ONU, consta de tres elementos básicos, como son: el pago, el traslado del control que se ejerce sobre niño y el intercambio del pago por el traslado del control que se ejerce sobre el niño.

En este contexto, la transacción de gestación por sustitución comercial reúne los tres elementos que define la venta de niños, puesto que, el pago que se realiza a favor de la mujer que desarrolla la gestación por sustitución es un elemento indispensable para que se lleve a cabo; el cual, generalmente se realiza de manera encubierta, dándole otras denominaciones como: “ayuda económica”, “donativo”, “lucro cesante”, “contraprestación por la cesión de útero”, “subvención por gastos mensuales”, entre otros. Asimismo, se pacta que la mujer que desarrolla la gestación por sustitución, tiene la obligación de realizar la entrega del niño una vez que nazca (el traslado del control físico y jurídico); y finalmente, se lleva a cabo el tercer elemento, que es el intercambio entre el menor recién nacido y la entrega de dinero o pago del precio de venta (retribución, compensación u otro beneficio).

Coincidiendo con lo que señala el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sostenemos de manera categórica que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal); siendo el sujeto pasivo el menor que nace bajo estas condiciones y a quien se le vulnera su dignidad como ser humano, considerándolo como un objeto materia de comercio. En este pacto o transacción comercial de gestación por sustitución se deja a la voluntad de las personas que realizan este tipo de acuerdos, el decidir sobre los derechos fundamentales del menor, vulnerando principalmente, su derecho a la vida, a la salud, a la identidad, a la filiación (saber quiénes son sus padres biológicos), su derecho a la nacionalidad, entre otros.

Las Adopciones Ilegales constituyen una compra y venta de niños

Según la definición que establece el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia con la Convención de la Haya de 1923, se considera que las adopciones ilegales constituyen una venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, cuando se violan las normas internacionales y nacionales sobre esta materia. Por ejemplo, una persona recibe una suma de dinero, remuneración, retribución u otro beneficio a cambio de brindar su consentimiento para entregar en adopción a su hijo, vulnerando el “Principio de la gratuidad del consentimiento”, que se encuentra prescrito en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales que regulan esta institución.

(...) Los redactores del Protocolo contra la Trata de Personas consideraron propuestas para incluir la “adopción forzada”, “adopción ilegal” y “compra o venta de niños” dentro de la lista de fines de explotación (UNODC, 2006, p. 342, nota 13; p. 344, nota 30; y p. 350). Si bien estas sugerencias no se tomaron en cuenta en el texto final, se incluyó una Nota Interpretativa que establecía que: “en este caso, la

adopción ilegal equivale a una práctica similar a la esclavitud (...) [y] también estará dentro del alcance del protocolo” (Íbid., p. 347). Conforme a esta disposición, solo cuando la adopción es llevada a cabo “con miras a la explotación del niño o adolescente o de su trabajo” se constituirá como trata. En resumen, de acuerdo con lo establecido en el Protocolo, la adopción ilegal, incluso cuando puede resultar en la venta de niños, no se caracterizará como trata a menos que se pueda demostrar la intención de explotación. El encabezado de la Directiva 2011/36/UE parece corroborar esta posición al afirmar, de manera ambigua, que la definición establecida en ese instrumento abarca las adopciones ilegales que “cumplen los elementos constitutivos de la trata de seres humanos” (Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2011, introducción, párrafo 11) (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 31-32).

En la cita se señala que las adopciones ilegales equivalen a una práctica similar a la esclavitud, (según la definición que se señala en el Convenio sobre la Esclavitud), porque en términos generales, implica la comercialización de niños o adolescentes, quienes son considerados como objetos y sobre los cuales una persona actúa ejerciendo los atributos del derecho de propiedad.

En líneas generales, las adopciones ilegales pueden ser consideradas como una práctica similar a la esclavitud, dentro de un panorama genérico, al ser esta una forma de comercialización de seres humanos; sobre todo, en los Estados parte donde no se haya legislado de manera específica al respecto.

Existen países que legislan las adopciones ilegales de niños como un delito independiente, considerándolo como una compra y venta de niños y adolescentes, según lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo. Sin embargo, en nuestro país, el legislador peruano decidió introducir la venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal) y no existe el delito de venta de niños, niñas y adolescentes o el

delito de adopciones ilegales, como un tipo penal específico e independiente.

En el caso de la legislación penal peruana, se adopta una posición distinta al incluir la venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, lo que se considera acertado e idóneo, puesto que, la venta de un ser humano y más aún la de un niño o un adolescente, es una finalidad de explotación en sí misma; y por tanto, nos queda claro que se encuentran dentro de esta categoría, las adopciones ilegales y la gestación por sustitución comercial.

La figura de las adopciones ilegales también es usada por el tratante para llevar a cabo la “explotación reproductiva” que se plantea, ya que tiene como objetivo someter a una mujer o una adolescente (utilizando los medios descritos en la norma penal) con la finalidad de explotarla en la procreación de niños, que serán destinados a la comercialización u otra forma de explotación; y una forma de venta de niños, es precisamente a través de las adopciones ilegales, trasladando de esta manera el control jurídico que se ejerce sobre el menor.

Adopción ilegal: solo uno de los Estados encuestados (Uganda) incluye la adopción ilegal en su ley contra la trata de personas. Se espera que otro Estado (Brasil) enmiende su ley para incluir también la adopción ilegal. En Malasia, la forma “otra actividad ilegal”, que engloba la explotación, parece tener la capacidad de absorber la adopción ilegal. El debate en torno a la adopción ilegal en el contexto de la trata de personas se centra en la pregunta de si es posible establecer una intención de explotación. En la mayoría de los marcos legales, si un proceso de adopción busca ubicar a un niño en una situación de explotación (por ejemplo, con fines de criminalidad forzada, matrimonio o explotación sexual), parece haber pocas dudas de que esto podría ser reconocido como una forma de explotación relacionada con la trata. Sin embargo, cuando el objetivo de la adopción no es la explotación, eso sería suficiente para excluirlo del marco de la trata de la mayoría

de los Estados. A este respecto, debe señalarse que la venta de niños para su explotación está incluida dentro de la comprensión jurídica internacional de las “prácticas análogas a la esclavitud” (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 97).

En la presente investigación jurídica, la posición que se adopta es que la venta de niños, niñas y adolescentes es una finalidad de explotación en sí misma, no siendo necesario que la venta tenga como objetivo destinar a la víctima a otra forma de explotación para ser considerado como delito de Trata de Personas, más aún, cuando en la legislación penal peruana ya se adoptó una clara posición al respecto.

En este orden de ideas, se considera a las adopciones ilegales dentro de la categoría de venta de niños, niñas y adolescentes, siendo esta una finalidad de explotación en sí misma, en el delito de Trata de Personas; discrepando con lo que se señala en la cita, puesto que, no es necesario que la venta de un niño o un adolescente tenga como objetivo destinarlo a otra forma de explotación para entenderlo como trata.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina en la siguiente cita:

La recepción supone la entrega de la persona traficada a efectos de ser explotada. El traficante entrega a la persona y es el explotador quien la recibe. Se convierte en autor de un delito de trata previo al de explotación. Se considera la existencia de un doble castigo en el que el explotador compra a la persona traficada participando en el negocio sobre ella, lesiona el interés jurídicamente protegido del art. 177 bis del CP al convertir a la víctima en objeto de comercio; lesionándose posteriormente otro interés jurídico con la explotación (Hernández, 2014, p.76)

Coincidiendo con la opinión de la mencionada autora, la venta de seres humanos es una finalidad de explotación en sí misma, por tanto, no es necesario que tenga como objetivo otra forma de explotación para

considerarlo como Trata de Personas; puesto que, ya se lesionó el bien jurídico protegido que es la dignidad de la persona al considerarla como un objeto materia de comercio; sin perjuicio, que al ser utilizada o sometida a alguna otra forma de explotación, como lo dice la autora, sería “un doble castigo” para la víctima y se puede presentar un concurso de delitos.

Existe la explotación reproductiva a través de la gestación por sustitución comercial

En las transacciones de gestación por sustitución comercial se parte de la premisa que es un acuerdo de voluntades, mediante el cual, se pacta que una mujer (mayor de edad) desarrolle la gestación por sustitución hasta el nacimiento del niño, el cual tiene que entregar (renunciando a la filiación), a cambio de una suma de dinero, una remuneración, retribución o cualquier otro beneficio; por tanto, al prestar su consentimiento informado no es víctima de explotación.

En este contexto y partiendo de esta premisa, se concluye que la gestación por sustitución comercial es una venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. En este caso, el sujeto pasivo es el menor que nace bajo esta condición y el sujeto activo es la mujer que desarrolla la gestación por sustitución (en calidad de vendedora), así como, la persona que pacta con ella y recibe al niño a cambio de entregar a esta última una suma de dinero, remuneración o cualquier retribución (en calidad de comprador).

Sin embargo, actualmente existen prácticas abusivas cuando se lleva a cabo las transacciones de gestación por sustitución comercial, como lo señala el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU que se cita a continuación:

29. Están bien documentadas las prácticas abusivas en el contexto de la gestación por sustitución. Ejemplos de ello son el empleo de madres de alquiler de la India y Tailandia por delincuentes de Australia e Israel

condenados por delitos sexuales, el empleo por un hombre japonés adinerado de 11 madres de alquiler que dieron a luz a 16 niños en Tailandia y la India, el abandono de un recién nacido con discapacidad gestado en un vientre de alquiler en Tailandia y el abandono o venta de recién nacidos “sobrantes” gestados en vientres de alquiler y nacidos en partos de mellizos en la India. Las redes comerciales de gestación por sustitución trasladan a madres de alquiler de un país a otro, a veces cuando están embarazadas, para eludir la legislación nacional; en un caso, las autoridades tailandesas descubrieron y liberaron a 15 mujeres vietnamitas, a raíz de lo cual se presentaron cargos por trata de personas en el contexto de un plan de criadero de bebés (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p. 13).

Como se señala en la cita, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha corroborado estas prácticas abusivas, en donde las organizaciones criminales que operan a nivel mundial, captan a mujeres y las convencen, mediante engaño, para que brinden su consentimiento a este tipo de acuerdos o transacciones de gestación por sustitución comercial, ofreciéndoles grandes cantidades de dinero a cambio de someterse a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño y entregarlo, renunciando a la filiación.

Sin embargo, una vez que quedan embarazadas, el supuesto contratante (tratante) ejerce violencia, amenaza o alguna otra forma de coacción sobre ellas, incluso llegan hasta privarlas de su libertad en muchos casos, manteniéndolas en cautiverio hasta el nacimiento del niño, obligándolas a entregarlo muchas veces en contra de su voluntad, (cuando la mujer que desarrolló la gestación por sustitución se retracta de este acuerdo y no quiere entregar a su hijo) o sin ningún pago a cambio; y si el menor nace con algún tipo de malformación genética, síndrome de down, autismo u otra dolencia física o psicológica, simplemente lo abandonan, evidenciando una explotación reproductiva de mujeres, dentro del contexto del delito de Trata de Personas.

La forma de explotación de mujeres en Tailandia a través de los acuerdos o transacciones comerciales de gestación por sustitución, se describen a continuación:

Otro (Tailandia) ha procesado la subrogación comercial que involucra la fuerza y el fraude como una forma de explotación sexual relacionada con la trata. Es importante reconocer que la maternidad subrogada comercial internacional es un tema muy nuevo para la comunidad internacional y que muchos Estados todavía no han armonizado sus leyes con lo que está sucediendo en la práctica. Los profesionales de varios Estados señalaron que la maternidad subrogada comercial puede de hecho implicar trata (típicamente del subrogado, pero potencialmente también de las mujeres para la recuperación de óvulos), y opinaron que todos los Estados interesados deben abordar esta cuestión. Dejando de lado el potencial de que la madre sustituta sea víctima de trata, parece que la subrogación comercial internacional también se encuentra comprendida en la definición legal internacional de “venta de niños” (Naciones Unidas, 2002) (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 97-98).

Como se menciona en la cita, los acuerdos o transacciones de gestación por sustitución comercial sirven muchas veces de fachada para la “explotación reproductiva de mujeres”, quienes en un primer momento pueden haber brindado su consentimiento ante la promesa de pago de una alta suma de dinero para la procreación de un niño, que será entregado al nacer, renunciando a la filiación.

Sin embargo, este pacto o transacción de gestación por sustitución en realidad resulta ser una situación fraudulenta o simplemente un engaño y el tratante o contratante una vez que capta a mujeres, generalmente, las desarraiga de su lugar de origen y utilizando la violencia, la amenaza, otras formas de coacción, la privación de la libertad, entre otros, la somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida para lograr concebir y la obliga a desarrollar la gestación; careciendo de efectos jurídicos el

consentimiento brindado por la víctima en un primer momento, como lo señala el inciso 4 del artículo 129-A del Código Penal, siendo explotada.

A través de la gestación por sustitución comercial no sólo se produce la explotación de niños (venta de niños), sino también en muchos casos, la explotación reproductiva de mujeres y adolescentes, como se señala a continuación:

30. (...) Se registran prácticas abusivas en jurisdicciones donde la gestación por sustitución de carácter comercial presuntamente está bien regulada. Por ejemplo, se declaró culpables a dos destacados abogados en el ámbito de la gestación por sustitución integrantes de una red de venta de recién nacidos en California, que es un centro de contratos internacionales de maternidad subrogada. Según autoridades gubernamentales, una destacada abogada en el ámbito de la gestación por sustitución admitió que “ella y sus cómplices hicieron uso de portadoras gestantes para crear un inventario de niños no nacidos que venderían a razón de más de 100.000 dólares cada uno”. La abogada condenada dijo a los medios de comunicación locales que, por lo que se refiere a las prácticas abusivas, su caso era “la punta del iceberg” en una “industria corrupta que movía miles de millones de dólares” (ONU, 2018, Informe A/HRC/37/60, p. 11).

Como lo acredita el Informe A/HRC/37/60 (2018) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, las transacciones de gestación por sustitución comercial constituyen una venta de niños; por tanto, en nuestro país constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En tal sentido, es importante que la Organización de las Naciones Unidas a través de informes, ponga en evidencia casos reales y concretos de venta de niños a través de las transacciones comerciales de gestación por sustitución, incluso en lugares donde se legisla al respecto, como lo es en el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica, donde existe organizaciones criminales que incluyen a abogados en esta actividad de

venta de niños por catálogos, que ofrecen al precio de cien mil dólares americanos cada uno.

Otro caso de prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial, que se menciona en el citado Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, es el caso Cook, donde un hombre soltero de 50 años de edad realiza una transacción de gestación por sustitución con una mujer, quien quedó embarazada de trillizos; ante lo cual, el aspirante a padre puso reparos al pago de los costos de un embarazo de trillizos de alto riesgo y exigió un aborto selectivo con fines de reducción. La madre de alquiler se negó a que se le practicara ese tipo de aborto; sin embargo, el pacto la obligaba a abortar de lo contrario se le podía exigir una indemnización que incluiría el costo del tratamiento médico de todos los niños que nazcan.

Las prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial también incluyen obligar a la mujer que desarrolla la gestación a abortar, en el caso que así lo decida el aspirante a progenitor o la persona que pacta esta transacción con ella; como si el concebido no fuera sujeto de derechos, como si fuera un objeto que se puede desechar en cualquier momento. Esta situación se repite en los países que permiten este tipo de transacciones, mientras que en los países en los cuales la venta de niños es un delito (delito de Trata de Personas en el Perú) lo realizan, generalmente, las organizaciones criminales.

En este punto, se adopta la posición que la gestación por sustitución comercial constituye, en principio, una venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal). Sin embargo, en algunos casos, también se produce la explotación reproductiva de la mujer que desarrolla la gestación por sustitución, cuando el sujeto activo realiza cualquiera de las conductas típicas, utilizando los medios descritos en la norma penal, sometiéndola a su voluntad o autoridad, con la finalidad de llevar a cabo la procreación de niños a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, que son destinados a la venta o sometidos a otra forma de explotación.

Otras formas de explotación reproductiva

Cuando se inicia la presente investigación jurídica se planteó la “explotación reproductiva” como una nueva finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, que consiste en utilizar a mujeres, adolescentes y niñas en la procreación de seres humanos, sometiéndolas a las diferentes técnicas de reproducción humana asistida (en contra de su voluntad) para lograr la concepción, obligándolas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, quien es entregado al tratante o explotador para ser comercializado o usado en otras formas de explotación.

Sin embargo, a lo largo de la investigación nos damos cuenta que en otros países existen otras dos formas o modalidades de “explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas”, que analizaremos a continuación.

La trata de mujeres, adolescentes y niñas con fines de explotación reproductiva a través de la violación sexual

Esta forma de explotación reproductiva a través de la violación sexual de mujeres, adolescentes y niñas, en esencia es similar a la que planteamos como tema central de la presente investigación jurídica; la diferencia radica básicamente en la manera como se obtiene que la víctima sea fecundada para la procreación de un bebé, que será comercializado por el tratante o sometido a otras formas de explotación.

En este contexto, el delito de Trata de Personas, con fines de explotación reproductiva, se consuma cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones típicas que, generalmente, es captar al sujeto pasivo (una mujer, una adolescente o una niña) y utilizando los medios como la violencia, amenaza, coacción, fraude, engaño, privación de la libertad, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad (en el caso de niñas y adolescentes no es necesario utilizar estos medios), somete a la víctima con la finalidad de procrear seres humanos; para cuyo efecto, esta última es violentada sexualmente en una o varias oportunidades hasta concebir,

siendo obligada a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño, (renunciando a la filiación) quien será comercializado por el tratante o sometido a otras formas de explotación.

En la página web del Diario BBC News Mundo del 2 de octubre del 2019, se publica la noticia siguiente:

El inhumano negocio de las "fábricas de bebés" en las que mantienen secuestradas a mujeres para embarazarlas y poner a sus hijos en venta.

Fueron en busca de empleo y terminaron esclavizadas, violadas y con sus hijos puestos en venta.

En el último episodio de tráfico humano en Nigeria, la policía liberó a 19 mujeres en cautiverio y rescató a cuatro bebés hallados en lo que se conocen como una "fábrica de bebés" localizada en Lagos.

Estas mujeres fueron engañadas y se les prometió un trabajo "con el propósito de embarazarlas y luego vender a los bebés", según las autoridades.

Aún se desconoce quiénes son y dónde están los compradores potenciales, pero las autoridades nigerianas revelaron que las niñas se venden por US\$830 y los niños por US\$1.400 (...)

Las mujeres rescatadas tienen entre 15 y 28 años y les trajeron a Lagos, la ciudad más grande de Nigeria, con la promesa de darles empleo.

Pero al llegar, fueron puestas en cautiverio y violadas (...)

Más de 160 niños rescatados

En abril de 2018, 100 niñas y 62 niños fueron rescatados por las autoridades policiales de una "fábrica de bebés" y dos orfanatos sin registrar en Lagos.

En esa ocasión, algunos de esos niños y bebés mostraban signos de abuso sexual.

En 2013, 17 adolescentes embarazadas y 11 bebés fueron rescatados de una casa en el estado de Imo, al sureste del país.

Entonces, las adolescentes dijeron haber sido violadas por un solo hombre.

Son solo ejemplos de una terrible problemática a la que las autoridades nigerianas parecen no saber cómo hacer frente (Corporación Británica de Radiodifusión, BBC News Mundo, 2019, p.1).

Como se puede observar en la noticia publicada en el Diario Británico BBC News, en Nigeria existe la Trata de Personas a través de la explotación de mujeres y adolescentes, que denominan “fábrica de bebés”, lo que constituye una cruel realidad que se expone al mundo entero; precisando, que las víctimas son captadas a través de engaño (falso empleo) y privadas de su libertad (mantenidas en cautiverio), siendo violadas de manera reiterada hasta quedar embarazadas, obligándolas a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño (renunciando a la filiación), quien es comercializado por el tratante al precio de US\$ 830 dólares si es una niña y US\$1400 dólares si es un niño.

Esta criminalidad organizada que opera en Nigeria, explotando a mujeres y adolescentes, es muy similar a la explotación reproductiva que planteamos, con la diferencia que en este último caso, el sometimiento de las víctimas incorpora un elemento adicional que es el uso de las técnicas de reproducción humana asistida para lograr la concepción, obligándolas a desarrollar la gestación y con ello la procreación de niños; sin perjuicio, que esta forma de explotación también se extiende a la situación en que la víctima es violada sexualmente para lograr la concepción y con ello la procreación de un niño, que será comercializado por el tratante.

La trata de mujeres embarazadas cuya finalidad es la explotación reproductiva

La legislación de Bulgaria se acerca mucho a la forma de explotación reproductiva que se plantea en la presente investigación jurídica, con algunos matices distintos, como se afirma a continuación: “(Bulgaria) ha establecido la trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a sus

bebés como un delito” (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 97).

En la legislación de Bulgaria se incluye a “la trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a sus bebés”, tipificándolo como un delito, pero es necesario entrar al detalle en este tema, teniendo en cuenta, que tienen un Código Penal y una ley especial que tipifica el delito de Trata de Personas, precisando, lo siguiente:

Establece el elemento de fin como explotación, que se define como “el uso lascivo e ilegal de personas, para la extracción de órganos, tejidos, células o los fluidos corporales de las víctimas, para el trabajo forzado, la mendicidad o la servidumbre, para la colocación en la esclavitud o en una posición similar a la esclavitud”. Ninguna de estas formas de explotación está definidas (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 41)

Dentro de los parámetros que establece la norma analizada, se interpreta que la palabra “fin” se entiende como sinónimo de **“explotación”**, **definiéndose como el uso lascivo e ilegal de personas**; es así, que teniendo en cuenta esta premisa, se tipifica como delito en su forma agravada la explotación de mujeres embarazadas con el objetivo de comercializar a los niños.

Fin estipulado. Trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a los niños: como se señaló anteriormente, este “fin” se establece en el Código Penal como un delito agravado. Aunque no se proporcionó ninguna jurisprudencia para explicar cómo funciona en la práctica, hay indicios de que se entiende como un objetivo de explotación en sí mismo, sin que se requiera otro fin, como la servidumbre forzada establecida por separado para el delito de trata de personas. (...) Se observó que otra disposición del Código Penal prohíbe por separado la venta de bebés, de manera que es posible que las mujeres puedan ser procesadas en virtud de este artículo y al mismo tiempo ser

consideradas víctimas de la trata. Sin embargo, los profesionales notaron que generalmente las mujeres no eran procesadas sino alentadas a testificar contra sus explotadores. Se discutió que es difícil establecer una intención de explotación en los casos de mujeres que venden a sus bebés como una forma de obtener dinero para alimentar a sus otros hijos (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito UNODC, 2015, p. 43).

En el Código Penal de Bulgaria se tipifica la venta de niños como un delito independiente, (tipo penal base); y establecen como una circunstancia agravante, la trata de mujeres en estado de gestación con el objetivo de vender al niño recién nacido. En este último caso, se capta a la mujer embarazada, quien es sometida a la voluntad del tratante utilizando determinados medios, como la violencia, amenaza, coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad de la víctima, con el objetivo de explotarla con fines reproductivos, sustrayéndole su bebé para comercializarlo y obtener de esta manera un beneficio económico.

