



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: LA GESTACIÓN  
POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL ES UNA COMPRA Y  
VENTA DE NIÑOS, SEGÚN LA DEFINICIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y  
UNA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN.  
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN SEGÚN LAS  
CONVENCIONES INTERNACIONALES**

**PRESENTADA POR  
VERONICA ROJAS TORIBIO**

**ASESOR**

**LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ**

**2020**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

**POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS:  
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL ES UNA  
COMPRA Y VENTA DE NIÑOS, SEGÚN LA DEFINICIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UNA  
FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN.  
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN SEGÚN LAS  
CONVENCIONES INTERNACIONALES**

**Tesis para optar el grado académico de Maestra en Derecho en  
Ciencias Penales**

**Presentada por:  
VERÓNICA ROJAS TORIBIO**

**Asesor:  
Mg., LUIS ALBERTO BRAMONT - ARIAS TORRES**

**LIMA - PERU  
2020**

### **Dedicatoria**

La presente investigación jurídica es un esfuerzo que se lo dedico a mis padres.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	xi
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1 Formulación del Problema .....	1
1.1.1 Problemas específicos .....	1
1.2. Antecedentes de la investigación.....	2
1.3 Bases Teóricas.....	5
1.3.1 El delito de Trata de Personas según las Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por el Perú .....	5
1.3.2. Las Técnica de Reproducción Humana Asistida .....	12
1.3.3. El Informe del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU A/HRC/37/60, sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestra abusos sexuales de niños .....	17
1.3.4. El respeto a los derechos fundamentales y las prácticas abusivas en la ejecución de la gestación por sustitución comercial .....	18
1.4 Definición de términos básicos .....	21
1.5 Metodología.....	25
1.5.1 Diseño Metodológico.....	26

CAPÍTULO II: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	27
2.    Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales.....	27
2.1. Sistema Universal de Protección .....	29
2.1.1. La Carta de las Naciones Unidas .....	29
2.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos .....	31
2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	34
2.1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	37
2.1.5. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional .....	38
2.1.6. Convención sobre los Derechos del Niño.....	52
2.2. Sistema Regional de Protección: Sistema Interamericano.....	63
2.2.1. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre .....	63
2.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	63
2.3. Sistema Regional de Protección: Consejo de Europa.....	64
2.3.1. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de seres humanos .....	65
CAPÍTULO III. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA .....	68
3.1. Antecedentes de la tipificación del delito de Trata de Personas .....	68

3.2. El delito de Trata de Personas en el Código Penal Peruano.....	74
3.2.1. El bien jurídico protegido .....	80
3.2.2. Elementos objetivos del tipo penal: Acciones y Medios.....	91
3.2.3. El objeto material del delito .....	111
3.2.4. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito .....	112
3.2.5. Elementos subjetivos del tipo penal .....	115
3.2.6. Grado de ejecución del delito: Consumación y tentativa .....	124
3.3. Jurisprudencia del delito de Trata de Personas .....	124
3.3.1 Casación emitida el 07 de junio de 2019, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Exp. 1876-2018, Madre de Dios. ....	124
3.3.2 Casación emitida el 01 de agosto de 2019, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Exp. 706-2018, Madre de Dios.....	127
 CAPÍTULO IV. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA ....	133
4.1. Definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	135
4.2. Antecedentes históricos.....	136
4.3. Clasificación .....	139
4.4. Clases de métodos biomédicos .....	140
4.5. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú .....	153
4.6. Legislación comparada.....	155

CAPÍTULO V. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMPRENDE LA COMPRA Y