En el párrafo citado, se pretende justificar la venta de un niño por parte de su madre, señalando que no hay una finalidad de explotación cuando la intención es obtener dinero para alimentar a sus otros hijos. Al respecto, se discrepa con esta posición al considerar que la venta de un niño es una finalidad de explotación en sí misma, no siendo aceptable la justificación de esta conducta desde ningún punto de vista, ya que esa madre puede trabajar para sacar adelante a sus hijos, como lo hacen muchas mujeres en el mundo o entregarlos en adopción ante una situación de desprotección familiar.

Se considera que existe coincidencias entre “la explotación de mujeres embarazadas con el objetivo de comercializar a los niños” (legislado en Bulgaria) y la “explotación reproductiva” que planteamos; principalmente, al establecer de manera categórica que en ambos casos se produce la explotación reproductiva de una mujer o una adolescente (víctimas de trata)

al ser captada por el tratante y obligada a procrear a un niño con el objetivo de comercializarlo una vez que nazca, tipificándolo como Trata de Personas.

Estas dos formas de explotación de mujeres y adolescentes con fines reproductivos, presenta diferencias:

a). En la explotación reproductiva que se plantea, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones que se describen en la norma (artículo 129-A del Código Penal), utilizando alguno de los medios comisivos (privación de la libertad, violencia, coacción, abuso de autoridad, entre otros) para someter al sujeto pasivo (una mujer, una adolescente o una niña) con la finalidad de procrear. Para cuyo efecto, la víctima de explotación es sometida a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, en contra de su voluntad, logrando concebir y obligándola a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño (renunciando la filiación), quien será comercializado por el tratante o usado en alguna otra forma de explotación.

b). En la explotación de mujeres embarazadas con el objetivo de comercializar a los niños (legislación de Bulgaria), el delito de Trata de Personas se consuma, cuando el sujeto activo realiza la conducta típica, generalmente, captar a una mujer o una adolescente que se encuentre en estado de gestación y utilizando los medios comisivos, como la violencia, amenaza, coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad de la víctima, la somete a su voluntad, obligándola a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del bebé, apoderándose de este último para comercializarlo o someterlo a alguna otra forma de explotación.

En ambos casos existe la explotación de mujeres y adolescentes con fines reproductivos, utilizándolas como una fábrica de bebés, a quienes se les causa un grave daño a su integridad física y psicológica, pudiendo incluso provocarles la muerte; siendo el objetivo la procreación de niños para comercializarlos o someterlos a alguna otra forma de explotación.

En la Jurisprudencia peruana encontramos la Sentencia emitida el 25 de agosto del 2009, por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Expediente R.N. 5267-2008), que se ajusta a los parámetros de explotación con fines reproductivos, bajo la modalidad de trata de mujeres embarazadas con el objetivo de comercializar al niño; la misma que se analizará a continuación.

Jurisprudencia

Sentencia emitida el 25 de agosto del 2009, por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Expediente R.N. 5267-2008).

Procesados: Ysabel Jeannette Palacios Gálvez, Diana Rivas Llanos y Miguel Antonio Montoya Montes.

Delitos Imputados:

Contra el Estado Civil – Alteración de filiación de menor, en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera.

Contra el Estado Civil, en la modalidad de fingimiento de embarazo, en agravio del Estado y Fabiana Antonella Castillo Herrera.

Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Homicidio calificado, en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas.

Agraviados: Claudina Lorena Herrera Cárdenas, Fabiana Antonella Castillo Herrera y el Estado.

En primera instancia se emitió la Sentencia condenatoria del 24 de septiembre del 2008. Es apelada por los tres procesados.

En segunda instancia la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú emite la Sentencia del 25 de agosto del 2009

(Expediente R.N. 5267-2008). Cabe resaltar la parte considerativa de esta sentencia que se señala a continuación:

Segundo: Que, en cuanto a la materialidad del delito de homicidio esta se acredita con el informe Anátomo Patológico (...) acta de levantamiento de cadáver (...) en la que se describe que en el kilómetro diez de la Panamericana Sur – Surco, se encontró el cuerpo de una persona de sexo femenino de aproximadamente veinticinco años de edad, oculto dentro de una caja, en posición de cúbito lateral izquierdo, con flexión de extremidades, envuelto en una frazada y dentro de un costalillo. Asimismo, con el certificado de necropsia (...), que concluye que la muerte de la agraviada se produjo por edema cerebral y pulmonar, herida cortante abdomino uterina con apertura interna para la extracción del feto y la manipulación de vísceras, determinándose de esta manera, la forma y circunstancias en que se produjo la muerte de la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas.

En el tercer considerando se analizan las declaraciones emitidas por la procesada Ysabel Jeannette Palacios Gálvez, precisando:

Tercero: (...) En los interrogatorios del Juicio Oral (...) refirió que fingió estar embarazada porque no podía tener hijos ya que se hizo una ligadura en el año dos mil cinco. Agrega que su ex pareja Humberto Manuel Tejada sabía que no podía tener hijos, siendo él quien le presentó a la procesada Diana Rivas Llanos, en el Centro de Salud Materno Infantil “José Gálvez”, señala igualmente que ella, Humberto Tejada, Diana Rivas Llanos y el doctor Max Viela Jiménez planificaron que tenía que cuidar a una bebé en su casa y para seguridad la iban a registrar como hija suya, para lo cual le pagarían la suma de seis mil nuevos soles (...). Agrega que Diana Rivas Llanos le hizo referencia al caso de una señora que no tenía las condiciones económicas para cuidar a su bebé y que tenía que trabajar porque sostenía relaciones con un hombre malo e irresponsable. Precisa que el día de los hechos se reunieron en el frontis del Centro de Salud Materno Infantil “José

Gálvez”, Claudina Herrera Cárdenas y Diana Rivas; que subieron al vehículo que los estaba esperando, habiendo sucedido los hechos como ha narrado en sus declaraciones anteriores. Sin embargo, su versión varía para sostener que en la ruta se produjo una gresca entre la agraviada Herrera Cárdenas y Rivas Llanos, y que la dejaron en la tienda comercial “Casas y Cosas” de República de Panamá y Angamos, donde se quedó esperando, llegando posteriormente Sofía Parravicini y “Jimmy” en un Station Wagon color blanco y le entregaron la bebé, procediendo a llevarla hasta la puerta del Hospital de la Solidaridad, a donde entró gritando y fingiendo que había dado a luz en un taxi. Posteriormente fue trasladada a la Maternidad de Lima; precisando que sólo tenía como función llevar a la bebé a su casa pero prefirió trasladarla al Hospital. También señala que Diana Rivas Llanos y Humberto Tejada refirieron que a la niña le iban a buscar una familia en el extranjero y que la esposa del señor Max Vilela se encargaría de encontrarle un hogar. (...)

Cuarto: Que, de las declaraciones testimoniales de Sandybell Mora Manayay (...) y Karen Mercedes Inmenso Saavedra (...) y los médicos César Abdías Loarte López (...) y Rafael Figueroa Echandía (...) y Silvia Consuelo Hugar Ludeña (...) se ha llegado a establecer que dicha encausada ha participado en el evento criminal desde los actos preparatorios hasta su consumación del hecho criminal, habiendo fingido el embarazo, participado en la extracción del bebé, trasladando a la recién nacida hasta el Hospital de la Solidaridad con la finalidad de dar legalidad a su supuesto alumbramiento y cambiar la identidad a la menor. Así, de las declaraciones de las dos primeras testigos se puede concluir que, inicialmente fingió su estado de embarazo, luego trazó la idea de captar a diversas madres gestantes para conducir las supuestamente hasta el “Hogar de la Madre” en Miraflores, afirmando que allí se les daría mejor atención médica. Todo esto, con la única intención malévola y delictiva de trasladarlas a diversos lugares para luego extraerles sus bebés, tal como sucedió con la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas. De otro lado, con las declaraciones

testimoniales de los médicos César Abdías Loarte López, Rafael Figueroa Echandía y Silvia Consuelo Hugar Ludeña se ha podido establecer que la procesada Palacios Gálvez al momento de ingresar al Hospital de la Solidaridad, presentó profusas muestra de sangre en las manos y parte íntimas, las que se encontraban manchadas con sangre de la agraviada, así como también llevaba entre su ropa interior y abdomen parte de la placenta de Claudina Lorena Herrera Cárdenas, lo que evidencia que participó directamente en la extracción de la bebé del vientre de la agraviada Claudina Herrera y, consecuentemente, en la muerte de ésta. La concurrencia de la encausada Palacios Gálvez al Hospital de la Solidaridad y posteriormente a la Maternidad de Lima, tenía como fin no sólo la atención médica de la recién nacida, sino también, dar legalidad al alumbramiento y cambiar de identidad a la menor como finalmente se produjo, conforme se puede acreditar con el certificado de nacido vivo (...) y la partida de nacimiento (...) en los que la menor aparece con el nombre de Katherine Ysabel Tejada Palacios con fecha de nacimiento diecinueve de octubre de dos mil cinco. (...) Pues el hecho de habersele encontrado parte de la placenta entre sus piernas y ropa interior, confirma, repetimos, la tesis que la citada encausada participó de la extracción del bebé y consiguientemente de la muerte de la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas; a la vez que queda acreditado el delito Contra el Estado Civil. Consecuentemente, este extremo de la sentencia, se encuentra con arreglo a Derecho.

Parte Resolutiva. La Sala Penal resuelve lo siguiente:

Décimo Cuarto: (...) declararon I. NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas (...), en el extremo, que condenó a Ysabel Jeannette Palacios Gálvez como autora del delito Contra el Estado Civil – Alteración de Filiación de Menor- en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera; como autora del delito contra el Estado Civil – Fingimiento de Embarazo y Parto – en agravio del Estado y de Fabiana Antonella Castillo Herrera; como autora del delito Contra la Vida, el

Cuerpo y la Salud – Homicidio Calificado en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas. II HABER NUIDAD en la anotada sentencia en cuanto impuso la pena de treinta y cinco años a la procesada Ysabel Jeannette Palacios Gálvez como autora del delito Contra el Estado Civil – Alteración de Filiación de Menor- en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera; como autora del delito contra el Estado Civil – Fingimiento de Embarazo y Parto – en agravio del Estado y de Fabiana Antonella Castillo Herrera; como autora del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud – Homicidio Calificado en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas; y REFORMÁNDOLA impusieron treinta años de pena privativa de la libertad a la precitada procesada; asimismo III. NULA la aludida sentencia en el extremo, que condenó a Diana Rivas Llanos como cómplice necesario del delito Contra el Estado Civil - Fingimiento de Embarazo – en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera; asimismo, en cuanto condenó a Diana Rivas Llanos y Miguel Antonio Montoya Montes como coautores del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio calificado en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas. MANDARON se realice un nuevo juicio oral por otra Sala Superior atendiendo a la parte considerativa de la presente resolución. ORDENARON la inmediata libertad de los procesados Diana Rivas Llanos y Miguel Antonio Montoya Montes siempre y cuando no exista mandato de detención emanada por autoridad competente (...); DISPUSIERON el impedimento de salida del país de los citados encausados; (...).

Se realizó un nuevo Juicio Oral contra Diana Rivas Llanos y Miguel Antonio Montoya Montes, a éste último se le declaró reo contumaz, reservándose el juzgamiento; emitiéndose una nueva Sentencia el 31 de marzo del 2010. Esta resolución fue apelada por el representante del Ministerio Público.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resuelve el recurso de Apelación, mediante la resolución del 04 de mayo del 2011 (Expediente R.N. N° 2463 - 2010 LIMA), precisando lo siguiente:

Tercero: Que, conforme se aprecia de la sentencia (...), de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil ocho, y la Ejecutoria Suprema (...) de fecha veinticinco de agosto de dos mil nueve, quedó definida la situación jurídica de Sofía Mercedes Parravicini Caballero al ser absuelta de la acusación fiscal determinándose la responsabilidad penal de Ysabel Jeanette Palacios Gálvez, al ser condenada como autora del delito contra el Estado Civil en las modalidades de alteración de filiación de menor, en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera, y fingimiento de embarazo y parto, en agravio del Estado y de Fabiana Antonella Castillo Herrera, y asimismo, como autora del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio calificado, en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas, a treinta años de pena privativa de libertad; empero, se anula las condenas de los encausados Diana Rivas Llanos - como cómplice necesario - y Miguel Montoya Montes, en cuya virtud, luego de haberse llevado a cabo un nuevo juzgamiento de la primera por otro Colegiado Superior-al segundo se le declaró reo contumaz y se reservó su juzgamiento-, se emitió la sentencia que por mayoría la absuelve de los delitos incriminados por el representante del Ministerio Público, la que ahora es materia de grado.

Citamos los considerandos 2 y 8 de la resolución judicial, que transcribe la Acusación Fiscal y la parte resolutive, para analizar los hechos:

Segundo: Que, de la acusación fiscal (...), en el año dos mil cinco, cuando la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas se encontraba gestando, acudió al Centro Materno Infantil "José Gálvez" de Villa María del Triunfo, donde era atendida por las encausadas Diana Rivas Llanos en su calidad de obstetrix, así como, por la asistente social Sofía Parravicini Caballero, habiendo conocido en dicho lugar a la encausada Ysabel Jeanette Palacios Gálvez, quien también se atendía en dicho nosocomio por encontrarse, supuestamente, embarazada. En esas circunstancias, esta última le hizo conocer a la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas los supuestos beneficios que

brindaba el Hogar de la Madre en el distrito de Miraflores a las personas que allí se atendían indicándole que no generaría costo alguno, ni en el tratamiento médico como tampoco, el alumbramiento. Ante el interés de la agraviada, acordaron reunirse el diecinueve de octubre de dos mil cinco a las tres de la tarde en el frontis del "Centro Materno Infantil José Gálvez", para que ambas concurren al Hogar de la Madre de Miraflores, lugar al que, supuestamente, también concurrirían otras parturientas. Llegado el día y hora indicados, únicamente acudió la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas y las encausadas Palacios Gálvez y Rivas Llanos, siendo la primera de las nombradas, quien hizo subir a la agraviada en una camioneta station wagon conducida por el conocido como "Jimmy", a quien después se identificó como el encausado Miguel Montoya Montes, el mismo que había sido pareja sentimental de Palacios Gálvez; que, asimismo, a dicho vehículo subió Diana Rivas Llanos y se dirigieron por la vía conocida como "Pista Nueva" hasta las inmediaciones de la tienda comercial "Elektra" en el distrito de Villa María del Triunfo; precisa el señor Fiscal Superior que, en el trayecto, la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas al advertir las intenciones de las citadas encausadas trató de bajarse del vehículo, motivando que el chofer (encausado Montoya Montes) la golpeará en la frente con una llave de ruedas haciéndole perder el conocimiento, para luego conducirla a una casa desconocida, donde, supuestamente se encontraba la encausada Sofía Parravicini Caballero, conocida como "chola" por la encausada Palacios Gálvez, y, con la ayuda de un médico no identificado, procedieron a efectuar una cesárea a la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas, extrayéndole su bebé, siendo entregada por la encausada Parravicini Caballero a Rivas Llanos, quien, a su vez, la entregó a Palacios Gálvez, la misma que procedió a cubrirse y empaparse con sangre de la agraviada, siendo conducida al Hospital de la Solidaridad del distrito de Surquillo por el encausado Miguel Montoya Montes conjuntamente con Diana Rivas Llanos y Sofía Parravicini Caballero, con la finalidad de simular que había dado a luz a la niña que cargaba en brazos. Estando en dicho

lugar, Palacios Gálvez refirió a los médicos de emergencia que había dado a luz en un taxi, sin embargo, al ser atendida inmediatamente por los médicos, no permitió que la auscultaran y menos una revisión de sus partes íntimas, derivándola, posteriormente al Instituto Nacional Materno Perinatal -en frente Maternidad de Lima-, conjuntamente con su supuesta hija donde recibió los cuidados del caso, mientras la agraviada Claudina Lorena Herrera Cárdenas falleció a consecuencia de los hechos, introduciendo su cuerpo en un costal para arrojarlo en horas de la madrugada a la altura del kilómetro diez de la carretera Panamericana Sur, donde fue hallado por la Policía Nacional del Perú.

Octavo: Que, consecuentemente, al valorar en forma conjunta el caudal probatorio acopiado a los autos, se advierte una duda razonable respecto a la responsabilidad penal de la encausada Diana Rivas Llanos, esto es, no se llegó a despejar la incertidumbre inmersa en el proceso en tanto que los elementos de prueba aportados a los autos impiden arribar a la certeza sobre lo ocurrido -supuesto de probabilidad-; que, en efecto, en el caso de autos la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la existencia de razones opuestas equilibradas entre sí para afirmar o negar de manera categórica la culpabilidad y responsabilidad de la encausada; por lo que, es de aplicación el principio del indubio pro reo. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas (...), de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diez, que por mayoría absolvió a Diana Rivas Llanos por los delitos contra el Estado Civil, en la modalidad de fingimiento de embarazo, en agravio de Fabiana Antonella Castillo Herrera, y contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio calificado, en agravio de Claudina Lorena Herrera Cárdenas; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

Con esta jurisprudencia lo que se quiere destacar, principalmente, son los hechos narrados en la Sentencia emitida por la Primera Sala Penal

Transitoria de la Corte Suprema, el 25 de agosto del 2009 (Exp. R.N. 5267-2008) y la resolución emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 04 de mayo del 2011 (Exp. R.N. 2463 - 2010 LIMA).

En el análisis de los hechos descritos en ambas resoluciones, se advierte claramente que la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas (agraviada), quien se encontraba en estado de gestación en octubre del año dos mil cinco, fue captada por Ysabel Jeanette Palacios Gálvez (condenada) en el Centro Materno Infantil José Gálvez, quien mediante engaño la convenció que en la Clínica Hogar de la Madre (ubicada en el distrito de Miraflores) le brindarían un servicio de atención gratuito de control prenatal hasta el momento del parto y que debían ir juntas a dicho nosocomio, transportándola a otro lugar.

Estas acciones o conducta dolosa que desarrolló Ysabel Jeanette Palacios Gálvez (condenada), utilizando como medio comisivo el engaño, fue con la finalidad de extraer a la bebé que Claudina Lorena Herrera Cárdena llevaba en el vientre y apoderarse de ella. Con dicho objetivo mató a la agraviada, abriéndole el abdomen (conforme lo señala el Protocolo de Necropsia y la resolución judicial) y retirándole a la bebé; para luego de fingir que estaba embarazada y señalar que había dado a luz en un taxi, ingresó por emergencia a la Maternidad de Lima, donde logró que la bebé de la agraviada quede registrada como su hija en el “Certificado de nacido vivo”, cambiándole la identidad y la filiación a la niña recién nacida (Fabiana Antonella Castillo Herrera), a quien mantuvo en su casa para entregarla a terceras personas a cambio de recibir el pago de seis mil nuevos soles (según su versión).

Es evidente, que Ysabel Jeanette Palacios Gálvez (condenada) no actuó de manera individual en el homicidio calificado de la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas, sino que lo hizo en concierto de voluntades con otras personas (pudiendo plantearse la hipótesis que integraba una organización criminal), incluso ella declara lo siguiente:

(...) señala igualmente que ella, Humberto Tejada, Diana Rivas Llanos y el doctor Max Viela Jiménez planificaron que tenía que cuidar a una bebé en su casa y para seguridad la iban a registrar como hija suya, para lo cual le pagarían la suma de seis mil nuevos soles (...). También señala que Diana Rivas Llanos y Humberto Tejada refirieron que a la niña le iban a buscar una familia en el extranjero y que la esposa del señor Max Vilela se encargaría de encontrarle un hogar (Exp. R.N. 5267-2008, tercer considerando, p.7).

Sin embargo, las personas que actuaron, en concierto de voluntades, con Ysabel Jeanette Palacios Gálvez (condenada) no fueron identificadas a lo largo de la investigación fiscal (con excepción de Miguel Montoya Montes, quien fue declarado reo contumaz y se reservó su juzgamiento, pero hasta la fecha no se le juzga, ni se le captura), ni condenadas en el proceso judicial; verificándose un trabajo de investigación deficiente.

Con respecto a la propuesta que se plantea de incluir a la explotación reproductiva en el delito de Trata de Personas, se advierte, que los hechos descritos en las dos resoluciones judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú, con respecto al Homicidio Calificado en agravio de la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas, se ajusta a la forma de explotación reproductiva que se legisla en Bulgaria tipificado como “delito de trata de mujeres embarazadas con el fin de vender a sus bebés”.

Como se observa, Ysabel Jeanette Palacios Gálvez (condenada) desarrolla la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal) como es el captar a la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas (quien se encontraba en estado de gestación) en el Centro Materno Infantil José Gálvez; y mediante engaño, logra conducirla o transportarla a otro lugar donde la mata, extrayéndole a la bebé que llevaba en el vientre, con la finalidad de apoderarse de la menor (cambiándole su verdadera identidad y la filiación), para luego entregarla a terceros a cambio del pago de seis mil nuevos soles.

Es importante señalar, que los hechos descritos en las resoluciones judiciales mencionadas, referidos al Homicidio calificado en agravio de la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas, ocurrieron en el mes de octubre del año dos mil cinco, cuando todavía no se encontraba tipificado el delito de Trata de Personas, conforme a los parámetros establecidos en el Protocolo de Palermo; delito que en el año dos mil siete se incluye en nuestra legislación, en el artículo 153 del Código Penal (actualmente 129-A del Código Penal), siendo modificado en el año dos mil catorce.

Se puede sostener, que si los hechos narrados en las mencionadas resoluciones judiciales hubieran ocurrido actualmente, se considera que habrían sido subsumidos en el delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación sería la comprar y venta de niños, con relación a la agraviada Fabiana Antonella Castillo Herrera; sin embargo, con respecto a la agraviada, Claudina Lorena Herrera Cárdenas, existiría un vacío en cuanto a la finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, porque con respecto a ella la finalidad de explotación a la que fue sometida, se considera que es “explotación reproductiva”.

Al respecto, es indispensable que se incluya la explotación reproductiva como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, si se tiene en cuenta, que conforme a las resoluciones judiciales citadas, los hechos expuestos se ajustan a lo que significa la explotación reproductiva de mujeres embarazadas y la explotación a través de la venta de bebés recién nacidos.

En tal sentido cabe resaltar, que la conducta dolosa de Ysabel Jeanette Palacios Gálvez no sólo se dirigió a captar a la señora Claudina Lorena Herrera Cárdenas (quien se encontraba en estado de gestación) mediante engaño para transportarla a otro lugar con la finalidad de extraer a la bebé que tenía en su vientre y apoderarse de ella; sino también, pretendió captar a las señoras Milagros Ysla Heredia, Sandybell Mora Manayay y Karen Mercedes Inmenso Saavedra, quienes también se encontraban en estado de gestación, con la finalidad de extraerles sus respectivos bebés que tenían en

el vientre, para apoderarse de ellos y entregarlos a terceras personas a cambio del pago de una suma de dinero, alterando las identidades y la filiación de los menores.

En este contexto, se puede plantear la hipótesis que existen organizaciones criminales que se dedican a la explotación reproductiva de mujeres en estado de gestación y la explotación a través de la venta de bebés recién nacidos, que aparentemente, ya vienen operando en nuestro país desde el año dos mil cinco.

CAPÍTULO VI: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS NO INCLUYE LA “EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA” DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS, QUIENES SON OBLIGADAS A PROCREAR A TRAVÉS DE LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, RENUNCIANDO A LA FILIACIÓN

Los fines de explotación que se describen en el Protocolo de Palermo, así como, en otros instrumentos jurídicos internacionales y en nuestra legislación interna (artículo 129-A del Código Penal) son:

La venta de niños, niñas y 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

Cualquier otra forma análoga de explotación.

Como se puede corroborar de la citada norma, en la tipificación del delito de Trata de Personas no se incluye la “explotación reproductiva” como una finalidad de explotación del ser humano, asimismo, en el Protocolo de Palermo tampoco se incluye esta forma de explotación; sin embargo, la norma penal peruana establece en el inciso segundo que “los fines de explotación de la Trata de Personas **comprende, entre otros...**” y además en la parte final del mencionado inciso señala que se puede incluir **“cualquier otra forma análoga de explotación”**.

En el marco teórico se han analizado las definiciones de las diferentes formas de explotación, según lo que establece los instrumentos jurídicos

internacionales y ninguna de ellas se refiere a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes o niñas.

El Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, en el segundo artículo, define la venta de niños, niñas y adolescentes, en líneas generales, como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido (traslado del control físico y/o jurídico que una persona ejerce sobre un menor de edad) por una persona a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución. Se considera que esta es una finalidad de explotación en sí misma, distinta a la explotación reproductiva.

Con respecto a la explotación a través de la prostitución, esta se encuentra referida principalmente a la utilización de un ser humano para que realice actividades sexuales con el objetivo de obtener dinero o algún otro beneficio económico. Asimismo, cuando se menciona la frase “cualquier otra forma de explotación sexual”, se refiere a la utilización del ser humano como un objeto sexual, como por ejemplo, para la realización de pornografía (utilizando niños o personas adultas) a través de imágenes, videos, fotos, propaganda, entre otros.

En este contexto, se concluye que la explotación reproductiva no se enmarca dentro de la explotación sexual, porque lo que se busca es la procreación de niños, no sólo la utilización de un ser humano para que realice actividades de índole sexual a cambio de un beneficio económico a favor del tratante.

La Convención sobre la Esclavitud (1926), en el primer artículo, define la Esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Esta es una forma de explotación del ser humano referida a la adquisición, cesión, venta, cambio y en general a cualquier acto de comercio de una persona. La “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” (1956), precisa, como otras formas análogas a la esclavitud, a la servidumbre por

deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio forzado, la venta o cesión de una mujer por parte de su marido o familiares y la venta de niños y adolescentes y el trabajo forzado de menores.

En tal sentido, la explotación reproductiva es diferente a la esclavitud u otras formas análogas a la esclavitud, porque la finalidad que se persigue es la procreación de niños; no la comercialización de una mujer o una adolescente sobre las cuales se ejercitan los atributos del derecho de propiedad como la adquisición, cesión, venta, cambio; y en general, cualquier acto de comercio.

Se considera que la explotación laboral y los trabajos o servicios forzados se encuentran dentro de la misma categoría, estableciéndose la definición en los instrumentos jurídicos internacionales como el “Convenio sobre el trabajo forzoso” (1930), que señala en el segundo artículo que el trabajo forzoso u obligatorio es todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

La explotación reproductiva no constituye un trabajo o servicio forzoso, puesto que, la procreación de niños no es una actividad laboral o un trabajo o servicio propiamente dicho, al cual, se encuentra sometida la víctima; sino por el contrario, lo que se busca es la explotación de la capacidad reproductiva que es una función exclusiva de las personas de sexo femenino, para cuyo efecto, el tratante las utiliza como “fábricas de bebés”, para destinarlos al comercio o para alguna otra forma de explotación.

La mendicidad es una forma de explotación del ser humano a través del cual el tratante utiliza personas adultas o niños para recaudar dinero que, generalmente, es solicitado a los transeúntes en la vía pública durante varias horas al día. Es evidente, que esta forma de explotación es diferente a la explotación reproductiva, cuyas características hemos mencionado líneas arriba.

La servidumbre, en sus dos formas más conocidas y definidas en los instrumentos jurídicos internacionales, son la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba, consideradas como una forma análoga a la esclavitud según la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” (1956); las cuales tienen una finalidad de explotación distinta a la explotación reproductiva.

La explotación del ser humano a través de la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, como mencionamos, en líneas generales, es la utilización de personas a las cuales se les extraen órganos o tejidos sin su consentimiento para ser comercializados; lo que nos hace ver un contenido distinto al de la explotación reproductiva, cuya finalidad es la procreación de niños.

En este contexto, se sostiene categóricamente que en el delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal) no se incluye como una finalidad a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, cuyo objetivo es la procreación a través de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, en contra de la voluntad de las víctimas.

Nuestro sistema jurídico no legisla de manera idónea las técnicas de reproducción humana asistida y tampoco con relación a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas

Como mencionamos en el tercer capítulo, las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en el artículo séptimo de la Ley General de Salud 26842, publicada el 15 de julio de 1997.

En el mencionado artículo se señala que toda persona puede recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida siempre y cuando sea para el tratamiento de su fertilidad y se establece como condición que la calidad de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Como lo mencionamos en el tercer capítulo, de la interpretación literal del texto se desprende que la mujer que proporciona el material genético (ovulo) tiene que ser la misma que desarrolla la etapa de gestación hasta el nacimiento del niño, es más, la norma utiliza la palabra “madre” (genética y gestante), lo que le da una connotación muy importante, ya que expresa claramente que la mujer que proporciona el óvulo y desarrolla la gestación tiene que tener la decisión y el deseo de ser la madre del niño que nace bajo la utilización de estas técnicas de reproducción humana asistida.

Se tiene que concordar la citada norma con el artículo 409° del Código Civil, que recoge el “Principio mater semper certa est” (madre es la mujer que ha dado a luz), acreditándose la maternidad con el hecho del parto.

La norma establece que para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario tener el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; por tanto, en este supuesto no se incluye que el material genético sea proporcionado por un donante anónimo.

Como se advierte, en nuestro ordenamiento jurídico se establece algunos parámetros para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, de manera genérica, pero lo que se necesita es una norma específica que establezca de manera concreta cómo deben desarrollarse estos actos médicos, su ámbito de aplicación y sobre todo en qué casos no debe utilizarse estas técnicas reproductivas; los procedimientos y protocolos para acceder a ellas, así como, las sanciones ante una mala praxis de los médicos y el personal de salud en general.

Asimismo, debe regularse un procedimiento específico y protocolos de aplicación en el caso de la donación y utilización del material genético; además, del número máximo de embriones que pueden ser trasladados al útero de la mujer que se somete voluntariamente a estas técnicas reproductivas. El procedimiento y protocolos para la conservación del material genético y el plazo límite para ello, entre otros temas específicos.

Es importante señalar, que es necesario el consentimiento de la persona que se somete a estas técnicas reproductivas y a cualquier otro procedimiento médico, como se precisa en el artículo 4 la Ley General de Salud 26842, que citamos a continuación:

Artículo 4: Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. (...)

En este contexto, lo que nos queda claro es que es obligatorio tener la autorización expresa y la decisión voluntaria de la persona que se somete a la práctica de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida; precisando, que a ninguna persona se le puede obligar o someter, en contra de su voluntad, a la utilización de estos actos médicos para la procreación de un niño.

En la explotación reproductiva se utilizan las técnicas de reproducción humana asistida en contra de la voluntad de las víctimas, con la finalidad de procrear niños; obligándolas a renunciar a la filiación y separándolas de ellos al nacer, con el objetivo de comercializarlos o someterlos a otras formas de explotación.

Se concluye que en nuestro ordenamiento jurídico no se tipifica la explotación reproductiva como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, ni se menciona en ninguna otra norma distinta.

Finalmente, con relación a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, se considera que no sólo es necesario una normatividad en el ámbito Administrativo o Civil, sino que tiene que tipificarse algunas conductas dentro del ámbito penal.

Tiene que incluirse en el delito de Trata de Personas la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas a quienes se les obliga a procrear, utilizando técnicas de reproducción humana asistida, renunciando a la filiación

En la estructura del delito de Trata de Personas se establece dentro de la tipicidad objetiva, las acciones que desarrolla el sujeto activo y los medios que utiliza para someter al sujeto pasivo; y dentro de la tipicidad subjetiva: el dolo y los fines de explotación, precisando en este último, las diferentes formas de explotación del ser humano, pudiéndose incluir cualquier otra forma análoga de explotación.

En este delito, cuyo tipo penal base se encuentra previsto en el artículo 129-A del Código Penal, no se establece la definición de las diferentes formas de explotación que se mencionan; sin embargo, algunas de ellas han sido desarrolladas, en el Título I-A, capítulo II denominado “Explotación”, desde el artículo 129-C hasta el artículo 129-P.

Si bien es cierto, la finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas forma parte de la tipicidad subjetiva, y por tanto, no es necesario que se materialice para que se consume el delito (delito de tendencia interna trascendente); se considera que la explotación reproductiva debe ser definida en la norma penal para realizar una calificación idónea al momento de tipificar una conducta y en virtud al Principio de Legalidad, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

Se sostiene, que es necesario incluir en el delito de Trata de Personas la “explotación reproductiva”, por ser una de las formas más crueles de violencia y degradación en contra de las mujeres, las adolescentes y las niñas, cuya integridad física y psicológica se pone en riesgo y generalmente sufren un grave daño. Asimismo, se vulnera la dignidad de las víctimas al ser utilizadas como un objeto, explotando su función reproductiva en las denominadas “fábricas de bebés”, “criadero de bebés” o expuestas en

“catálogos de bebés no nacidos utilizando portadoras gestantes” con el objetivo de comercializar a los niños que nacen como consecuencia de la Trata de Personas, como se ha podido acreditar a través de los casos expuestos en el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y los medios de prensa, cometiéndose este ilícito en los diferentes países del mundo.

En la 85ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, aprobada mediante la resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993, se emitió la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, estableciendo en el primer artículo lo siguiente:

Artículo 1.- A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Como se señala en la cita, la violencia contra la mujer se define como todo acto o conducta violenta que se realiza en contra de personas de sexo femenino, por el simple hecho de serlo, con el objetivo de causarle un daño o un sufrimiento físico, psicológico o sexual, para cuyo efecto, generalmente, se utilizan los medios como la privación de la libertad, la coacción, entre otros.

La explotación reproductiva contiene, entre los elementos que la definen, a esta violencia selectiva dirigida exclusivamente en contra de personas del sexo femenino, que son utilizadas como objetos, vulnerando sus derechos fundamentales, con el objetivo de procrear niños para ser comercializados o sometidos a otras formas de explotación.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém Do Pará”, adoptada en Brasil, el 09 de junio de 1994 (suscrita y ratificada por el Perú en los años 1995 y 1996), define la violencia contra la mujer, como toda acción o conducta que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer, tanto en el ámbito público como el privado, basado en su género, vale decir, por el simple hecho de ser una persona de sexo femenino.

Es importante resaltar, que en el artículo segundo literal “b”, se incluye dentro del concepto de “violencia contra la mujer” a la violencia física, sexual y psicológica que sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, la violación, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Con respecto a esta definición de “violencia contra la mujer” que señala la Convención de Belem do Pará, se concluye que la explotación reproductiva que se plantea como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, tiene como característica principal, el ejercicio de la violencia en contra de las mujeres, las adolescentes y las niñas (basado en su género). En tal sentido, la finalidad del sujeto activo o tratante es utilizar la función reproductiva de personas de sexo femenino (sujeto pasivo) obligándolas a la procreación de niños; para cuyo efecto y con el objetivo de lograr que conciban, las someten a técnicas de reproducción humana asistida, las violan sexualmente o capta a las víctimas en estado de gestación, causándoles un grave daño a su integridad física y psicológica.

Esta violencia contra la mujer, que incluye la violencia física, sexual y psicológica, puede ser perpetrada por cualquier persona y comprende la trata de personas, lo que hace evidente, que la explotación reproductiva se enmarca en el contexto del mencionado delito, como una finalidad de

explotación de seres humanos; y tiene que incluirse en nuestra legislación penal.

Asimismo, en la Convención de Belém Do Pará se establece como obligación de los Estados Parte, lo siguiente:

Artículo 7.- Los Estados Partes condenan a todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

(...)

b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

(...)

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención (OEA, 1995, p.5)

Teniendo en consideración lo que establece el citado artículo, los Estados tienen la obligación de poner en práctica políticas públicas para prevenir, sancionar y eliminar toda conducta que constituya violencia contra las mujeres, así como, incluir en su legislación civil, penal y administrativa, normas que contribuyan a dicho objetivo.

En este contexto, es imprescindible que el Estado peruano incluya la “explotación reproductiva” como una finalidad de explotación del ser humano en el delito de Trata de Personas, para dar cumplimiento a la eliminación de toda forma de violencia en contra de las mujeres, dentro de los parámetros que establece la Convención de Belém Do Pará.

El Estado debe tener en cuenta, que uno de los principales elementos característicos de la explotación reproductiva es la extrema crueldad que desarrolla el sujeto activo o tratante en contra de las mujeres, las adolescentes y las niñas, ejerciendo violencia física, sexual y psicológica para utilizarlas con la finalidad de procrear niños, en contra de su voluntad, con el objetivo de comercializarlos.

En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011) llevado a cabo en Estambul, se precisa las definiciones siguientes:

Artículo 3 – Definiciones a los efectos del presente Convenio:

- a). Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;
- b). Por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c). Por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d). Por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- (...)
- f). El término “mujer” incluye a las niñas menores de 18 años. (Council of Europe Treaty Series - No. 210, 2011)

Como sabemos, el Perú no pertenece a la Unión Europea, pero a través de la citada Convención se puede sustentar que la explotación reproductiva constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, cuyo principal objetivo, reiteramos, tiene una especial connotación de violencia en contra de las mujeres, vulnerando sus derechos humanos al ser utilizadas para la procreación de niños (denominándolas incluso “fábrica de bebés”) y a quienes el tratante somete bajo su autoridad o voluntad a través de diferentes medios, como la violencia, amenaza, coacción, privación de la libertad, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, entre otros, ocasionándoles daños de índole físico, sexual, psicológico y económico.

La explotación reproductiva vulnera la dignidad de las víctimas y el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas

El bien jurídico en el delito de Trata de Personas es la “dignidad del ser humano”, conforme se establece en nuestra legislación penal y se sostiene con los argumentos basados en la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia, como fuentes del Derecho.

Como mencionamos, la finalidad que persigue el sujeto activo, en el delito de Trata de Personas, es la explotación del ser humano, lo que constituye uno de los elementos de la tipicidad subjetiva (delito de tendencia interna trascendente o delito de intención); y es con este propósito, que realiza una o varias de las conductas descritas en la norma (artículo 129-A del Código Penal), utilizando los medios comisivos para someter a la víctima a su voluntad o autoridad (esto último con excepción de los menores de edad).

En este contexto, la conducta dolosa que desarrolla el sujeto activo sometiendo al sujeto pasivo a su voluntad o autoridad con la finalidad de explotarlo, vulnera su dignidad de ser humano al considerarlo como un objeto que puede ser usado a través de las diferentes formas de explotación, sin respetar sus derechos humanos, proyectándose a la obtención de algún provecho económico.

Las diferentes formas de explotación que recoge el Protocolo de Palermo, así como, nuestro Código Penal, tienen como común denominador la degradación del ser humano a quien se le obliga a desarrollar determinada acción o actividad, bajo una situación de opresión que daña principalmente su integridad física y psicológica, violando sus derechos fundamentales. En tal sentido, la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas que se plantea, tiene estas mismas características y constituye específicamente una violación a la dignidad de ellas.

El Preámbulo de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém Do Pará”, establece lo siguiente:

AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (ONU, 1995, p.2)

La explotación reproductiva tiene como uno de sus principales elementos a la violencia selectiva contra las mujeres; y como lo menciona la citada Convención, esta violencia constituye la violación a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la vulneración de la dignidad humana.

En el libro “Maternidad Subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR)” se grafica la explotación reproductiva con casos reales ocurridos en algunos países del mundo, como se señala a continuación:

El jueves 24 de febrero de 2011, 14 mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas) fueron rescatadas en Tailandia. Las mujeres se

encontraban en poder de una banda criminal que se dedicaba a la EMFR, según informaron las autoridades (AFP, 2011, febrero 24).

La policía declaró que la compañía, llamada Baby 101, recibía órdenes vía correo electrónico o por medio de agentes de parejas sin niños que, en algunas ocasiones, estaban dispuestas a proveer los espermatozoides para inseminar a la mujer. Al parecer la banda criminal contactaba a clientes de Taiwán, pues la EMFR es ilegal en ese país.

En este caso, cuatro personas de Taiwán, una de China y otra de Myanmar fueron arrestadas en relación con el negocio y acusadas de trabajo ilegal en Tailandia. Una mujer taiwanesa de 35 años de edad, a quien la policía señaló como responsable de la operación, también fue acusada de tráfico de personas.

La banda criminal operaba en diversos lugares, con oficinas listadas en Tailandia, Camboya y Vietnam. En el lugar donde fueron encontradas las mujeres existía seguridad en cada acceso, la entrada y salida de vehículos era estrictamente controlada y había guardias patrullando rutinariamente las 24 horas del día.

En este caso, el motivo de una participación voluntaria fue el dinero; no obstante, el vínculo emocional con el niño dado a luz evidentemente se mantenía, como señaló una joven de 21 años de edad que recurría por segunda vez a la banda criminal y que, al regresar a Tailandia, tenía la esperanza de encontrar al bebé que había dado a luz tres años antes mediante una cesárea. “El bebé era en realidad hijo de una pareja de Taiwán, pero cuando nació se parecía mucho a mí, sus ojos, su nariz y su sonrisa. Desde entonces, he soñado con él muchas veces. Es mi hijo, no de los taiwaneses, ¿cierto?” (AFP, 2011, junio 2).

En muchos de los casos las mujeres eran violadas siendo vírgenes aún, como afirmó el Ministro de Salud Pública, Jurin Laksanawisit. A algunas se les ofrecían miles de dólares por gestar a un bebé, pero eran retenidas en dos casas en Bangkok y les confiscaban sus pasaportes. Durante la investigación, nueve de las mujeres dijeron que habían aceptado voluntariamente el trabajo a cambio de un pago 5 mil

dólares por cada bebé, mientras que cuatro de ellas dijeron haber sido engañadas. (Bartolini Esparza, et al, 2014, p. 22-23)

En la cita, se menciona que 14 mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas) fueron rescatadas en Tailandia, quienes estaban privadas de su libertad y sometidas a una banda criminal dedicada a la “explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR)”.

Se advierte de la narración, que nueve de ellas habían sido captadas por la organización criminal, pactando con cada una la procreación de un niño a través de la utilización de la Inseminación artificial, luego de desarrollar la gestación hasta el nacimiento del bebé, tenían que entregarlo a cambio de cinco mil dólares (transacción de gestación por sustitución comercial).

Haciendo un análisis de los hechos descritos, se considera que al principio existe por parte de estas mujeres una evidente intención de vender a un niño (su hijo) a través de una transacción de gestación por sustitución comercial (entregándolo a la organización criminal a cambio de cinco mil dólares), prestando su consentimiento para ello. Sin embargo, la figura cambia y se considera que existe una explotación reproductiva, cuando se produce la flagrante violación a los derechos humanos de las mencionadas mujeres al ser privadas de su libertad, siendo retenido su documento de identidad y obligadas a la procreación de bebés, quienes son entregados a la organización criminal, incluso en contra de la voluntad de ellas.

Se entiende que al inicio, ellas pudieron dar su consentimiento para la procreación de un niño a través de la utilización de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida (transacción de gestación por sustitución comercial), pero este consentimiento carece de efectos jurídicos (inciso 4 del artículo 129-A del Código Penal) desde el momento en que el tratante utiliza la privación de la libertad, la violencia, la amenaza, la coacción, el abuso de autoridad, el abuso de una situación de vulnerabilidad, entre otros medios, en contra de las citadas mujeres.

En la cita también se expone, que cuatro de las mujeres rescatadas manifestaron haber sido captadas y engañadas por la organización criminal, que se dedica a la explotación de mujeres con fines reproductivos, precisando algunas de ellas, que fueron violadas sexualmente con esta misma finalidad de explotación.

En el mencionado libro también se recoge una noticia acerca del rescate de adolescentes sometidas a explotación con fines reproductivos en Nigeria, publicado en el diario The Korea Herald y que se cita:

El primero de junio de 2011, la policía nigeriana rescató de una casa a 32 niñas embarazadas que tenían 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 dependía del sexo de estos últimos (The Korea Herald, 2011).

La Agencia Nacional para Prohibir el Tráfico de Personas informó que cada uno de los bebés era vendido a los compradores por una cantidad que oscilaba entre los 1 mil 920 y los 6 mil 400 dólares. El comisionado de policía local, Bala Hassan, aseguró que el dueño de este negocio enfrentaba cargos por abuso de menores y tráfico de personas, ya que la compra o venta de bebés es ilegal en Nigeria y podía alcanzar una pena de 14 años de prisión.

En 2008 las redadas de la policía revelaron una presunta red de clínicas que reciben el sobrenombre de “granjas” o “fábricas”. Algunos niños son vendidos por sus familias para trabajar en las plantaciones, minas, fábricas o para realizar trabajo doméstico. Otros son vendidos a las redes de prostitución y algunos de ellos son asesinados o torturados en rituales de magia negra. Según la Agencia Nacional para Prohibir el Tráfico de Personas también se ha observado una tendencia hacia las adopciones ilegales (The Korea Herald, 2011). (Bartolini Esparza et al, 2014, p.23).

Conforme se señala en la cita, las organizaciones criminales dedicadas a la explotación con fines reproductivos en Nigeria, captan a adolescentes

ofreciéndoles dinero (pactan una transacción de gestación por sustitución comercial) y las someten a técnicas de reproducción humana asistida, para lograr la concepción, en clínicas denominadas “granjas” o “fábricas”; y luego, privándolas de su libertad en una casa, las obligan a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del bebé (en pésimas condiciones de salubridad e higiene), quien es entregado a los tratantes, para ser comercializado o sometido a otras formas de explotación e incluso para ser asesinado o torturado en rituales de magia negra, violando los derechos humanos, tanto de las adolescentes, como de los bebés.

Del análisis de lo expuesto, se concluye que las organizaciones criminales que actualmente operan en los países como Tailandia, la India, Taiwan, Nigeria, Camboya y Vietnam cometen el delito de Trata de Personas, dedicándose a la explotación de mujeres y adolescentes con fines reproductivos, violando los derechos humanos, tanto de ellas, como de los bebés que nacen bajo estas condiciones y son vendidos o usados en otras formas de explotación.

En este contexto se afirma, que la “explotación reproductiva” es una realidad que se presenta ante la mirada de los ciudadanos de todos los países del mundo y constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, teniendo en cuenta, que vulnera la dignidad de las mujeres (bien jurídico protegido por este tipo penal), siendo una de sus principales características la crueldad y la violencia física y psicológica que se ejerce en contra de ellas, por lo que debe incluirse en nuestra norma penal.

Dogmática Jurídico Penal, Criminología y Política Criminal

Con relación a la Dogmática Jurídico Penal, la Criminología y su proyección hacia la consolidación de una Política Criminal adecuada, el autor del libro “Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos”, señala:

La dogmática jurídica aplicada al Derecho penal tiene como objeto de estudio el delito y sus consecuencias jurídicas, y encuentra su mayor proyección en lo que identificamos como teoría del delito. Ahora, la complejidad del fenómeno delictivo no sólo debe limitarse a su estudio técnico-jurídico, desde su estricta configuración normativa, también es necesario darle un rumbo a ese tratamiento jurídico. De ahí la importancia de la política criminal. Por otro lado, el delito, como fenómeno individual o social, requiere del análisis criminológico. (Guerrero, 2017, p.77)

Efectivamente, el fenómeno delictivo debe analizarse no sólo desde el punto de vista técnico jurídico para su configuración delictiva, sino también, desde un punto de vista criminológico, proyectándose hacia una política criminal coherente e idónea. En este contexto, el citado autor menciona:

La criminología es una ciencia del ser empírica y el Derecho es una ciencia del deber ser normativa. La primera utiliza el método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad. Por su parte, el Derecho utiliza un razonamiento lógico abstracto-deductivo. La criminología aspira a llegar al conocimiento de la realidad para explicarla. En cambio, el Derecho valora, ordena y orienta la realidad a partir de criterios axiológicos. Ahora bien, el Derecho penal es un supuesto indispensable de la criminología. Ésta surge en razón de que, a través de un mecanismo institucional como es la norma penal, una organización determinada fija objetos de protección y con esa base determina qué es delito, quién es delincuente; y al mismo tiempo, una forma especial de reacción social. Tanto el Derecho penal como la criminología, tienen como parte de su objeto el concepto de delito. Pero el Derecho penal lo aborda desde una perspectiva dogmática. En cambio, a la criminología, más que los contornos formales del delito le interesan las razones de su génesis, su fenomenología, la justificación o no de su presencia y sus fines de control social (Guerrero, 2017, p. 89).

Coincidiendo con el citado autor, el Derecho Penal desde una perspectiva dogmática y utilizando como mecanismo la norma penal, establece la estructura del tipo penal, precisando, quién tiene la calidad de sujeto activo, quién es el sujeto pasivo, el objeto del delito y el bien jurídico protegido; teniendo en cuenta, que la norma recoge la conducta humana que por acción u omisión constituye un delito y que daña o pone en peligro un bien jurídico.

En cambio, la criminología es una ciencia basada en la observación de la realidad que utiliza el método inductivo, empírico, para analizar el delito en concreto, las razones de su origen, la fenomenología y sobre todo si se justifica o no incluir una conducta como delito en un contexto social específico, con el objetivo de ejercer un control social. Es por eso que se entiende también su importancia, porque la criminalidad sigue avanzando y la realidad en muchas ocasiones sobrepasa el contenido de las normas ya establecidas y es necesario recoger otras conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, vulnerando gravemente derechos fundamentales de los seres humanos.

Con respecto a la Criminología y la Política Criminal el citado autor señala lo siguiente:

Por otra parte, tanto la criminología como la política criminal, estudian la legislación desde una perspectiva política atendiendo a los fines del Estado. Además, hacen la crítica para proporcionar la reforma del Derecho Penal en general. Así, la política criminal aborda las estrategias a adoptar dentro del Estado, respecto de la criminalidad y el control. Por su parte, la criminología aporta material a la política criminal, para configurar sus estrategias. Así pues, reafirmamos nuestra postura en el sentido de orientar el análisis jurídico-penal con base en una estructura integral que nos permita obtener rigor científico a través de la dogmática jurídica, información fiable por medio de la criminología y alternativas acordes a un modelo constitucional, con base en las aportaciones de la política criminal. A partir de esta vinculación es como se pueden llegar a establecer planteamientos

integrales que garanticen una aplicación transparente e igualitaria del Derecho Penal y así proporcionar un esquema de seguridad jurídica en la esfera del gobernado. La dogmática debe estar apegada a la realidad, y en ello radica la importancia del enfoque criminológico. En términos de Jescheck: “Derecho penal sin criminología está ciego y ésta sin aquél carece de límites”. A su vez, la realidad derivada de la criminología, debe ser expresada en una dogmática justa y congruente, estableciéndose una armonía con la política criminal en una relación equidistante (Guerrero, 2017, p. 90-91).

Se comparte las ideas expuestas por el citado autor, con respecto a que el punto en que converge la Criminología y la Política Criminal es en el análisis de la legislación, dándole una perspectiva o enfoque distinto, pero siempre teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la dogmática penal; precisando, la importancia que existe en hacer un análisis jurídico penal estrechamente ligado a la realidad social para tipificar de manera idónea las conductas que se consideran una nueva forma de criminalidad y que aparecen en los diferentes países del mundo, como consecuencia de los avances científicos en la medicina, los medios de comunicación, la informática, entre otros.

En este contexto, tanto la dogmática penal como la criminología son la base para llevar a cabo una política criminal idónea, acorde con los fines del Estado y dirigido a la protección de bienes jurídicos, así como, la pacífica convivencia entre los seres humanos.

Con respecto a la coincidencia entre la Dogmática Penal, la Criminología y la Política Criminal se señala:

Primeramente, hay que puntualizar que el control de la criminalidad, la prevención del delito y el estudio de sus consecuencias, son ámbitos coincidentes del Derecho penal, la política criminal y de la criminología. El Derecho penal debe tener una proyección sustentada en un rumbo político criminal y basada en las aportaciones fenomenológicas

derivadas de la criminología. Por su parte, la política criminal no debe ser un instrumento de legitimación de una realidad social, sino un derrotero ideológico del actuar estatal, en el ámbito de la criminalidad. (...) En suma, el sistema penal se debe construir a partir de un modelo político que tenga como sustento el esquema ideológico de los Derechos Fundamentales y en su discurso, una congruencia con el contexto constitucional (Guerrero, 2017, p. 91).

Efectivamente, coincidiendo con el autor, se sostiene que el control de la criminalidad, la prevención del delito y el estudio de sus consecuencias son el punto de encuentro entre la Dogmática Penal, la Criminología y su proyección hacia una Política Criminal, adecuada a los fines de respeto y protección de bienes jurídicos y los derechos constitucionales.

Por tanto, tomando en cuenta este preámbulo se considera, que es necesario revisar nuestra normativa penal y ajustándola a la realidad actual, incorporar otros tipos penales que describan nuevas conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos a través de la utilización de innovadoras modalidades delictivas, que suelen ser mucho más complejas; o incluir en los tipos penales ya existentes nuevos elementos en la tipicidad (objetiva o subjetiva), que permitan estructurar mucho mejor el delito y proteger de manera idónea o más eficiente el bien jurídico, evitando de esta manera un vacío legal que provoque la impunidad.

En este contexto se considera, que ante la expansión de la criminalidad resulta evidente que también existe una tendencia de incrementar los tipos penales, conforme lo señala el autor citado a continuación:

Lo cierto es que nos encontramos ante una tendencia amplificadora de los tipos penales; es decir, ante una expansión del Derecho Penal. En este crecimiento influyen diversas circunstancias. Una de ellas, la instrumentación del denominado principio de asimilación. Se trata de una exigencia internacional que implica el imperativo de tipificar ciertas

manifestaciones de la criminalidad y establecer sanciones comunes. Este tipo de medidas tienen dos principales finalidades.

En algunos casos, regular comportamientos que no se encuentran contemplados en las legislaciones internas, debido a sus particularidades criminológicas (...)

La otra tendencia radica en asegurar la sanción de ciertos comportamientos, independientemente de que puedan ya estar tipificados implícitamente en otras figuras (Guerrero, 2017, p.155-156).

El avance de la criminalidad a nivel mundial, en cuanto a la complejidad en el desarrollo de la actividad delictiva, el número de personas que integran el grupo o la organización criminal, la diversidad de acciones delictivas vinculadas entre sí, que implica una especialización inclusive profesional, que en muchos casos sobrepasa las fronteras de un país convirtiéndose en una conducta delictiva internacional; trae como consecuencia una tendencia creciente a que se amplíe el número de tipos penales, justamente, para subsumir esta forma de criminalidad en la normatividad interna de cada país.

Como lo señala el autor, es importante resaltar que la mayoría de los países del mundo se han unido para hacerle frente a la criminalidad organizada internacional que traspasa las fronteras de los países; para cuyo efecto, se suscriben Convenciones Internacionales dentro del Sistema Universal o los Sistemas Regionales de protección a los Derechos Humanos, en las cuales se establece la estructura de un determinado tipo penal, como por ejemplo el delito de Trata de Personas, señalando los parámetros mínimos que todos los países miembros deben incluir en su legislación penal.

Es de esta manera como se amplía el campo de acción del Derecho Penal, como una exigencia ante la aparición de nuevas conductas criminales que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos y derechos fundamentales del ser humano, como lo señala la doctrina:

Nos encontramos pues con nuevas expresiones de la criminalidad; con la presencia de otro tipo de afectaciones al individuo y a la sociedad.

(...) Ante ese escenario debemos evitar caer en dos extremos: Uno de ellos es darle la espalda a la realidad y no reconocer que hay nuevas manifestaciones de la criminalidad y en consecuencia, la necesidad de revisar cuidadosamente los principios garantistas y estructuras sistemáticas actuales, a fin de regular adecuadamente esas manifestaciones. El otro extremo se encuentra en la fácil huida al Derecho penal, como si con él se pudieran solucionar problemas estructurales de las complejas sociedades modernas (Guerrero, 2017, p.163-164).

Tomando la primera afirmación que realiza el autor, se considera que el Derecho Penal no puede darle la espalda a la realidad y al avance de la criminalidad internacional. En este contexto, el planteamiento en la presente investigación jurídica se realiza partiendo de la dogmática penal al hacer un análisis de la norma que tipifica el delito de Trata de Personas (artículo 129-A del Código Penal) y teniendo en cuenta su estructura, se advierte que existe una nueva forma de explotación del ser humano a través de la “explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas”, que tiene como una de sus principales características la violencia desmedida en contra de ellas, lo que debe ser incluido en la norma penal acotada.

Este análisis jurídico de la norma se confronta con la realidad, complementándose al encontrar diferentes casos de explotación reproductiva que se producen de manera sistemática o reiterada en varios países del mundo; precisando, que las víctimas son captadas y sometidas a la voluntad y el control del tratante a través de la utilización de diferentes medios como la violencia, la amenaza, la coacción, la privación de la libertad, el abuso de una situación de vulnerabilidad o abuso de autoridad, entre otros, con la finalidad de procrear niños, los cuales son comercializados por el tratante.

Finalmente, lo que se plantea es incluir dentro de los fines de explotación del delito de Trata de Personas, la explotación reproductiva, existiendo suficientes elementos de juicio para incorporarlo en la norma penal.

CAPÍTULO VII: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS PARA INCLUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES, ADOLESCENTES Y NIÑAS

El delito de Trata de Personas en el Perú y las modificatorias que se plantean a la norma

El delito de Trata de Personas se encuentra previsto en el artículo 129-A del Código Penal, como se señala a continuación:

Artículo 129-A. Trata de Personas

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 inc. 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.

La propuesta de modificación del delito de Trata de Personas

En principio se plantea concretamente la modificación del inciso 2° del artículo 129-A del Código Penal, incorporándose la explotación reproductiva.

Artículo 129-A. Trata de Personas.

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, **la explotación reproductiva**; así como, cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de un niño, una niña o un 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 inc. 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.

Esta propuesta implica la creación de un artículo adicional, estructurado específicamente con respecto la explotación reproductiva

Artículo 129-Q. Explotación reproductiva.

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 una mujer, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de **explotación reproductiva**, vale decir, con la finalidad de utilizarla para la procreación, en contra de su voluntad o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, conforme al artículo 129-A, inciso 4 del Código Penal, obligándola a renunciar a la filiación y/o sustrayendo al recién nacido del ámbito de control físico o jurídico que ejerce esta mujer que desarrolló la gestación hasta el parto, para entregarlo a un tercero, venderlo o someterlo a alguna otra forma de explotación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. 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 **una mujer en estado de gestación**, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país **con fines de explotación**

reproductiva, vale decir, con la finalidad de realizar la extracción del bebé que lleva en el vientre, el cual nace de manera prematura o con el objetivo de sustraer al bebé recién nacido del ámbito de control físico o jurídico que ejerce la mujer que desarrolló la gestación hasta el parto, para entregarlo a un tercero, venderlo o someterlo a alguna otra forma de explotación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.

3. Se considera “**una adolescente**” a la persona de sexo femenino, desde los catorce años de edad hasta menos de dieciocho años de edad.
4. Conforme se señala en el artículo 129-A del Código Penal, la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de una niña o una adolescente con fines de explotación reproductiva se considera Trata de Personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1 del artículo antes mencionado.
5. La pena privativa de la libertad será no menor de veinticinco años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando con la finalidad de llevarse a cabo la explotación reproductiva de una mujer, una adolescente o una niña, se presentan las circunstancias agravantes siguientes:
 - a. Con el objetivo de lograr la concepción en la víctima de explotación reproductiva, el sujeto activo la somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida en contra de su voluntad o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, conforme al artículo 129-A, inc. 4 del Código Penal o es violada sexualmente. La sanción penal será la misma aunque no se logre la concepción en ambos casos.

- b. Cuando la víctima del delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la explotación reproductiva, es una niña o una adolescente.
- c. Cuando la víctima tiene discapacidad, es adulta mayor, padece de una enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena u originario o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.
- d. La víctima se encuentra en una situación de abandono o de extrema necesidad económica.
- e. Existe pluralidad de víctimas.
- f. Se produce una lesión grave o la muerte de la víctima de explotación reproductiva o del niño o niña que nace como consecuencia de este delito o se ocasiona algún daño al concebido o se produce el aborto.
- g. Se obliga a la víctima a la concepción o procreación de más de un niño o es sometida utilizando un consentimiento que carece de efectos jurídicos (artículo 129-A, inciso 4 del Código Penal).
- h. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública, es funcionario o servidor público.
- i. 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.
- j. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con relación a la víctima o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder o cualquier otra circunstancia que le impulse a depositar su confianza en él o habitan en el mismo domicilio.

- k. El hecho es cometido por dos o más personas o forman parte de una organización criminal.
- l. El agente trabaja en algún centro de salud, clínica, hospital, posta médica o cualquier nosocomio público o privado del sector de la salud o tiene algún título, grado profesional, técnico o ha realizado estudios vinculados al sector de la salud.
- m. El agente utiliza las instalaciones de algún centro de salud, clínica, hospital, posta médica o cualquier nosocomio público o privado para llevar a cabo el delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la explotación reproductiva o utiliza cualquier tipo de información que se encuentra en dichos lugares.

En el primer inciso se tipifica el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva de una mujer, entendiéndose como definición: “El sujeto activo tiene por finalidad utilizar a la mujer, víctima de trata, para la procreación, en contra de su voluntad o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, conforme al artículo 129-A, inciso 4 del Código Penal, obligándola a renunciar a la filiación y/o sustrayendo al recién nacido del ámbito de control físico o jurídico que ejerce esta mujer que desarrolló la gestación hasta el parto, para entregarlo a un tercero, venderlo o someterlo a alguna otra forma de explotación”.

En este supuesto, la concepción en la víctima se logra sin la utilización de técnicas de reproducción humana asistida o la violación sexual, ya que de hacerlo constituye una circunstancia agravante.

En el segundo inciso se tipifica una circunstancia agravante del delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva de una mujer en estado de gestación, en este caso, el objetivo o finalidad se puede dar de dos maneras:

- Para realizar la extracción del bebé que lleva en el vientre, el cual nace de manera prematura y el tratante o explotador lo sustrae del ámbito de control físico y jurídico que ejercía la mujer que desarrolló la gestación.
- La sustracción del bebé recién nacido del ámbito de control físico y jurídico que ejerce la mujer que desarrolló la gestación y el parto.

En este caso, como se trata de una circunstancia agravante, teniendo en cuenta, que la víctima es una mujer en estado de gestación, la pena privativa de la libertad también se incrementa de doce a veinte años.

En el tercer inciso se precisa cuál es el rango de edad de una menor considerada como adolescente. Este punto es importante para realizar de manera idónea la calificación de la conducta ilícita, teniendo en cuenta, que si la víctima es una niña o una adolescente, entonces constituye una circunstancia agravante.

En el cuarto inciso, se precisa lo que señala el Protocolo de Palermo con respecto a que no es necesario que el sujeto activo lleve a cabo los medios descritos en la norma para que se consume el delito, cuando el sujeto pasivo es una niña o una adolescente.

En el quinto inciso, se tipifica las circunstancias agravantes del delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva de una mujer, una adolescente o una niña; precisando, que desde el literal a) al literal g), estas circunstancias están referidas al sujeto pasivo y las circunstancias agravantes descritas desde el literal h) al literal m) se refieren al agente.

CUARTA PARTE: CONSECUENCIAS

CAPÍTULO VIII: CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS AL INCLUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA COMO UNA FINALIDAD

Consecuencia de la implementación de la propuesta

La propuesta que se plantea en la presente investigación jurídica, se desarrolla dentro del aspecto teórico, precisando, que en nuestro país no existe otra investigación llevada a cabo con respecto a la “Explotación reproductiva de mujeres, adolescentes o niñas”, como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; delito que tiene un campo de acción en el ámbito internacional, involucrando incluso la actividad de la criminalidad organizada y que se comete de manera frecuente en los países como Tailandia, la India, Taiwan, Nigeria, Camboya, Vietnam, Bulgaria y otros.

El enfoque propuesto se orienta al análisis de uno de los elementos subjetivos del tipo penal de Trata de Personas, como son las diferentes formas de explotación del ser humano, que se definen en los instrumentos jurídicos internacionales desarrollados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) dentro del Sistema Universal de protección a los Derechos Humanos y también los realizados dentro de los alcances de los Sistemas Regionales de protección a los Derechos Humanos; precisando, que existe una nueva forma de explotación del ser humano denominado “Explotación reproductiva”, cuyo sujeto pasivo o víctima, son exclusivamente, mujeres, adolescentes y niñas.

Este planteamiento busca directamente incorporar la “Explotación reproductiva” como una nueva finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, entendiéndose como tal, la finalidad que tiene el sujeto activo dirigido a utilizar a una mujer, una adolescente o una niña, para la

procreación, en contra de su voluntad o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, (artículo 129-A inciso 4 del Código Penal); obligándola a renunciar a la filiación o sustrayendo al recién nacido del ámbito de control físico o jurídico que ejerce la mujer, la adolescente o la niña que desarrolló la gestación hasta el parto, para entregarlo a un tercero, venderlo o explotarlo de alguna otra manera. Se establecen también circunstancias agravantes.

Una de las principales consecuencias de esta propuesta, es evitar que exista un vacío legislativo que provoque la impunidad en el delito de Trata de Personas, no sólo en el ámbito normativo penal, sino también, en cuanto a la carencia de una legislación adecuada sobre el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Precisando, que si el sujeto activo utiliza alguna de estas técnicas reproductivas para lograr la concepción en la víctima de explotación, en contra de su voluntad o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, constituye una circunstancia agravante del delito, aunque no se haya logrado la concepción.

Una consecuencia fundamental con respecto a la implementación de esta propuesta, es que el Estado asuma su rol y la obligación internacional de prevenir y sancionar toda conducta que constituya alguna forma de violencia en contra de las mujeres, las adolescentes e incluso las niñas, conforme lo establece la Convención Internacional de Belem Do Pará, suscrita y ratificada por el Estado peruano. En este contexto, hay que tener en cuenta, que la “Explotación reproductiva” es una de las formas más crueles y violentas de explotación, en la que se utiliza la función reproductiva de las víctimas para la procreación de niños en contra de su voluntad, denominándolas “Fábrica de bebés”; confinándolas en lugares denominados “Criadero de bebés”, como sucede en Nigeria, Tailandia, la India y otros países, u ofertándolas a través de catálogos como portadoras gestantes de bebés, siendo éstos últimos vendidos a cien mil dólares cada uno, como sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica.

Otra de las consecuencias directas, es que la presente investigación jurídica alienta a la búsqueda de nuevas posturas y una tipificación idónea de las

instituciones penales, contribuyendo con la labor legislativa y con la labor que cumplen los operadores de justicia, brindando los aspectos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que sustentan esta propuesta, tanto, referido a los instrumentos jurídicos normativos de carácter internacional, como con respecto a la legislación nacional. Así también, se exponen los fundamentos para una adecuada interpretación de lo que significa la “Explotación reproductiva”, dentro de los parámetros de un Derecho Penal que nos asegure un sistema punitivo de prevención del delito, que sancione a los tratantes, protegiendo y asegurando el derecho de las víctimas.

Con respecto al sujeto pasivo o víctima de la explotación reproductiva, la presente propuesta tiene como consecuencia contribuir a que el Estado desarrolle políticas de protección, asesoría jurídica y atención en la recuperación de la salud física y psicológica de las mujeres, adolescentes y niñas, así como, se les brinde un hogar o refugio y manutención hasta su total recuperación. En el caso que la víctima de explotación reproductiva haya sido transportada a otro país, se deberá realizar todos los procedimientos o trámites a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, para darle esta misma protección legal, atención de salud y un refugio hasta su retorno al Perú.

Beneficios que aporta la propuesta

El presente trabajo de investigación jurídica se encuentra, en principio, enfocado a la defensa de los derechos humanos, con el objetivo que se respeten los derechos fundamentales de las mujeres, las adolescentes y las niñas, quienes son víctimas de “explotación reproductiva” a nivel mundial; teniendo en cuenta, que al ser una forma de explotación del ser humano constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas que se propone incluir en nuestra norma penal, sustentado en el análisis realizado desde el punto de vista de la doctrina, los instrumentos jurídicos internacionales, la legislación comparada, la legislación nacional y la jurisprudencia, proponiendo la modificación del mencionado tipo penal.

Los beneficios que aporta la presente investigación jurídica se proyectan a los aspectos siguientes:

Desde el punto de vista legislativo

El beneficio que se busca con el presente trabajo de investigación jurídica, desde un punto de vista legislativo y teniendo en cuenta el Principio de Legalidad, es evitar la impunidad en el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es la “Explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas”; conducta delictiva, que actualmente se comete en diferentes países del mundo, por grupos y organizaciones criminales, que inclusive operan de manera transfronteriza.

Como se ha expuesto, se propone la modificación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 129-A del Código Penal, para incluir dentro de la tipicidad subjetiva a la explotación reproductiva, cuyo objetivo es utilizar a las víctimas para la procreación, en contra de su voluntad o contando con un consentimiento que carece de efectos jurídicos (artículo 129-A, inciso 4 del Código Penal), precisando que, generalmente, el tratante comercializa a los menores que nacen como consecuencia de este delito o los somete a alguna otra forma de explotación.

Desde un punto legislativo, también se pretende establecer límites a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, teniendo en cuenta, que no existe una legislación adecuada al respecto; precisando, que en esta propuesta, si el sujeto activo del delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la explotación reproductiva, usa alguna de estas técnicas reproductivas para lograr la concepción en el sujeto pasivo o víctima, se considera una circunstancia agravante, aunque no se logre la concepción.

Con respecto a la labor que cumplen los operadores de justicia

El beneficio que conlleva la propuesta planteada a través del presente trabajo de investigación jurídica es facilitar el trabajo de los operadores de

justicia, como Jueces, Fiscales, Abogados, Procuradores, entre otros, para que se lleve a cabo la correcta tipificación del delito, estableciendo la definición de la explotación reproductiva, como una finalidad en el delito de Trata de Personas; para cuyo efecto, se ha sustentado esta propuesta técnicamente.

Prevenir la comisión del delito de Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas

Este es otro de los beneficios que se plantea con la presente propuesta, ya que corresponde al Estado la función preventiva del delito, a través de la especialización de los operadores de justicia y los miembros de la Policía Nacional del Perú, con el objetivo de llevar a cabo un trabajo conjunto de control en los centros de salud públicos y privados, donde se podría estar realizando la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes o niñas.

Así también, realizar un eficaz trabajo de inteligencia y seguimiento a los grupos y organizaciones criminales, reforzando los puertos, aeropuertos, pasos fronterizos, garitas terrestres de control migratorio, para evitar la trata de mujeres, adolescentes y niñas, víctimas de explotación reproductiva.

Llevar a cabo una labor de carácter preventivo en todos los centros de salud públicos y privados, así como, centros de estudio dirigidos a los profesionales de la salud, para que se les brinde información con respecto a lo que significa el delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la explotación reproductiva, precisando, las sanciones penales que corresponde a la comisión de este delito.

Sancionar al sujeto activo o tratante

Es evidente que el trabajo de investigación jurídica se proyecta a la sanción penal del sujeto activo, tratante o explotador, que comete el delito de Trata

de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes o niñas.

En este contexto, la propuesta se sustenta no sólo en las fuentes del Derecho, sino también, en un elemento muy importante como es “la realidad actual”; puesto que, la explotación reproductiva se comete en diferentes países, como Nigeria, Tailandia, la India, Bulgaria, entre otros países de América, Europa, África y Asia, donde a través de operativos policiales, diariamente, se encuentran a las víctimas de explotación reproductiva en cautiverio, junto con bebés recién nacidos, los cuales son liberados de los lugares denominados “Criaderos de bebés”.

Es evidente, que en este tipo de delitos en los cuales se violan los derechos humanos de mujeres, adolescentes y niñas, tiene que intervenir el “Ius puniendi” o función punitiva del Estado a través del Poder Judicial.

Proteger a las mujeres, las adolescentes y las niñas que son víctimas de Trata de Personas, cuando la finalidad es la explotación reproductiva.

La propuesta también plantea que el Estado asuma su función de protección a las víctimas de explotación reproductiva, que son específicamente mujeres, adolescentes y niñas; lo cual se debe realizar a través de programas de ayuda y protección, que incluyen la asistencia médica hasta su total recuperación física y psicológica, la asistencia legal en todos los aspectos, que incluye la protección de su identidad, así como, con respecto a su seguridad en el caso que su integridad física sea amenazada por algún grupo u organización criminal, la asistencia económica, que incluye colocarlas en una casa hogar y brindarles la manutención hasta su total recuperación, así como, estudios o alguna carrera técnica para su incorporación laboral.

Esta protección por parte del Estado también tiene que hacerse extensiva a los niños que nacen como consecuencia de esta explotación reproductiva a

la que fue sometida su madre o la mujer, la adolescente o la niña que desarrolló la gestación hasta el parto; ingresando en un programa de ayuda y protección, que incluye asistencia médica, asistencia legal, asistencia económica, ingresándolo en una casa hogar del Ministerio de la Mujer en caso de encontrarse en la situación de desprotección familiar.

Cuando existan mujeres, adolescentes o niñas peruanas, víctimas de explotación reproductiva en el extranjero a donde fueron transportadas, tratando de desarraigarlas del Perú, se les incorporará al programa de ayuda y protección a través del Ministerio de Relaciones Exteriores hasta su retorno al país.

Los beneficios que aporta la presente investigación jurídica están directamente relacionados con los diferentes aspectos mencionados líneas arriba, dando a conocer una nueva finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, como lo es, **la explotación reproductiva**; para efecto de propiciar el debate jurídico, que permita mejorar la tipificación del delito.

CONCLUSIONES

1. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños, suscrito y ratificado por el Estado peruano, se establece los parámetros mínimos de la tipicidad objetiva y subjetiva del mencionado delito, que cada Estado parte tiene que incluir en su legislación interna.

El delito de Trata de Personas se encuentra tipificado en el artículo 129-A del Código Penal, como tipo penal base, precisando, que la finalidad de explotación del ser humano forma parte de la tipicidad subjetiva. Es así, que del análisis de las diferentes formas de explotación tipificadas en la norma citada y teniendo como referente a los instrumentos jurídicos internacionales emitidos por los organismos que integran el Sistema Universal y el Sistema Regional de Protección a los Derechos Humanos, se concluye que la “Explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas”, no se encuentra tipificada como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, lo que representa un vacío legislativo que puede generar impunidad.

2. La explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, es una de las formas más crueles de explotación del ser humano, cuya víctima es exclusivamente una persona de sexo femenino, quien es utilizada por el tratante para la procreación de uno o más niños en contra de su voluntad, los que posteriormente son vendidos o sometidos a cualquier otra forma de explotación.

Cuando la finalidad es la explotación reproductiva, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo realiza una o más de las acciones descritas en la norma penal, utilizando alguno de los medios para someter al sujeto pasivo, que específicamente es una

mujer, una adolescente o una niña (en los dos últimos casos no es necesario la utilización de los medios comisivos), con la finalidad de obligarla a procrear; precisando, que el bebé que nace como consecuencia de este delito es sustraído del ámbito de control y protección de la mujer, la adolescente o la niña que desarrolló la gestación, para ser comercializado o sometido a alguna otra forma de explotación.

3. En la investigación jurídica se determinó, que para llevar a cabo la explotación reproductiva y lograr la concepción en la víctima del delito de Trata de Personas, generalmente, el tratante utiliza dos formas:
 - a). Las técnicas de reproducción humana asistida, en contra de la voluntad de la víctima o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos; y b). La violación sexual de la mujer, la adolescente o la niña que es víctima del delito de trata, sometiéndola en una o reiteradas oportunidades a esta violencia sexual.
4. También se considera explotación reproductiva, cuando el sujeto activo o tratante desarrolla una o más de las acciones descritas en la norma penal, utilizando los medios para someter a **una mujer en estado de gestación**, (no es necesario utilizar los medios en el caso de adolescentes o niñas) a quien capta con la finalidad de sustraer al bebé que lleva en el vientre (manteniéndola en cautiverio hasta el parto o adelantando el mismo a través de una cesárea) para venderlo o someterlo a alguna otra forma de explotación.
5. Las técnicas de reproducción humana asistida son procedimientos médicos que tienen como objetivo lograr la concepción; y con ello, la procreación de seres humanos. El artículo 7 de la Ley General de Salud del 15 de julio de 1997, establece que se puede procrear a través de las técnicas de reproducción humana asistida, “siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre una misma persona” y la aplicación de estas técnicas requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Se concluye que, no existe en nuestra legislación ninguna norma que regule las técnicas de reproducción humana asistida con relación a la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas, puesto que, la Ley General de Salud es simplemente una norma de carácter administrativo que no contempla la comisión de un delito a través de una mala praxis por parte de los profesionales de la salud o se utilice estas técnicas reproductivas de manera abusiva con fines de explotación del ser humano. Por tanto, es necesario incluir en la tipificación del delito de Trata de Personas la utilización de estas técnicas reproductivas en las diferentes formas de explotación del ser humano, como en la venta de niños, niñas y adolescentes y la explotación reproductiva.

6. La Ley General de Salud establece que no se puede someter a una persona a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o de la persona llamada legalmente a darlo; por tanto, se concluye que la explotación reproductiva de mujeres, adolescentes o niñas utilizando estas técnicas reproductivas en contra de la voluntad de ellas o con un consentimiento que carece de efectos jurídicos, debe ser considerada como una circunstancia agravante en el delito de Trata de Personas, teniendo en cuenta, que esta situación no se encuentra tipificada en ningún tipo penal específico, como sí lo esta la violación sexual, que puede concurrir en concurso con el delito de trata.
7. Se concluye, que la mujer que es sometida por el tratante utilizando los medios descritos en la norma penal (artículo 129-A del Código Penal), no se encuentra en la capacidad o condición de consentir la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida; y por tanto, se considera que cualquier consentimiento carece de efectos jurídicos, conforme al inciso 4 del artículo 129-A del Código Penal. Así también, con respecto a las menores de edad que son sometidas a técnicas de reproducción humana asistida, ellas no tiene la capacidad

jurídica para brindar un consentimiento válido y se considera que existe una circunstancia agravante, aunque no hayan sido sometidas a ninguno de los medios descritos en la norma, conforme lo señala el inciso 3 del artículo 129-A del Código Penal.

8. Considerando las Convenciones Internacionales emitidas dentro del ámbito del Sistema Universal y Sistemas Regionales de Protección a los Derechos Humanos que establecen la definición de las diferentes formas de explotación del ser humano, se concluye que la explotación reproductiva es una nueva forma de explotación de mujeres, adolescentes y niñas, que resulta técnicamente adecuado incluir como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; para cuyo efecto, se tiene que modificar el artículo 129-A del Código Penal y además incorporar un nuevo artículo que lo defina y establezca las circunstancias agravantes, que aumentan la punibilidad.

Esta propuesta de incluir la explotación reproductiva como una finalidad del delito de Trata de Personas, tiene como uno de sus fundamentos lo establecido en la Convención de Belem Do Pará, suscrita y ratificada por el Estado peruano, que prohíbe cualquier acto que constituya una forma de violencia contra la mujer y obliga a los Estados parte a legislar con respecto a este tema.

9. La explotación reproductiva vulnera el bien jurídico del delito de Trata de Personas, que es “la dignidad del ser humano”, siendo además, una forma de explotación dirigida exclusivamente en contra las mujeres, las adolescentes e incluso las niñas, las cuales son utilizadas como objetos, obligadas a la procreación en contra de su voluntad, sobre las cuales se ejerce no sólo violencia física y psicológica, sino un sufrimiento constante en las diferentes etapas de la consumación del delito, que les genera un grave daño.

10. La inclusión de la explotación reproductiva como una finalidad en el delito de Trata de Personas se proyecta a sancionar la conducta del sujeto activo o tratante a través de la función punitiva del Estado, así como, asumir la protección de la víctima o sujeto pasivo hasta su total recuperación física y psicológica a través de programas creados para dicho objetivo.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la modificación del artículo 129-A del Código Penal (tipo penal base) para incluir la “Explotación reproductiva de mujeres, adolescentes y niñas” como una finalidad en el delito de Trata de Personas.

Asimismo, agregar un artículo adicional al tipo penal de Trata de Personas para tipificar, específicamente, la explotación reproductiva y sus circunstancias agravantes.

2. Crear una comisión de trabajo multisectorial integrado por la Presidenta del Poder Judicial, la Fiscal de la Nación, la Ministra de la Mujer y poblaciones vulnerables, el Ministro de Justicia y el Ministro de Relaciones Exteriores, para realizar las normas de procedimiento a seguir con respecto a la protección y la recuperación física y psicológica de las mujeres, las adolescentes y las niñas que son víctimas de explotación reproductiva, en el delito de Trata de Personas; proponiendo que se les brinde un hogar temporal que incluya su manutención hasta su total recuperación física, psicológica y su reinserción al ámbito laboral. Asimismo, se les brinde asesoría jurídica gratuita a cargo del Ministerio de Justicia.

En el caso que la víctima de nacionalidad peruana se encuentre en el extranjero por haber sido captada por una organización criminal de Trata de Personas a nivel internacional o haya sido desarraigada de nuestro país por el tratante deberá establecerse, en la norma de procedimiento, que a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, los Consulados y Embajadas del Perú en el mundo, se les brinde la protección en el aspecto de su salud física, psicológica y en el ámbito jurídico (asesoría jurídica gratuita, para que se defiendan los derechos de la agraviada en las investigaciones que se siga en cualquier país del mundo) hasta su retorno al Perú.

3. Se recomienda establecer en la norma de procedimiento la protección y cuidado de los niños que nacen como consecuencia de la explotación reproductiva, a quienes se les deberá restablecer su verdadera identidad y nacionalidad en caso de haber sido cambiada por el tratante o explotador.

En el caso que la mujer, la adolescente o la niña, agraviada de trata, que desarrolló la gestación, quiera mantener su vínculo filial con el bebé las autoridades competentes se lo deberán entregar. En el caso, que la agraviada de trata no quiera mantener el vínculo con el menor, podrá darlo en adopción conforme a las leyes de nuestro país, para cuyo efecto, se recomienda incluir esta situación como una causal de desprotección familiar, teniendo en cuenta, que para procrear al bebé las agraviadas de explotación reproductiva, generalmente, son sometidas por el tratante a técnicas de reproducción humana asistida en contra de su voluntad o son víctimas de violación sexual.

4. Se recomienda establecer los Protocolos o normas de procedimiento para que a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, las Embajadas y los Consulados del Perú en el extranjero, las mujeres, las adolescentes o niñas peruanas, víctimas de explotación reproductiva en el delito de Trata de Personas, que desarrollaron la gestación hasta el nacimiento del bebé en otro país, retornen ambos al Perú; para cuyo efecto, se nombrará un asesor jurídico para que represente a éste último en cualquier país del mundo y se logre su retorno a nuestro país, restableciendo su verdadera identidad, en el caso de haber sido modificada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y ARTÍCULOS

Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., y Rodríguez Alcocer, A. (2014). “Maternidad Subrogada: Explotación Mujeres con de Fines Reproductivos (EMFR)”. México DF. Editorial: Coordinación Editorial y Diseño Capricho Ediciones Ana Patricia Reyes Fernández © Mujeres Independientes en Acción, A.C. Recuperado de:

https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2019/02/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf

Guerra Palmero, M.J. (2017). “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”. Publicado por Elsevier España, SLU el 13/07/2017. Recuperado de:

https://www.researchgate.net/publication/318395893_Contra_la_llamada_gestacion_subrogada_Derechos-humanos_y_justicia_global_Versus_bioetica_neoliberal

Guerrero Agripino, L. F. (2017). “FUNDAMENTOS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL. Una perspectiva desde los derechos humanos”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. Recuperado de: appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Fundamentos-Dogmatica-Juridica.pdf

Hernández Álvarez, M. (2014). “Derecho Penal. Derecho internacional, comparado y español”. Instituto de Estudios Latinoamericanos Universidad de Alcalá, Papeles en Discusión IELAT N°11-Enero 2014. España. Recuperado de:

https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/27922/trata_hernandez_IELATPD_2014_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Jobbes, T. (1651). “Leviathán”, Inglaterra. Recuperado de:

<https://omegalfa.es/downloadfile/leviathan.pdf>

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito UNODC (2015). “El concepto de explotación en el Protocolo contra la Trata de Personas”. Viena. Recuperado de:
[Explotacion_v2.pdf \(unodc.org\)](#)

Prado Saldarriaga, V.R. (2016). “Criminalidad Organizada Parte Especial”. Lima, Perú. Editorial: Instituto Pacífico SAC.

Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development (2008). “La importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida”. Madrid, España. Comité editorial: Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad. Recuperado de:
<https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/importanciaAspectos.pdf>

Sociedad Española de Fertilidad (2011). “Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida”. Madrid, España. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España. Recuperado de:
https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

Soria Fuerte, M. (2018). “La incompatibilidad del delito de Esclavitud y otras formas de explotación con el Principio de Legalidad”. Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Lima- Perú.

Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12727/4578>

Querol Lipcovich, A. (2020). “El intento de las víctimas y sus familias por acceder a la justicia. Trata de personas, violencia y explotación: 40 testimonios”. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Lima- Perú. Recuperado de:
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170757>

REVISTAS Y DIARIOS

BBC Mundo, 2 de agosto del 2014. Recuperado de:

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm

Corporación Británica de Radiodifusión, Redacción Diario BBC News Mundo, 02 de octubre del 2019. Recuperado de:

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-49892962>

Montoya Vivanco, Y. (2016). “El delito de Trata de Personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”. Revista de la Facultad de Derecho de la PUC, N°76, páginas 393-419. Perú. Recuperado:

<https://www.pucp.edu.pe/profesor/yvan-montoya-vivanco/publicaciones>

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

COUNCIL OF EUROPE, (2005). Serie de Tratados del Consejo de Europa N°197. Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. Varsovia, 16.V.2005. Recuperado de:

<https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

Council of Europe Treaty Series - No. 210, (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estambul 11.V.2011. Recuperado de:

www.coe.int/conventionviolence

Fiscalía General del Estado (2011). Circular 5/2011 del 02 de noviembre. España. Recuperado de

https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_05_2011.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1930). “Convenio sobre el trabajo forzoso”. Ginebra – Suiza. Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ForcedLabourConvention.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1945). “Carta de las Naciones Unidas”. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html350>

Organización de las Naciones Unidas (1948) “Declaración Universal de Derechos Humanos”. EEUU. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1953). Convención sobre la Esclavitud. Ginebra – Suiza. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1956). Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Ginebra – Suiza. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/supplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1957). “Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso”. Ginebra, Suiza. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/abolitionOfForcedLabourConvention.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1976) “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1976) “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo facultativo. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1984). Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y su Protocolo facultativo. Estados Unidos de Norteamérica.

https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf

Organización de las Naciones Unidas, (1993). “Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional”, entró en vigor el 1/05/1995. Francia. Recuperado de

<https://assets.hcch.net/docs/21714e2-9788-46f1-a4ad-48e22fa3aa65.pdf>

https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Estados Unidos de Norteamérica.

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito (2004), “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, Viena Austria, publicado con el apoyo financiero del gobierno del Japón. Recuperado de:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (2014). “Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso”. Ginebra, Suiza.

Recuperado: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Protocol2014ForcedLabourConvention.aspx>

Organización de las Naciones Unidas ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos (2018). “Informe A/HRC/37/60 de la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”. 37° período de sesiones, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>

Organización de Estados Americanos OEA (1969). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José de Costa Rica. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Estados Americanos OEA (1995). “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem Do Pará”. Belem Do Para, Brasil, en vigor desde el 05 de marzo de 1995. Recuperado de: https://oas.org/dil/esp/Convencion_Belem_do_Para.pdf

Parlamento Europeo y Consejo (2011), DIRECTIVA 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5/04/2011, relativa a la prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las víctimas; sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L 101/1. Estrasburgo. Parlamento Europeo, Presidente J. BUZEK, Consejo la Presidenta GYŐRI E. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

Unidos por la Infancia, UNICEF, (2006), “Convención sobre los Derechos del Niño”. Madrid, España. Recuperado de: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

NORMAS LEGALES

Congreso de la República del Perú (1997) Ley General de Salud 26842 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de julio de 1997. Lima-Perú.

Congreso de la República del Perú (2000), Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, actualizado. Recuperado de: <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0003/4-codigo-de-los-ninos-yadolescentes-1.pdf> 18

Congreso de la República (2016) Decreto legislativo 1297, “Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, modificación del Código de los Niños y Adolescentes. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de diciembre del 2016. Lima- Perú.

Congreso de la República del Perú (1991), Decreto Legislativo 635 del 03 de abril de 1991, Código Penal.

Congreso de la República del Perú (2007). Ley 28950 que modifica el artículo 153 del Código Penal. Diario Oficial El Peruano, publicado el 15 de enero de 2007. Lima – Perú.

Congreso de la República del Perú (2014). Ley 30251 que modifica el artículo 153 del Código Penal. Diario Oficial El Peruano, publicado el 21 de octubre de 2014. Lima – Perú.

Congreso de la República del Perú (1994). Ley 26309 que modifica el artículo 153 del Código Penal. Diario Oficial El Peruano, publicado el 20 de mayo de 1994. Lima – Perú.

Poder Ejecutivo, Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables del Perú (2018). Decreto Supremo 001- 2018-MIMP, reglamento del Decreto Legislativo 1297, para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de febrero de 2018. Lima- Perú.

Congreso de la República de México, Código Penal para el Distrito Federal de México (2018), publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el

16/07/2002. Última reforma publicada el 31/12/2018. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial (PAOT). Recuperado de:

www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2019/cod_penal_df_31_12_2018.pdf
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/136581/codigo_penal_df.pdf

Parlamento de Francia (2003). Código Penal francés traducido al español por el Dr. José Luis De La Cuesta Arzamendi, Catedrático de la Universidad de San Sebastián. Recuperado de:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_45.pdf
[https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/code_56%20\(1\).pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/code_56%20(1).pdf)

JURISPRUDENCIA

Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia del Perú (2019), XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 del 10 de septiembre, Lima. Recuperado de: www.pj.gob.pe

Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria (2009), Recurso de Nulidad Expediente R.N. 5267-2008, emitida el 25 de agosto de 2009. Recuperado de: www.pj.gob.pe

Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria (2011) Recurso de Nulidad Expediente R.N. 2463-2010, emitida el 04 de mayo del 2011. Recuperado de: www.pj.gob.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú, Fundación Konrad Adenauer y Konrad Adenauer Stiftung e.v. (2019). “III Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana sobre Trata de Personas y formas contemporáneas de Esclavitud”. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la (Idehpucp) y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Konrad Adenauer Stiftung e.v., Lima- Perú. Recuperado de:

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168797>

Tribunal Constitucional (2014), Sentencia Exp. 05312-2011-PA/TC Huánuco del 21 de julio. Recuperado de: www.tc.gob.pe

TESIS

Arce Valdez, A. (2020). “Cuidado, ellos te están buscando: campaña de prevención contra la Trata de Personas”. Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Licenciado en Comunicación en la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Lima. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12724/11285>

Bertola Valdivia, K. (2020). “Análisis del matrimonio forzado como modalidad específica del crimen de esclavitud sexual. Contribuciones desde el enfoque de género en el marco del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional”. Para optar por el Título Profesional de Abogada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16418>

Morillo Herrada, Z. (2017). “El delito de Trata de Personas y la problemática del consentimiento de la víctima”. Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12672/6876>

Ruiz Pasapera, M. (2018). “Diagnóstico de la implementación del Plan Nacional de lucha contra la trata y su ejecución a través de planes regionales: el caso de Madre de Dios”. Para optar el grado académico de Magistra en Gerencia Social con mención en Gerencia de Programas y Proyectos de Desarrollo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14246>

Villarroel Quinde, C. (2017). "El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano". Para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9736>

ANEXO: INFORME DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Naciones Unidas

A/HRC/37/60



Asamblea General

Distr. general
15 de enero de 2018
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

37º período de sesiones

26 de febrero a 23 de marzo de 2018

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

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

Nota de la Secretaría

En su informe, preparado de conformidad con las resoluciones 7/13 y 34/16 del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, ofrece una reseña general de las actividades que ha realizado desde su anterior informe, presentado al Consejo en marzo de 2017. En el informe también figura un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar.

I. Introducción

1. El informe se presenta en virtud de lo dispuesto en las resoluciones 7/13 y 34/16 del Consejo de Derechos Humanos. En él se facilita información sobre las actividades realizadas por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, desde la presentación de su anterior informe al Consejo de Derechos Humanos en marzo de 2017. También figura un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños.

II. Actividades

A. Visitas a países

2. La Relatora Especial emprendió una visita a la República Dominicana del 8 al 15 de mayo de 2017¹. También realizó una visita a la República Democrática Popular Lao del 8 al 16 de noviembre de 2017². El informe de la visita a la República Democrática Popular Lao se presentará al Consejo de Derechos Humanos en su 40º período de sesiones. La Relatora Especial agradece a los Gobiernos de ambos países su cooperación antes de la visita y durante ella.

3. El Gobierno de Irlanda ha aceptado que la Relatora Especial realice una visita del 14 al 21 de mayo de 2018, y el Gobierno de Malasia ha aceptado acoger una visita del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2018. La Relatora Especial agradece a los Gobiernos de ambos países que hayan aceptado las visitas y espera con anticipación que se mantenga un diálogo constructivo en el marco de los preparativos de ambas misiones. Asimismo, invita al Gobierno de la India a que proponga fechas para recibir una visita en 2019.

B. Otras actividades

1. Conferencias y colaboración con las partes interesadas³

4. El 4 de octubre de 2017 la Relatora Especial presidió una sesión sobre los abusos sexuales de niños en línea en el Congreso Mundial sobre la Dignidad del Niño en el Mundo Digital, organizado por el Centro de Protección del Niño de la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma.

5. El 10 de octubre de 2017 la Relatora Especial y la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, presentaron ante el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General su informe conjunto sobre la vulnerabilidad de los niños frente a la venta, la trata y otras formas de explotación en situaciones de conflicto y de crisis humanitaria⁴. El 11 de octubre de 2017 la Relatora Especial participó en una mesa redonda

¹ Véase A/HRC/37/60/Add.1.

² Véase

www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22416&LangID=E.

³ Las actividades llevadas a cabo de febrero a julio de 2017 por la Relatora Especial pueden consultarse en A/72/164.

⁴ Véase A/72/164.

dedicada a la prevención de la violencia contra los niños y la labor encaminada a perfilar las tareas y medir los progresos con respecto a la consecución de la meta 16.2 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, organizada en Nueva York por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y por la delegación de la Unión Europea ante las Naciones Unidas y la Misión Permanente del Uruguay ante las Naciones Unidas.

2. Comunicaciones

6. Los resúmenes de seis comunicaciones enviadas por la Relatora Especial durante el período que se examina figuran en los informes sobre comunicaciones de los procedimientos especiales.

III. Estudio sobre la gestación por sustitución y la venta de niños

A. Objetivo, alcance y metodología

7. En el mandato de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, se hace referencia a “las cuestiones relativas a la venta de niños”⁵. En los dos últimos informes de la Relatora Especial se ha subsanado una “deficiencia” derivada de no prestar suficiente atención a cuestiones distintas de la “explotación sexual de los niños”⁶. De ahí que el informe de la Relatora Especial a la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones se centrara en la venta de niños con fines de trabajo forzoso⁷ y que el informe al Consejo de Derechos Humanos en su 34º período de sesiones se centrara en las adopciones ilegales⁸.

8. En el presente estudio se subsana otra “deficiencia” más, que en este caso se refiere a la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución. Es continuación lógica del estudio sobre las adopciones ilegales, en el que la Relatora Especial ya había señalado que “el persistente vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada comercial hace que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, y la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en la adopción ilegal”⁹. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado sistemáticamente preocupaciones semejantes en el sentido de que la gestación por sustitución puede provocar venta de niños o ser equiparable a esta¹⁰.

9. En consecuencia, en el presente estudio se examinan situaciones en que los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y con la definición que figura en el Protocolo Facultativo de la Convención

⁵ Véase la resolución 1990/68 de la Comisión de Derechos Humanos.

⁶ Véase A/71/261, párr. 15.

⁷ *Ibid.*, párr. 16.

⁸ Véase A/HRC/34/55.

⁹ *Ibid.*, párr. 52.

¹⁰ Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Se pasa revista a la amplia gama de políticas en materia de gestación por sustitución en el contexto de la actual ausencia de normas internacionales explícitas y específicas. Igualmente, se indica la presencia de prácticas abusivas en contextos tanto no regulados como regulados. Para fortalecer la legitimidad y la viabilidad de la norma fundamental que prohíbe la venta de niños, el estudio presenta análisis y recomendaciones sobre la aplicación de esta prohibición en el ámbito de la gestación por sustitución.

10. Por “gestación por sustitución” se entiende una práctica de reproducción mediante un “tercero” en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Los contratos de maternidad subrogada suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna¹¹. La gestación por sustitución suele tener lugar en un contexto de tecnologías de asistencia médica para la procreación, como es el caso de la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria con fines de gestación subrogada en un sentido pleno (cuando la madre de alquiler no guarda relación genética con el niño) y la inseminación artificial en el caso de la gestación subrogada tradicional o parcial, que es cuando la madre de alquiler guarda relación genética con el niño. Mediante compra o “donación” también pueden obtenerse gametos de otras partes que no son ni el aspirante o aspirantes a progenitor ni la madre de alquiler, en cuyo caso el aspirante o aspirantes tal vez guarden, o tal vez no, relación genética con el niño¹².

11. El análisis de la venta de niños que figura en el presente estudio es aplicable a la gestación por sustitución de ámbito internacional y nacional, la gestación tradicional y la plena y la gestación por sustitución de carácter comercial o altruista. El estudio se centra en la prohibición de la venta de niños y en los derechos del niño de conformidad con las normas internacionales y las cuestiones en materia de protección derivadas de la práctica contemporánea de la gestación por sustitución. La incidencia de esta práctica en los derechos de las mujeres queda fuera del alcance del presente estudio, excepto en relación con las cuestiones que afectan a la vez a los derechos de los niños y los de las mujeres o con determinadas violaciones claras de derechos que esclarecen asuntos reglamentarios o relativos al cumplimiento. La Relatora Especial se hace eco de la posición de otros expertos en derechos humanos que han declarado inaceptable la discriminación de las mujeres en virtud de la instrumentalización de sus cuerpos con fines culturales, políticos, económicos o de otro tipo, incluso cuando está anclada en un conservadurismo de corte patriarcal¹³. La Relatora Especial alienta a otros mecanismos de derechos humanos y entidades de las Naciones Unidas a que contribuyan mediante nuevas investigaciones a las deliberaciones sobre la gestación por sustitución y su repercusión en los derechos humanos de las mujeres y otros interesados a fin de elaborar una normativa basada en los derechos humanos y prevenir los abusos y

¹¹ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” (marzo de 2012), disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

¹² *Ibid.* Se trataría asimismo de gestación subrogada tradicional en los casos de fecundación *in vitro* o transferencia embrionaria que emplearan los óvulos de la madre de alquiler.

¹³ Véase A/HRC/32/44, párr. 106 a).

violaciones. Nada de lo que se consigna en el presente informe deberá interpretarse como limitación de la autonomía de las mujeres en cuanto a la adopción de decisiones ni de sus derechos a la salud sexual y reproductiva.

12. El estudio se ha alimentado de contribuciones de expertos internacionales y organizaciones internacionales competentes. El 1 de noviembre de 2017 la Relatora Especial organizó en Ginebra una reunión de expertos en la cuestión de la gestación por sustitución. La Relatora Especial también participó en una reunión de expertos en materia de gestación por sustitución organizada en mayo de 2017 por el Servicio Social Internacional en el Departamento de Derecho de la Universidad de Verona (Italia). La Relatora Especial desea dar gracias especiales a los miembros del grupo central de expertos del proyecto sobre gestación subrogada del Servicio Social Internacional por su contribución a la elaboración del estudio. También resultó útil a la Relatora Especial revisar la labor del Comité de los Derechos del Niño, el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Asimismo, se ha servido de lo observado durante sus misiones a diversos países.

B. Preocupaciones urgentes

13. Va en aumento la práctica reproductiva de la gestación por sustitución. De hecho, a la par que el número de adopciones internacionales ha disminuido y que se han ido imponiendo a esa práctica cada vez más normas internacionales, el número de contratos internacionales de maternidad subrogada ha aumentado rápidamente ante la ausencia de normas internacionales¹⁴. En ese sentido, la gestación por sustitución, como ya ocurrió con la adopción internacional en los años ochenta y noventa del pasado siglo, se ha perfilado como esfera preocupante en la medida en que un sistema determinado por la demanda puede poner en peligro los derechos de los niños¹⁵. También cunden la “inquietud” y la preocupación por que “la práctica de contratar a madres gestantes de Estados con economías emergentes para que den a luz a hijos de aspirantes a progenitor más adinerados de otros Estados presente dimensiones semejantes a las examinadas en los informes preparatorios sobre la adopción internacional”¹⁶.

14. Los contratos internacionales de maternidad subrogada presentan diversas pautas transfronterizas. Lo normal ha sido que aspirantes a progenitor de países desarrollados, entre ellos Alemania, Australia, el Canadá, España, los Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Noruega y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, concierten contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada con madres de alquiler de países en desarrollo, como Camboya, la India,

¹⁴ Véase Katarina Trimmings y Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013), págs. 439, 441 y 442.

¹⁵ Véanse J. H. A. van Loon, “Report on intercountry adoption”, documento preliminar núm. 1, secc. E, págs. 51 a 55, disponible en https://assets.hcch.net/upload/adoption_rpt1990vloon.pdf; véase también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, Magistrado Superior Federal Pascoe (Australia), “Intercountry surrogacy – a new form of trafficking?”, disponible en www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/15.pdf, y Chantal Saclier (Servicio Social Internacional), “Children and adoption: which rights and whose?”, UNICEF, *Innocenti Digest 4: Intercountry Adoption*, págs. 12 y 13.

¹⁶ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 5 y nota 28.

Nepal, la República Democrática Popular Lao y Tailandia¹⁷. No obstante, California y otras jurisdicciones de los Estados Unidos son centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, como también lo son la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania, lo cual establece un conjunto distinto de relaciones transfronterizas¹⁸. Además, los aspirantes a progenitor de China suelen contratar la gestación por sustitución en Asia Sudoriental y los Estados Unidos¹⁹. Todas estas pautas suscitan preocupaciones en el ámbito de los derechos humanos.

15. La legislación nacional por la que se rige la gestación por sustitución recorre el espectro que va de prohibir a permitir. Estas variaciones se dan de un país a otro, aunque a veces también dentro de un mismo país, pues es normal que la gestación por sustitución se rija principalmente por el derecho local (en los casos de Australia, los Estados Unidos y México)²⁰. Las jurisdicciones más prohibicionistas, como Alemania y Francia, vetan todas las formas de gestación por sustitución, ya sean comerciales o altruistas, tradicionales o de gestación plena²¹. La mayor parte de las jurisdicciones en las que se legisla la gestación por sustitución, como Australia, Grecia, Nueva Zelandia, el Reino Unido y Sudáfrica, prohíben la modalidad “comercial”, “con ánimo de lucro” o “remunerada” de la práctica, a la vez que permiten, de forma explícita o implícita, la variedad “altruista”²². Solo unos pocos Estados permiten explícitamente la gestación por sustitución de carácter comercial por parte de aspirantes a progenitor nacionales y extranjeros, con lo cual optan por ser centros de gestación por sustitución de carácter comercial en los ámbitos nacional e internacional²³. Camboya, la India, Nepal y Tailandia y el estado mexicano de Tabasco son ejemplos de Estados o jurisdicciones que, habiendo servido de centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, recientemente han adoptado medidas para prohibir o limitar los contratos de ese tipo, por lo general ante prácticas abusivas²⁴.

¹⁷ Véase Trimmings y Beaumont, pág. 472.

¹⁸ *Ibid.*, págs. 311 a 324, 357 a 366 y 464 a 469. Véanse también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, nota 94, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements” (marzo de 2014), párr. 130, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, y *Re D (A Child) (Surrogacy)* [2014] EWHC 2121 (Fam) (Georgia).

¹⁹ Véanse más abajo las notas 22 a 24.

²⁰ Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 25, 256 y 257, y Courtney Joslin (corresponsal), Comité de Redacción de la Ley Uniforme de Paternidad (8 de febrero de 2016), págs. 3 a 6, disponible en www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf.

²¹ Véase Trimmings y Beaumont, págs. 119 a 142.

²² *Ibid.*, pág. 454, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 18, y Presidente del Tribunal John Pascoe (Australia), Tercera Conferencia Anual Legalwise sobre Derecho Internacional de Familia, Shanghái (China), 17 a 20 de septiembre de 2014, disponible en www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2014/paper-pascoe-international-commercial-surrogacy.

²³ Véanse Presidente del Tribunal John Pascoe (Australia), Tercera Conferencia Anual Legalwise sobre Derecho Internacional de Familia, y Trimmings y Beaumont, págs. 443 a 454.

²⁴ Véanse “An update on the work of the Hague Conference on Private International Law”, *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, núm. 144 (2017), y Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”, *South China Morning Post*, disponible en www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business.

Sin embargo, la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos llevan ya bastante tiempo decantándose por seguir siendo centros de contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional²⁵.

16. La legislación por la que se rige la gestación por sustitución también presenta grandes diferencias que van de ser abundante a no existir²⁶. Aunque la gestación por sustitución tiene antecedentes históricos²⁷, las prácticas modernas van ligadas al auge de la asistencia médica para la procreación, que, además de ofrecer nuevas oportunidades de reproducción, plantea nuevos dilemas jurídicos y éticos. De ahí que a menudo se afirme que la legislación tiene dificultades para estar al día de las tecnologías y prácticas que van surgiendo²⁸. Muchos países, como la Argentina, Bélgica, Guatemala, Irlanda y el Japón, y muchas jurisdicciones de los Estados Unidos no han promulgado hasta la fecha legislación en materia de gestación por sustitución, ya sea prohibicionista o permisiva, con lo cual los tribunales y las autoridades competentes se ven obligados a articular sus propias respuestas a la práctica de la gestación por sustitución a medida que esta evoluciona²⁹. En ausencia de legislación específica en materia de gestación por sustitución, a menudo se suscriben contratos de maternidad subrogada sobre la base de leyes previas por las que se rigen los asuntos relativos a la paternidad, la retirada de la patria potestad y la adopción³⁰. Las jurisdicciones que han adoptado legislación más explícita en el ámbito de la gestación por sustitución presentan variaciones en cuanto al alcance de la legislación y su claridad. La ausencia de leyes claras y exhaustivas en el ámbito de la gestación por sustitución pueden propiciar el surgimiento de una variedad comercial no regulada, así como de las prácticas de explotación concomitantes³¹.

17. Los aspirantes a progenitor viajan a menudo de jurisdicciones que prohíben la gestación por sustitución de carácter comercial, como Australia, Francia o Italia, a jurisdicciones que la permiten, de donde se proponen volver a su jurisdicción de origen con hijos nacidos de un vientre alquilado. Esos viajes eluden deliberadamente las leyes

²⁵ Véase Trimmings y Beaumont, págs. 357 a 365 y 443. En relación con Georgia, véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, nota 94, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 130, y *Re D (A Child)* (Surrogacy) [2014] EWHC 2121 (Fam).

²⁶ Véase Trimmings y Beaumont, págs. 443 a 454.

²⁷ Véase David Smolin, “Surrogacy as the sale of children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43 (2016), págs. 265 y 289 a 302, disponible en https://works.bepress.com/david_smolin/19/.

²⁸ Véase, por ejemplo, Magistrado Superior Federal Pascoe, “The rise of surrogate parenting” 24ª Conferencia Asiática sobre Derecho, Seúl (República de Corea), 10 de octubre de 2011, secc. 6 (citando al Juez Benjamin), disponible en www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2011/speech-pascoe-lawasia-2011.

²⁹ Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 5 a 24, 49 a 83, 167 a 174, 219 a 230, 247 a 253 y 391, y Parlamento Europeo, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States” (2013), pág. 206, disponible en [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403).

³⁰ *Ibid.*

³¹ Véanse las fuentes citadas en la anterior nota 10, así como Trimmings y Beaumont, pág. 442, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”.

prohibicionistas y plantean dilemas a las jurisdicciones en cuestión³². Las autoridades y los tribunales competentes se enfrentan a menudo a una situación en que, consumados los hechos, se les pide que validen contratos internacionales de maternidad subrogada que son ilegales en una jurisdicción o en ambas³³. El dilema se ve agudizado por el imperativo de proteger los derechos de estos niños nacidos de vientres alquilados³⁴. La comprensión que suscitan los aspirantes a progenitor, movidos por el deseo de formar una familia, complica aún más el problema. La preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación, agudiza los dilemas a los que hacen frente los Estados³⁵.

18. Las redes comerciales internacionales de gestación por sustitución pasan de una jurisdicción a otra en función de los cambios de la legislación. De hecho, a veces la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria tienen lugar en un Estado, tras lo cual la madre de alquiler se traslada a un segundo Estado para dar a luz, mientras que el aspirante o aspirantes a progenitor proceden de un tercer Estado³⁶. De ello se desprende con claridad la necesidad de elaborar y aplicar normas internacionales.

19. Estos dilemas por resolver han planteado urgentes preocupaciones a los Estados y a la comunidad internacional. Algunos se preocupan fundamentalmente por los dilemas y por su incidencia en los derechos humanos cuando la gestación por sustitución se practica a escala internacional para eludir las prohibiciones nacionales. Otros se preocupan principalmente por las prácticas abusivas que pueden derivarse de la falta de legislación internacional o nacional aplicable. Desde esta óptica, la solución necesaria consiste en implantar marcos jurídicos internacionales y nacionales por los que se rija claramente la gestación por sustitución³⁷.

20. Algunos recomiendan legalizar y regular la gestación por sustitución de carácter altruista y comercial. Con ello se espera que la legalización, combinada con el marco regulatorio, proteja los derechos, la dignidad y los intereses de todas las partes evitando a la vez los perjuicios y violaciones de la práctica subrepticia o no regulada de la gestación por sustitución. Otros abogan por prohibir la gestación por sustitución en todas sus formas por motivos de dignidad humana o alegando que tiene intrínsecamente carácter de explotación o lo suele tener en los actuales contextos de desequilibrio de poder. La respuesta que aparece con más

³² Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párrs. 25, 28, 31 y 32, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mennesson c. Francia*, demanda núm. 65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia*, demanda núm. 65941/11, sentencia de 26 de junio de 2014, y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/12, sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017.

³³ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 215.

³⁴ Véase *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), párr. 22, a cargo del Juez Hedley.

³⁵ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”.

³⁶ Véase Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”.

³⁷ Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” y “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”.

frecuencia en la legislación y en la práctica de los Estados ha consistido en prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial y permitir la de carácter altruista, en el entendimiento de que la variedad comercial convierte a los niños en artículos de consumo y explota a las madres de alquiler³⁸. La incapacidad del Consejo de Europa para adoptar una posición ejemplifica el calibre del conflicto en la medida en que una mayoría aplastante estaba a favor de prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial o la gestación por sustitución de todo tipo, pese a lo cual al final no se adoptó una posición a causa de las divergencias entre ambos pareceres³⁹.

21. Aunque se llegue a un acuerdo entre las distintas opciones referentes a la prohibición, la cuestión de la regulación “apropiada” plantea divisiones semejantes. En ese sentido, las cuestiones regulatorias básicas suscitan desacuerdos fundamentales, como la determinación de la patria potestad, si se va a proceder a una determinación del interés superior, la regulación de los aspectos financieros de la gestación por sustitución, la condición de las “madres de alquiler” e incluso la terminología, el ejercicio de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, la evaluación de la idoneidad de los aspirantes a progenitor, la importancia de las conexiones genéticas y el papel de los contratos y los tribunales. Así pues, incluso quienes están a favor de legalizar y regular la gestación por sustitución pueden estar en total desacuerdo en cuanto a las formas de regulación apropiadas⁴⁰.

22. En medio de esta controversia, el presente estudio propone un refugio seguro basado en una premisa sencilla: todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles.

23. Este papel preponderante de la prohibición de la venta de niños obedece al riesgo de que los Estados y la comunidad internacional procuren legalizar y normalizar la venta de niños y otras violaciones de los derechos humanos al regular la gestación por sustitución. En medio de la demanda de legislación aplicable, la demanda de niños y la influencia de una industria pujante y poderosa que se dedica a la gestación por sustitución, existe el riesgo de que la legislación aplicable que se apruebe vaya en menoscabo de los derechos humanos fundamentales. La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que

³⁸ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 18; véase también Juez Pascoe 2014, en la anterior nota 22.

³⁹ Véase “An update on the work of the Hague Conference”, págs. 102 y 103 y notas 32 y 33.

⁴⁰ Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, y “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”; véase también el informe de la American Bar Association (indicado más adelante).

no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos⁴¹.

24. La gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes jurídicos vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos. Igualmente, gran parte de los argumentos aducidos a favor de estos regímenes jurídicos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial podrían, de ser aceptados, legitimar prácticas en otros ámbitos que se consideran ilícitas, como ocurre con la adopción. Así pues, de aceptarse este tipo de régimen jurídico aplicable, en calidad de legislación internacional o nacional o en virtud de principios de reconocimiento, sufriría menoscabo la normativa establecida en materia de derechos humanos.

25. La comunidad internacional no puede renunciar a los avances realizados en la elaboración de normativa sobre los derechos del niño, incluidas las normas preparadas en el contexto de la adopción. En décadas anteriores la comunidad internacional hizo frente a sistemas de adopción basados en la atención de la demanda de niños por parte de adultos e impulsados por intereses comerciales e incentivos financieros que, en la práctica, explotaban la vulnerabilidad de los padres biológicos⁴². Ante ello, la comunidad internacional insistió en que el interés superior del niño fuera la “consideración primordial” en la esfera de la adopción⁴³, creó normas que exigían la regulación estricta de los aspectos financieros de la adopción internacional⁴⁴, procuró proteger a las familias biológicas vulnerables y negó que los candidatos a progenitor adoptivo tuvieran derecho a tener un hijo⁴⁵. La aplicación de estas normas en el ámbito de la adopción ha resultado difícil, pero se ha avanzado considerablemente en cuanto al establecimiento de normas, el seguimiento y el cumplimiento⁴⁶.

26. Sin embargo, la industria de la gestación por sustitución de carácter comercial y sus defensores han insistido en que se acepten los tipos de sistema rechazados por la comunidad internacional en materia de adopción por lo que se refiere a los sistemas de gestación subrogada. De ahí que la industria y sus defensores insistan en que la modalidad comercial se acepte en todo el mundo como sistema basado en el mercado que está pensado principalmente en función de la demanda de niños por parte de adultos y prevé que la patria potestad se determine en lo esencial mediante un contrato. Por ejemplo, la American Bar Association, que representa a más de 400.000 abogados⁴⁷, promueve la gestación por

⁴¹ Véase el informe y la resolución 112B de la American Bar Association, disponibles en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/family/Hague_Consideration.authcheckdam.pdf.

⁴² Véanse, por ejemplo, Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y van Loon, “Report on intercountry adoption”.

⁴³ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21.

⁴⁴ *Ibid.*, art. 21 d), Convenio de La Haya de 1993, arts. 4 c) 3), 8 y 32, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Note on the financial aspects of intercountry adoption” (2014), disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6310>.

⁴⁵ Véanse el Convenio de La Haya de 1993, art. 4, y Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13.

⁴⁶ Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 20 y 21, el Convenio de La Haya de 1993 y A/HRC/34/55.

⁴⁷ Véase https://www.americanbar.org/about_the_aba.html.

sustitución de carácter comercial a escala nacional e internacional⁴⁸. La postura de la American Bar Association tiene repercusión en el plano internacional, pues promueve los contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada y las operaciones de intermediarios a escala mundial.

27. La American Bar Association observa que “es innegable que la contratación de servicios de gestación de niños por sustitución a cambio de dinero representa un mercado”⁴⁹. Encomia este “mercado” y observa que “los mecanismos basados en el mercado han permitido el funcionamiento eficiente de la gestación por sustitución de ámbito internacional”⁵⁰. La American Bar Association rechaza que se aplique a la gestación por sustitución la norma del interés superior del niño⁵¹, rechaza la mayor parte de las modalidades de examen de la idoneidad y evaluación de la competencia de los aspirantes a progenitor⁵², rechaza que se impongan límites a la retribución de las madres de alquiler y los donantes de gametos⁵³, rechaza que se impongan a las agencias de gestación por sustitución requisitos para la concesión de licencias⁵⁴, rechaza los derechos a las partidas de nacimiento o a información sobre los orígenes personales⁵⁵, rechaza el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 como “modelo de convenio en el ámbito de la gestación por sustitución”⁵⁶ y rechaza los tratados bilaterales en materia de gestación subrogada⁵⁷. La American Bar Association afirma que “anda descaminada toda labor que vaya dirigida a regular el mercado internacional de la gestación por sustitución en sí”⁵⁸. De hecho, propugna que todo instrumento internacional en materia de gestación por sustitución prescinda de la dimensión de los derechos humanos⁵⁹; de ahí que rechace “la regulación de la industria de la gestación por sustitución a efectos de reducir las violaciones de los derechos humanos”⁶⁰. De adoptarse esta posición se verán anulados los beneficios derivados de la elaboración de normativa sobre los derechos del niño en el ámbito de la adopción y aparecerá una nueva generación de violaciones de los derechos humanos.

28. Son considerables las diferencias entre la adopción y la gestación por sustitución, y no todas las normas aplicables a la adopción son extensibles a la gestación por sustitución. No obstante, son aplicables a ambas determinados principios de derechos humanos, como la prohibición de la venta de niños⁶¹, el interés superior del niño como consideración

⁴⁸ Véase el informe y la resolución de la American Bar Association. Cabe señalar que la Asociación no representa al Gobierno de los Estados Unidos, donde coexisten jurisdicciones permisivas y prohibicionistas. Véase Joslin, nota 7.

⁴⁹ Informe de la American Bar Association, pág. 9.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 11.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 15 y 16.

⁵² *Ibid.*, págs. 4, 17 y 18.

⁵³ *Ibid.*, págs. 20 y 21.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 20.

⁵⁵ *Ibid.*, págs. 21 y 22.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 15.

⁵⁷ *Ibid.*, págs. 4 y 5.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 14.

⁵⁹ *Ibid.*, pág. 1.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 7.

⁶¹ Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 35, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

primordial⁶², la inexistencia del derecho a tener un hijo⁶³, regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras⁶⁴, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales⁶⁵ y las protecciones frente a la explotación⁶⁶. El presente informe se centra en la necesidad de mantener estas normas de derechos humanos frente a las presiones derivadas de la práctica a gran escala de una gestación por sustitución de carácter comercial basada en el mercado y en contratos.

C. Prácticas abusivas en los sistemas de gestación por sustitución

29. Están bien documentadas las prácticas abusivas en el contexto de la gestación por sustitución. Ejemplos de ello son el empleo de madres de alquiler de la India y Tailandia por delincuentes de Australia e Israel condenados por delitos sexuales⁶⁷, el empleo por un hombre japonés adinerado de 11 madres de alquiler que dieron a luz a 16 niños en Tailandia y la India⁶⁸, el abandono de un recién nacido con discapacidad gestado en un vientre de alquiler en Tailandia⁶⁹ y el abandono o venta de recién nacidos “sobrantes” gestados en vientres de alquiler y nacidos en partos de mellizos en la India⁷⁰. Las redes comerciales de gestación por sustitución trasladan a madres de alquiler de un país a otro, a veces cuando están embarazadas, para eludir la legislación nacional; en un caso, las autoridades tailandesas descubrieron y liberaron a 15 mujeres vietnamitas, a raíz de lo cual se presentaron cargos por trata de personas en el contexto de un plan de criadero de bebés⁷¹.

30. Gran parte de estos abusos tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo⁷². Sin embargo, también se

⁶² Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3 y 21.

⁶³ Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (1995).

⁶⁴ Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21 d), el Convenio de La Haya de 1993, arts. 4 c) 3), 8 y 32, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Note on the financial aspects of intercountry adoption”.

⁶⁵ Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7, 8 y 9.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 35, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

⁶⁷ Véanse, por ejemplo, www.geneticsandsociety.org/article.php?id=6933, www.abc.net.au/news/2014-08-06/baby-gammys-father-convicted-on-more-than-20-child-sex-charges/5653502 y [2016] FCWA 17, disponible en www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf.

⁶⁸ Véase Samantha Hawley, “Japanese man fathers 16th baby via surrogate in Thailand”, 9 de septiembre de 2014, disponible en www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856.

⁶⁹ Véase [2016] FCWA 17, en la anterior nota 67.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, www.bionews.org.uk/page_460525.asp y <http://nymag.com/thecut/2015/03/dark-side-of-international-surrogacy.html>.

⁷¹ Véanse <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm> y www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business.

⁷² Véanse las fuentes citadas antes en las notas 67 a 71.

registran prácticas abusivas en jurisdicciones donde la gestación por sustitución de carácter comercial presuntamente está bien regulada. Por ejemplo, se declaró culpables a dos destacados abogados en el ámbito de la gestación por sustitución integrantes de una red de venta de recién nacidos en California, que es un centro de contratos internacionales de maternidad subrogada⁷³. Según autoridades gubernamentales, una destacada abogada en el ámbito de la gestación por sustitución admitió que “ella y sus cómplices hicieron uso de portadoras gestantes para crear un inventario de niños no nacidos que venderían a razón de más de 100.000 dólares cada uno”⁷⁴. La abogada condenada dijo a los medios de comunicación locales que, por lo que se refiere a las prácticas abusivas, su caso era “la punta del iceberg” en una “industria corrupta que movía miles de millones de dólares”⁷⁵.

31. En otra causa de California, *Cook c. Harding*⁷⁶, se señalan las omisiones regulatorias intencionadas de una jurisdicción donde está regulada la gestación por sustitución de carácter comercial: “El estatuto no impone condiciones con respecto a quién puede ejercer de madre de alquiler (aparte de exigir que la interfecta no guarde relación genética con los fetos) o a quién puede solicitar los servicios de una portadora gestante. ... No se exigen niveles mínimos de ingresos, inteligencia, edad o capacidad en relación con la madre de alquiler o con el aspirante o aspirantes a progenitor”⁷⁷.

32. En la causa *Cook* la agencia de gestación por sustitución puso en contacto a una madre de alquiler de 47 años de edad con un aspirante a padre soltero de 50 años de edad. Se implantaron tres embriones a raíz de los cuales la mujer quedó embarazada de trillizos. Surgieron conflictos cuando el aspirante a padre puso reparos al pago de los costos de un embarazo de trillizos de alto riesgo y exigió un aborto selectivo con fines de reducción. En el contrato de gestación por sustitución figuraba una disposición común en el sentido de que las decisiones en materia de aborto selectivo con fines de reducción incumbirían al aspirante a progenitor. La madre de alquiler se negó a que se le practicara ese tipo de aborto⁷⁸. Por ello, “el abogado de C. M. informó a Cook de que, de negarse a practicar el aborto con fines de reducción, incumplía el contrato, por lo que se le podía exigir una indemnización monetaria”⁷⁹. También se sostiene que puede exigirse a las madres de alquiler que se niegan a someterse a abortos selectivos con fines de reducción una indemnización monetaria que incluiría “el costo del tratamiento médico de todo niño que nazca”⁸⁰.

⁷³ Smolin, “Surrogacy as sale of children”, págs. 328 a 330.

⁷⁴ Buró Federal de Investigaciones, “Baby-selling ring busted”, disponible en <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>.

⁷⁵ Rory Devine y R. Stickney, “Convicted surrogacy attorney”, disponible en www.nbcsandiego.com/news/local/Theresa-Erickson-Surrogacy-Abuse-Selling-Babies-140942313.html.

⁷⁶ Véase <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 6.

⁷⁸ Véanse <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order> y Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”, disponible en <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2016/06/07/surrogacy-contracts-abortion-conditions-and-parenting-licenses-in-the-curious-case-of-cook-v-harding/>.

⁷⁹ Véase <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>, pág. 8.

⁸⁰ Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”.

33. Así pues, en algunas jurisdicciones la regulación de la gestación por sustitución está pensada para garantizar el cumplimiento de los contratos, entregar los niños a los aspirantes a progenitor, mantener los beneficios de la industria y rechazar intencionadamente la mayor parte de las protecciones de las que son merecedores los niños o las madres de alquiler. Estos tipos de modelos de carácter contractual desembocan en prácticas abusivas sistémicas. De hecho, estos regímenes jurídicos de carácter contractual desembocan en venta de niños en tanto incluyen los tipos de determinación de la patria potestad antes del parto que, según advierte el Comité de los Derechos del Niño, pueden dar lugar a venta de niños⁸¹.

D. Marco jurídico internacional

34. En el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que “Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Cabe destacar la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma”; la gestación por sustitución no supone una excepción a lo que prohíbe el artículo. No debe constituirse una familia mediante “el secuestro, la venta o la trata de niños”.

35. La prohibición de la venta de niños aparece claramente enunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía parten de la premisa de que la venta de niños es en sí misma un perjuicio grave y una violación de los derechos humanos, sin que sea necesario demostrar la violación de ningún otro derecho de conformidad con la Convención, como la explotación sexual o laboral⁸².

36. En el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 se confirma que las prohibiciones enunciadas en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía son aplicables a los métodos de constitución de familias (como la adopción internacional), al afirmarse en su artículo 1 que “La finalidad del presente Convenio será la siguiente: ... instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños”.

⁸¹ Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

⁸² John W. Tobin, “To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2 (2014), University of Melbourne Legal Studies research paper núm. 689, págs. 18 a 21 y 24 a 27, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2476751.

37. La Convención sobre los Derechos del Niño da cabida a una diversidad de políticas estatales permisibles en materia de adopción nacional e internacional; de ahí que algunos Estados consideren que la adopción nacional y la internacional son métodos positivos de constitución de familias, mientras que otros no prevén ni la una ni la otra en su legislación nacional⁸³. El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 deja claro que, con independencia de esas diferencias de política, los Estados deben crear salvaguardias para impedir el recurso al secuestro, la venta o la trata de niños para constituir familias. Este principio también es aplicable a la gestación por sustitución. A ese respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha examinado de forma sistemática a los Estados afectados por la gestación por sustitución afirmando que, de no regularse debidamente, esta práctica puede equivaler a venta de niños⁸⁴. Así pues, los Estados, independientemente de su posición en materia de gestación por sustitución, deben prohibir el secuestro, la venta o la trata de niños en el contexto de esta práctica y adoptar medidas para impedir que ello ocurra.

E. Definición de gestación por sustitución de carácter comercial

38. Una definición de gestación por sustitución de carácter comercial, conocida también como gestación por sustitución “con ánimo de lucro” o “remunerada”, se centra en la relación contractual y transaccional, en lugar de gratuita, entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler. De ahí que exista gestación por sustitución de carácter comercial cuando la madre de alquiler convenga en prestar servicios de gestación y/o en trasladar jurídica y físicamente al niño a cambio de una remuneración o una retribución de otro tipo.

39. La gestación por sustitución de carácter comercial comprende asimismo un “reembolso” que va más allá de los gastos razonables y detallados directamente resultantes del contrato de maternidad subrogada⁸⁵. De ello cabe inferir que los pagos correspondientes a “gastos” no razonables y no detallados constituyen un pago encubierto por servicios de gestación o por traslado del niño.

40. La participación de intermediarios con ánimo de lucro es otro indicio de gestación por sustitución de carácter comercial. A efectos del presente informe, se entienden por intermediarios las partes (personas u organizaciones o instituciones) que ponen en contacto a los aspirantes a progenitor y las madres de alquiler o median en el contrato de maternidad subrogada vigente, entre ellas los dispensarios, los profesionales de la salud, los abogados, las agencias de gestación por sustitución o los “corredores”. Los profesionales de la salud o los dispensarios y los abogados que reciben una remuneración razonable por servicios profesionales ligados a la gestación por sustitución no son

⁸³ Véanse el Convenio de La Haya de 1993, art. 21, y *Child Adoption: Trends and Policies*, publicación de las Naciones Unidas disponible en www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf.

⁸⁴ Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

⁸⁵ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”.

obligatoriamente intermediarios, siempre que no desempeñen funciones de establecimiento de la relación entre los aspirantes a progenitor y la madre de alquiler y mediación en ella. Esta definición complementaria de gestación por sustitución de carácter comercial es necesaria porque los intermediarios suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala.

F. La gestación por sustitución y la venta de niños

41. La gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos. Como se indicará a continuación en la sección IV, puede que la gestación por sustitución de carácter comercial no constituya venta de niños si se regula estrictamente a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales y de forma opuesta a lo que impera en muchos regímenes comerciales de gestación por sustitución. La gestación por sustitución de carácter altruista también debe regularse debidamente para evitar la venta de niños (véase a continuación la sección III.G.8).

42. Conforme al artículo 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban “remuneración o cualquier otra retribución” a cambio de trasladar al niño. La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado).

1. Primer elemento: remuneración o cualquier otra retribución (pago)

43. Por definición, la obtención o promesa de “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) forma parte de todos los contratos comerciales de maternidad subrogada. En vista de que toda promesa de un futuro pago constituye “cualquier otra retribución”, el elemento queda establecido antes de que se efectúen los pagos. La cuestión del pago en la gestación por sustitución de carácter altruista se trata más abajo en la sección III.G.8.

2. Segundo elemento: el traslado del niño (traslado)

44. El traslado de un niño puede ser de carácter jurídico o físico. El traslado jurídico del niño comportaría el traslado de la patria potestad o la responsabilidad paterna⁸⁶. El traslado físico sería el acto de entrega física de un niño por una persona o un grupo de personas a otra persona o grupo de personas. Para el traslado físico de un niño no hace falta el traslado jurídico. El concepto de venta de niños no obliga a que quien realiza el traslado tenga la patria potestad o la responsabilidad parental legal. Un traficante vende ilícitamente un niño en virtud de su traslado físico a cambio de “remuneración o cualquier otra retribución”, incluso aunque el control que ejerce sobre el niño sea ilegal.

45. El traslado jurídico de un niño tiene lugar o se promete en contratos de maternidad subrogada. Por lo general, el derecho interno de todos los

⁸⁶ La expresión “responsabilidad paterna” se basa en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18) e incluye el término “custodia”, que se usa en algunas jurisdicciones.

Estados concede la patria potestad y la responsabilidad paterna a las madres que dan a luz. De hecho, se trata de un requisito prescrito en el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, incluso cuando está prevista la adopción internacional⁸⁷. La condición de progenitora de una madre de alquiler aparece reconocida por lo general en los contratos tradicionales de maternidad subrogada, al tratarse de la madre genética y gestante. De ahí que sea necesario el traslado para que los aspirantes a progenitor obtengan la patria potestad.

46. La situación es más compleja en el caso de la gestación por sustitución. Al no haber jurisdicciones que, por lo general, exijan a las madres que dan a luz pruebas de conexión genética para determinar la patria potestad, la falta de conexión genética no es obstáculo a la obtención de la patria potestad. De hecho, los defensores de la gestación por sustitución no consideran que la falta de conexión genética sea obstáculo a la asignación de la patria potestad a unos aspirantes a progenitor, y algunos regímenes de gestación por sustitución ni siquiera exigen que uno de los aspirantes a progenitor tenga una relación genética⁸⁸.

47. No obstante, algunas jurisdicciones en el ámbito de la gestación por sustitución han establecido normas jurídicas en virtud de las cuales las madres de alquiler gestantes, a las que suelen denominar “portadoras gestantes”, “portadoras por sustitución” o “gestantes de alquiler”, pierden la patria potestad antes del parto en virtud de un contrato suscrito antes del traslado del embrión⁸⁹. En virtud de esa legislación, un contrato válido de maternidad subrogada hace efectivo el traslado del niño, ya sea por ministerio de la ley, ya por la actuación de un tribunal u otra autoridad competente antes o después del parto, de tal modo que dicho tribunal o autoridad competente está obligado a ejecutar el traslado siempre que el contrato en sí cumpla determinadas normas mínimas⁹⁰. En ese sentido, es el contrato de gestación por sustitución y no el mero hecho de no existir relación genética lo que en estas jurisdicciones reguladoras de la gestación por sustitución convierte a la madre de alquiler en una “portadora gestante” que no guarda relación con el niño⁹¹. En esas circunstancias, el propio contrato de gestación por sustitución prevé el traslado jurídico de la patria potestad o, como mínimo, una inclinación esencial e irreversible en ese sentido. Al firmar un contrato de gestación por sustitución, la madre de alquiler toma parte en el traslado jurídico del niño. Al respecto, en *Johnson c. Calvert* el Tribunal Supremo de California indicó expresamente que la madre de alquiler había “renunciado por contrato a todo derecho sobre el niño”⁹².

48. Además, los contratos de gestación por sustitución incluyen de forma explícita o implícita el compromiso de la madre de alquiler de cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (si procede) renuncien a la patria potestad y la responsabilidad paterna y que ambas atribuciones correspondan legalmente a los aspirantes a progenitor⁹³. En algunas jurisdicciones se procede al traslado

⁸⁷ Véase el Convenio de La Haya de 1993, art. 4 c) 4).

⁸⁸ Véanse el informe de la American Bar Association y el Código de Familia de California, arts. 7960 a 7962.

⁸⁹ Véase Joslin, págs. 3 a 6 (en los Estados Unidos: California, Maine y New Hampshire).

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² 851 P.2d (1993), pág. 776 y págs. 781 y 782.

⁹³ *Ibid.*, pág. 778.

antes del parto en virtud de medidas adoptadas por los tribunales u otras autoridades competentes que aprueban el contrato de maternidad subrogada⁹⁴. También en este caso la actuación de la madre de alquiler antes del parto facilita la concesión de la patria potestad a los aspirantes a progenitor. En consecuencia, en los contratos de maternidad subrogada suele establecerse el traslado jurídico efectivo del niño o la correspondiente promesa de ello. Los sistemas jurídicos que establecen el traslado antes del parto no obstan a que exista un traslado jurídico.

49. En los contratos de maternidad subrogada también se establece el traslado jurídico efectivo del niño de la madre de alquiler al aspirante o aspirantes a progenitor o la correspondiente promesa de ello. De hecho, en algunos contratos de este tipo se pretende limitar, por contrato o físicamente, la libertad de circulación de la madre de alquiler a fin de garantizar al aspirante o aspirantes a progenitor el control del niño en el momento del nacimiento⁹⁵. De forma explícita o implícita, en los contratos de maternidad subrogada la madre de alquiler se compromete a trasladar físicamente al niño que nazca al aspirante o aspirantes a progenitor.

3. Tercer elemento: el intercambio (pago por el traslado)

50. El tercer y último elemento necesario en los casos de venta de niños es la preposición “por”, que hace referencia a un intercambio: la “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) debe realizarse “por” el traslado del niño.

51. Los contratos comerciales de maternidad subrogada suelen presentar este elemento de intercambio entre el pago y el traslado. En ellos, el traslado efectivo o promesa de traslado del niño es por lo general el aspecto central del contrato y de los acuerdos y estipulaciones conexos, de modo que en su ausencia no se realizarían ni prometerían pagos. Aunque una madre de alquiler se haya quedado embarazada, haya pasado por el embarazo y haya dado a luz, no se considerará que ha cumplido sus promesas y sus obligaciones contractuales si se ha negado a participar en el traslado jurídico y físico del niño al aspirante o aspirantes a progenitor. Aunque en los contratos comerciales o remunerados de maternidad subrogada se paga a la madre de alquiler por los servicios de gestación y parto de un niño, también se le paga por que lo traslade. La legislación y la práctica de la gestación por sustitución de carácter comercial que obligan a dar cumplimiento al contrato de gestación subrogada, en particular por lo que se refiere al traslado de la patria potestad y la responsabilidad paterna⁹⁶, dejan todavía más claro que el traslado es un componente central del contrato y forma parte de la retribución que percibe la madre de alquiler. Así pues, conforme a la práctica actual el tercer elemento del intercambio se cumple en la mayor parte de los contratos comerciales de maternidad subrogada.

⁹⁴ Véase Joslin.

⁹⁵ Deborah Forman, “Abortion clauses in surrogacy contracts”, *Family Law Quarterly*, vol. 49 (2015), pág. 29; y véase <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm>.

⁹⁶ Véase Joslin, págs. 3 y 4.

G. La venta de niños en determinados contextos

1. La venta de niños y el momento de la contratación

52. En California los contratos comerciales de gestación por sustitución suscritos durante el embarazo se consideran venta de niños, a diferencia de los de ese mismo tipo que se firman antes de que se traslade el embrión⁹⁷.

53. Si la distinción se funda en la teoría de que no puede venderse un ser humano que no existe y que todavía no está sujeto a custodia, según esa misma teoría podría venderse legalmente a niños recién nacidos con fines de adopción siempre que el contrato o la declaración de renuncia se firmaran antes del embarazo, con lo cual quedarían legalizados los planes de criadero de bebés. En el mundo comercial es habitual hacer pedidos de bienes antes de su producción; la extrapolación de esas prácticas a la adquisición de seres humanos contraviene claramente el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. De hecho, en un conocido caso de gestación por sustitución la concertación del contrato antes de la concepción se consideró indicio de violación de una ley local que prohibía la venta de niños⁹⁸.

2. La venta de niños y de la patria potestad en el momento del parto

54. En algunas jurisdicciones se denomina legalmente a una madre de alquiler sin vínculo genético como mera “portadora gestante”. Si se concierta un acuerdo válido antes del traslado de los embriones, no se considera legalmente que la “portadora gestante” sea la madre del niño en el momento del parto. Se aplican procedimientos previos al parto de modo que el aspirante o aspirantes a progenitor contratantes aparezcan como únicos progenitores en la partida de nacimiento original, con independencia de si guardan o no vinculación genética con el niño. Los partidarios de este tipo de enfoque sostienen que en este contexto jurídico no tiene lugar venta de niños en ningún sentido, ni siquiera en caso de gestación por sustitución de carácter comercial, pues la “portadora gestante” no puede trasladar a un niño que nunca ha sido su hijo⁹⁹. La afirmación analizada antes en la sección III.G.1 en el sentido de que el momento de concertación del contrato elude la prohibición de la venta de niños suele aducirse como complemento de este argumento.

55. Esta perspectiva parte de la controvertida premisa de que una mujer que gesta y da a luz a un niño no es más madre de lo que lo es alguien que se dedica a cuidar niños¹⁰⁰. También parte del supuesto de que la madre de alquiler gestante no es nunca madre, pues no tiene vinculación genética con el niño, lo cual se contradice con la práctica de conceder la patria potestad a aspirantes a padres que tampoco tienen vinculación genética¹⁰¹.

56. Sin embargo, aun aceptando ese tipo de premisas controvertidas e incoherencias, en algunas jurisdicciones donde se acepta la gestación por sustitución de carácter comercial el contrato suscrito es el principal factor

⁹⁷ Véanse las notas 74 a 76.

⁹⁸ *Baby M.*, 537 A.2d, pág. 1227 (específicamente: pág. 1240) (Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 1988).

⁹⁹ Véanse Joslin y Smolin, págs. 311 a 315.

¹⁰⁰ Steven Snyder, “Reproductive surrogacy in the United States of America”, *Handbook of Gestational Surrogacy* (2016), págs. 276 a 278.

¹⁰¹ Informe de la American Bar Association, págs. 1, 5, 15 y 17.

que determina la patria potestad¹⁰². De ahí que en el contrato de gestación por sustitución se indique de forma explícita e implícita el traslado de la patria potestad y que el traslado sea normalmente parte central de la retribución que percibe legalmente la madre de alquiler. Además, se paga a esta para que dé a luz en un lugar al que tengan acceso los aspirantes a progenitor y para que entregue físicamente al niño tras el parto; como se señalaba antes, de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el traslado puede existir aunque quien lo realiza carezca de patria potestad o responsabilidad parental.

57. La ficción jurídica de la portadora gestante despojada de la mera posibilidad de ser madre es un concepto que se emplea para justificar la denegación de los derechos de la madre de alquiler. Desde el momento en que la madre de alquiler queda reducida durante el embarazo a la condición de portadora gestante, sin posibilidad de ser madre, que actúa en beneficio de aspirantes a progenitor, se abre la puerta a la exigencia de que se cumplan contratos dirigidos a alienar sus derechos y libertades (como el derecho a la salud y el derecho a la libertad de circulación)¹⁰³.

3. La venta de niños y la patria potestad exclusiva

58. Algunos sostienen que un aspirante a progenitor no puede comprar a “su propio” hijo. Sin embargo, como mínimo paga por la exclusividad a fin de no tener que compartir con la madre de alquiler la patria potestad y la responsabilidad paterna. Para conseguir esta exclusividad, el aspirante o aspirantes a progenitor pagan a la madre de alquiler con el objeto de que ceda y traslade la patria potestad y la responsabilidad paterna y de que traslade físicamente al niño.

59. También está viciada la premisa de que el niño es automáticamente hijo del aspirante o aspirantes a progenitor. El contrato o el acuerdo suelen servir de base para determinar la patria potestad en las jurisdicciones donde está aceptada la gestación por sustitución de carácter comercial y se indica el traslado en el contrato de forma explícita o implícita, como se señalaba antes en la sección III.F.

4. La venta de niños y la venta de servicios

60. Algunos sostienen que la gestación por sustitución de carácter comercial equivale sin más a una venta de “servicios” de gestación y no a una venta de niños. Aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluye la venta de servicios de gestación en la medida en que la madre de alquiler conviene en someterse a inseminación artificial o a traslado de embriones para gestar y dar a luz al niño, en su modalidad habitual también consta del pago a cambio del traslado jurídico y físico del niño. Por lo general, las disposiciones relativas al traslado del niño conforman la esencia del acuerdo, hasta el punto de que en su ausencia los aspirantes a progenitor nunca lo concertarían ni pagarían a la madre de alquiler. De ahí que, aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluya la venta de servicios, también suele incluir la venta del niño.

61. Algunos procuran eludir la prohibición de la venta de niños incorporando en los acuerdos de gestación subrogada una disposición en

¹⁰² Véanse Joslin y *Johnson c. Calvert*.

¹⁰³ Véanse Joslin y *New Hampshire Revised Statutes Annotated*, seccs. 168-B:10, B:11 y B:12 (2014).

la que se afirma en esencia que las partes convienen en que todos los pagos se refieren a los servicios prestados y en ningún caso al traslado o venta del niño. Sin embargo, la prohibición de la venta de niños no puede eludirse mediante contratos que cambian arbitrariamente la denominación de venta de niños por otra cosa cuando, en esencia, el contrato prevé la venta de niños.

5. La venta de niños y los intermediarios

62. Los intermediarios, que suelen ser los responsables de crear los mercados de gestación por sustitución y de participar en ellos, son normalmente quienes perciben las mayores ganancias. Cuando las interacciones entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler constituyen venta de niños, los intermediarios son normalmente cómplices, por lo que recae en ellos responsabilidad jurídica a la luz de su papel de intermediarios en el establecimiento de la relación entre los aspirantes y la madre de alquiler y de su mediación en ella. Los enjuiciamientos por venta de niños en un contexto de gestación por sustitución deberán centrarse principalmente en los intermediarios y, de no darse circunstancias excepcionales, no recaer en las madres de alquiler, a quienes cabe a menudo considerar víctimas explotadas.

63. Los intermediarios que se encargan del traslado físico o jurídico del niño a los aspirantes a progenitor a cambio de “remuneración o cualquier otra retribución” son directamente responsables de la venta del niño. Algunos intermediarios ejercen un control físico o jurídico extraordinario sobre la madre de alquiler, así como control directo sobre el niño nacido de una madre de alquiler. En esos casos, puede que el intermediario sea el principal responsable del traslado del niño, por lo cual puede achacársele directamente la venta del niño cuando proceda.

6. La venta de niños y el rechazo del “derecho a tener un hijo”

64. Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a “fundar una familia” o el derecho al “respeto de la vida privada y familiar”¹⁰⁴. La expresión “derecho a procrear” se emplea en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Partiendo de este orden de argumentos, a veces se sostiene que todos los adultos tienen derecho a crear una familia y criar hijos. Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”¹⁰⁵. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un “derecho a tener un hijo” suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el “derecho a tener un hijo”, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos.

65. Por lo general, quienes defienden la gestación por sustitución de carácter comercial no están pidiendo al Estado que respete su “intimidad” en el sentido de dejarlos solos para que su vida privada y familiar discurra sin injerencia estatal. Al contrario, se proponen convencer al Estado para que vele por el cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23, párr. 2, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17, párr. 2.

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*.

de maneras que desposeen a los niños del derecho a protecciones fundadas en su interés superior y de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, al tiempo que privan a las madres de alquiler del ejercicio de la patria potestad y de autonomía en relación con las decisiones sobre la atención médica. Tales defensores aspiran a obtener, y a veces obtienen, legislación que empodera a los intermediarios y a los aspirantes a progenitor a expensas de los niños y las madres de alquiler¹⁰⁶. Además, las complejas redes de contratos e intermediarios bien remunerados y las transacciones financieras que suelen formar parte de los contratos comerciales de maternidad subrogada no son el tipo de cuestión que se considera inmune a la regulación.

7. La venta de niños y el papel de la regulación

66. Algunos convienen a veces en que la gestación por sustitución no regulada puede desembocar en venta de niños, pero sostienen que no ocurre así en el caso de los sistemas comerciales de gestación por sustitución bien regulados. Igualmente, algunos tal vez señalen que los sistemas comerciales de gestación por sustitución presuntamente bien regulados que existen en los países desarrollados prescinden de la venta de niños, si bien a menudo no puede decirse lo mismo de los sistemas comerciales internacionales de gestación por sustitución habituales en países en desarrollo¹⁰⁷.

67. Es cierto que los sistemas comerciales no regulados de gestación por sustitución a menudo comportan venta de niños y están sujetos a prácticas abusivas y violaciones de derechos. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido en particular de que la gestación por sustitución, “de no regularse con claridad, equivale a venta de niños”¹⁰⁸.

68. Sin embargo, no es cierto que los sistemas comerciales regulados de gestación por sustitución prescindan de la venta de niños. Así, en 2017 el Comité de los Derechos del Niño señaló en relación con los Estados Unidos que “al Comité le preocupa que la utilización comercial de la subrogación, muy frecuente en el Estado parte, pueda dar lugar... a la venta de niños. Preocupan especialmente al Comité las situaciones en que se deciden cuestiones de filiación exclusivamente sobre una base contractual antes de la concepción o del parto”¹⁰⁹. La preocupación del Comité es directamente aplicable a las jurisdicciones de los Estados Unidos donde se acepta la gestación por sustitución regulada de carácter comercial, caracterizadas en general por la promulgación de legislación que obliga a cumplir los contratos comerciales de gestación por sustitución y considera que estos contratos determinan la patria potestad¹¹⁰.

8. La venta de niños y la gestación por sustitución de carácter altruista

69. En teoría, una gestación por sustitución de carácter verdaderamente “altruista” no constituye venta de niños, pues se entiende como acto gratuito, a menudo entre familiares o amigos que tenían una relación previa, sin que a menudo participen intermediarios. De ahí que, en teoría, la gestación por sustitución de carácter altruista no suponga un pago a

¹⁰⁶ Véanse las anteriores notas 47 a 60 y 75 a 80.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, Snyder, pág. 284.

¹⁰⁸ Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Véase Joslin.

cambio de servicios o del traslado de un niño sobre la base de una relación contractual. Sin embargo, puede que el desarrollo de sistemas organizados de gestación por sustitución calificados de “altruistas”, que a menudo reportan considerables reembolsos a las madres de alquiler y cuantiosos pagos a los intermediarios, desdibuje la distinción entre la gestación por sustitución de carácter comercial y la de carácter altruista. En consecuencia, calificando de “altruistas” determinados contratos de maternidad subrogada o sistemas de gestación por sustitución no se elude automáticamente el alcance del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, siendo preciso regular debidamente la variedad altruista para impedir la venta de niños. Los tribunales y otras autoridades competentes deben exigir que todos los “reembolsos” a las madres de alquiler sean razonables y estén detallados, pues de lo contrario podrían ser pagos encubiertos por el traslado del niño. Cabe considerar que los pagos a intermediarios con ánimo de lucro o sin él son indicio de gestación por sustitución de carácter comercial, por lo que deben ser razonables y estar detallados. El riesgo es especialmente alto cuando se efectúan reembolsos o pagos considerables en función de categorías genéricas como “sufrimientos morales” o “servicios profesionales”.

9. La venta de niños y el reconocimiento de los casos de gestación por sustitución en el extranjero

70. Los Estados que prohíben la gestación por sustitución de todo tipo o la de carácter comercial a menudo se encuentran en una situación en que sus nacionales eluden la legislación interna practicando la gestación por sustitución en el extranjero antes de tratar de traer al niño a su país de origen. La gestación por sustitución de ámbito transfronterizo suele ser casi siempre una variedad comercial organizada por intermediarios con ánimo de lucro que tiene lugar en jurisdicciones donde está permitida la práctica en su vertiente comercial. El Estado de los aspirantes a progenitor no debe dar por hecho que esas modalidades de gestación por sustitución son altruistas. En vista del riesgo de venta de niños en las modalidades regulada y no regulada, los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero. El Estado de los aspirantes a progenitor se encarga de realizar determinaciones del interés superior después del parto, proteger los derechos del niño de identidad y de acceso a los orígenes personales y efectuar evaluaciones independientes de la patria potestad, así como de indagar sobre el tratamiento dispensado a la madre de alquiler y su consentimiento con posterioridad al parto. El Estado de los aspirantes a progenitor solo debe concederles la patria potestad y la responsabilidad paterna al término de esas evaluaciones sobre la base del interés superior del niño. No debe castigarse ni discriminarse al niño por las circunstancias en que nació, y han de protegerse los derechos de los niños nacidos de vientres de alquiler¹¹¹. Corresponde a los Estados interesados, que son el de los aspirantes a progenitor y el Estado en que nace el niño, velar por que no se produzca apatridia.

¹¹¹

Véanse los casos citados en la anterior nota 32.

10. La venta de niños y las renunciaciones con posterioridad al parto

71. El requisito de que la madre de alquiler tenga la patria potestad y la responsabilidad parental sin carácter exclusivo en el momento del parto se deriva de la norma de prohibición de la venta de niños y protege los derechos de la madre de alquiler. No obstante, cuando después del parto la madre de alquiler no desee conservar la patria potestad o la responsabilidad parental, el interés superior del niño exige que exista un mecanismo jurídico para poder trasladar al niño. Incumbe a todos los Estados establecer ese tipo de mecanismo en los contratos de maternidad subrogada en relación con el traslado del niño después del parto, aunque no permitan de otro modo que los progenitores renuncien a sus hijos o cedan la patria potestad.

IV. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

72. La gestación por sustitución de carácter comercial podría llevarse a cabo sin que constituyera venta de niños si quedara claro que solo se paga a la madre de alquiler por los servicios de gestación y no por el traslado del niño. Para que esto se convierta en algo más que una ficción jurídica deberán darse las siguientes condiciones. En primer lugar, debe concederse la condición de madre a la madre de alquiler en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado jurídico o físico del niño. De ahí que deba considerarse que la madre de alquiler ha satisfecho todas las obligaciones contractuales o jurídicas en virtud de los actos de gestación y parto, aunque conserve la patria potestad y la responsabilidad paterna. En segundo lugar, la madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico o físico del niño con posterioridad al parto, y todos los pagos deberán tener carácter no reembolsable, aunque la madre de alquiler opte por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, condiciones que deben establecerse expresamente en el contrato. Si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, podrá estar obligada jurídicamente a compartir la patria potestad y la responsabilidad paterna con otras partes, entre ellas el aspirante o aspirantes a progenitor. Sin embargo, la madre de alquiler no deberá estar obligada a renunciar a su propia condición con arreglo al contrato de maternidad subrogada. Siempre que la madre de alquiler opte después del parto por el traslado jurídico y físico del niño al aspirante o aspirantes a progenitor, su acto deberá ser gratuito y derivar de sus propias intenciones con posterioridad al parto y no de ningún tipo de obligación jurídica o contractual.

73. Todo sistema comercial debidamente regulado de gestación por sustitución también ofrecerá a los niños las protecciones necesarias, entre ellas determinaciones individualizadas del interés superior del niño con posterioridad al parto, exámenes adecuados de la idoneidad de los aspirantes a progenitor y protecciones de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales. Para que todas las partes estén protegidas conviene realizar análisis y exámenes de los contratos de maternidad subrogada antes del embarazo, pero los procesos anteriores al parto no pueden ser concluyentes por lo que se refiere a la patria potestad y la responsabilidad parental, que solo

podrán determinarse tras un examen adecuado con posterioridad al parto. Asimismo, existen protecciones apropiadas de las madres de alquiler que son consonantes con el mantenimiento de la condición de madre en el momento del parto, como conservar los derechos de consentimiento informado en relación con todas las decisiones sobre la atención médica y la libertad de circulación y desplazamiento, incluido el principio de que esos derechos no pueden invalidarse por contrato. También sería necesaria una regulación adecuada de los aspectos financieros y médicos de la gestación por sustitución, al igual que una regulación estricta de los intermediarios.

74. La gestación por sustitución de carácter comercial se practica actualmente en jurisdicciones, como la Federación de Rusia, en las que incluso las madres de alquiler que no tienen vínculos genéticos con el niño conservan la patria potestad en el momento del parto¹¹². Además, los profesionales que se dedican a la gestación por sustitución sostienen que en algunas jurisdicciones que carecen de leyes en la materia se practica la modalidad comercial partiendo de normas previas referentes a la patria potestad, la retirada de los derechos como progenitores y la adopción, a raíz de lo cual la madre de alquiler traslada voluntariamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor con posterioridad al parto, momento en el que también se dictan órdenes de patria potestad¹¹³. Además, quienes defienden la gestación por sustitución de carácter comercial sostienen que son relativamente pocas las madres de alquiler que cambian de opinión y pretenden conservar la patria potestad y la responsabilidad parental tras el parto, con lo cual es bastante limitado el riesgo que corren los aspirantes a progenitor de que las madres de alquiler conserven la patria potestad en el momento del nacimiento. De hecho, un destacado abogado que se dedicaba a la gestación por sustitución de carácter comercial se percató de que los aspirantes a progenitor cambiaban de opinión con una frecuencia notablemente mayor que las madres de alquiler¹¹⁴. Así pues, de la actual práctica se desprende que la gestación por sustitución de carácter comercial puede practicarse en regímenes jurídicos donde prevalece la norma tradicional de que la mujer que da a luz es la madre en el momento del nacimiento y donde se aplican procedimientos apropiados de traslado con posterioridad al parto. Indudablemente, la práctica de la gestación por sustitución de carácter comercial en entornos no regulados sigue planteando numerosos riesgos y no es recomendable.

75. Para cumplir su obligación de prohibir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución y crear salvaguardas con fines de su prevención, los Estados han de prohibir la modalidad comercial hasta que, en calidad de condición necesaria, se implante un sistema regulatorio adecuado conforme a lo señalado antes que comprenda un marco jurídico claro y amplio. Ese enfoque obedece a la premisa de que el traslado del niño es un componente central del contrato comercial de maternidad subrogada, por lo que forma parte de la retribución que percibe la madre de alquiler. Es posible que los Estados regulen estrictamente y permitan la gestación por sustitución de carácter comercial que no comporte venta de niños si promulgan con claridad, y hacen cumplir con eficacia, regulaciones como las que

¹¹² Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 313 a 319; y Parlamento Europeo, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States”, págs. 333 a 338.

¹¹³ Véase Trimmings y Beaumont, págs. 391 y 392.

¹¹⁴ Véase <https://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreign-couples-heading-to-america-for-surrogate-pregnancies.html>.

se indican en las presentes conclusiones y recomendaciones. Los Estados no deben adoptar regulaciones en materia de gestación por sustitución de carácter comercial basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de los contratos de gestación por sustitución y las correspondientes órdenes de patria potestad previas al parto, pues con ello los Estados pasarían a ser cómplices en la autorización de prácticas que constituyen venta de niños.

76. Asimismo, por lo que se refiere a la gestación por sustitución de carácter altruista, en los casos en que esté permitida, los Estados deben regular debidamente la práctica para impedir la venta de niños y respetar la prohibición internacional en la materia, por ejemplo exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse al examen de los tribunales u otras autoridades competentes.

B. Recomendaciones

1. A nivel nacional

77. La Relatora Especial invita a todos los Estados a que:

a) Ratifiquen la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos;

b) Promulguen legislación amplia y clara en virtud de la cual se prohíba la venta de niños, tal como se define en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el contexto de la gestación por sustitución;

c) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter comercial, en particular mediante la prohibición de esta modalidad hasta que, en calidad de condición necesaria, se implanten sistemas debidamente regulados para asegurar la prohibición efectiva de la venta de niños o una regulación estricta de la modalidad que garantice que la madre de alquiler conserva la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto y que todos los pagos a la madre de alquiler se efectúan antes del traslado jurídico o físico de cualquier tipo del niño y no son reembolsables (excepto en casos de fraude), al igual que rechace la obligación de cumplir las disposiciones contractuales en materia de patria potestad, responsabilidad parental o restricción de los derechos (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de circulación) de la madre de alquiler;

d) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter altruista, lo cual deberá incluir, cuando esté permitida esta modalidad, su regulación adecuada, por ejemplo para garantizar que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes, y que la madre de alquiler conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto;

e) Velen por que en todas las decisiones en materia de patria potestad y responsabilidad parental vinculadas con un contrato de maternidad subrogada un tribunal o autoridad competente efectúe

una determinación del interés superior del niño con posterioridad al parto que será la consideración primordial;

f) Velen por que en todas las decisiones en materia de patria potestad y responsabilidad parental vinculadas con un contrato de maternidad subrogada un tribunal o autoridad competente efectúe un examen apropiado y no discriminatorio de la idoneidad del aspirante o aspirantes a progenitor, antes o después del parto o tanto antes como después;

g) Regulen, vigilen y limiten estrictamente los aspectos financieros de todos los contratos de maternidad subrogada exigiendo que se informe por completo de los detalles financieros de tales contratos al tribunal o autoridad competente que examine el contrato concertado;

h) Regulen a todos los intermediarios que tomen parte en contratos de maternidad subrogada en lo que respecta a los aspectos financieros, las competencias del caso, el uso de los arreglos contractuales y las normas éticas;

i) Regulen los aspectos médicos de los contratos de maternidad subrogada para garantizar la salud y la seguridad de la madre de alquiler y del niño, en particular imponiendo límites adecuados al número de embriones implantados en una mujer de una sola vez;

j) Protejan los derechos de todos los niños nacidos de madres de alquiler, independientemente de la condición jurídica del contrato de maternidad subrogada de conformidad con la legislación nacional o internacional, en particular protegiendo el interés superior del niño, protegiendo los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales y colaborando en el plano internacional para evitar la apatridia;

k) Dirijan fundamentalmente a los intermediarios las multas penales o administrativas impuestas por contratos ilegales de maternidad subrogada;

l) Recopilen, analicen y transmitan datos completos y fiables y realicen estudios de investigación cualitativos y cuantitativos sobre los contratos de maternidad subrogada y su repercusión en los derechos humanos para garantizar que se dispone de información exacta y facilitar el seguimiento y evaluación de los sistemas y servicios de gestación por sustitución y sus resultados a fin de elaborar medidas apropiadas que respeten los derechos humanos.

2. A nivel internacional

78. La Relatora Especial invita a la comunidad internacional a que:

a) Respalde la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular por lo que se refiere a su estudio de la dimensión del derecho internacional privado correspondiente a la patria potestad de los niños, incluso en el contexto de los contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional;

b) Vele por que toda regulación internacional elaborada en relación con la gestación por sustitución o con el reconocimiento jurídico de la patria potestad en los contratos internacionales de maternidad subrogada se centre a la vez en el derecho internacional privado y en el derecho internacional público, en particular

disponiendo la protección de los derechos del niño, de las madres de alquiler y de los aspirantes a progenitor y reconociendo que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”;

c) Vele por que toda regulación internacional relativa al reconocimiento de la patria potestad en los contratos internacionales de maternidad subrogada o al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de patria potestad, o de otras determinaciones al respecto adoptadas en el extranjero, también contemple excepciones apropiadas en el ámbito de las políticas públicas, en virtud de las cuales se prohíba el reconocimiento cuando el ordenamiento jurídico extranjero no proteja debidamente los derechos del niño o la madre de alquiler, y prevea el examen adecuado con posterioridad al parto en el marco de las operaciones transfronterizas de gestación por sustitución a fin de impedir la venta de niños;

d) Apoye la labor del Servicio Social Internacional dirigida a elaborar principios y normas internacionales por los que se rijan los contratos de maternidad subrogada en consonancia con la normativa de los derechos humanos y, en particular, los derechos del niño;

e) Trabaje colectivamente para garantizar la protección de los derechos de los niños nacidos de madres de alquiler, independientemente de la condición jurídica del contrato de maternidad subrogada de conformidad con la legislación nacional o internacional, en particular previendo la protección del interés superior del niño y la prevención de la apatridia;

f) Aliente a otros mecanismos de derechos humanos, como el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y a las entidades de las Naciones Unidas a que contribuyan mediante nuevas investigaciones a las deliberaciones sobre la gestación por sustitución y su repercusión en los derechos humanos de las mujeres y otros interesados a fin de elaborar una normativa basada en los derechos humanos y prevenir los abusos y violaciones.
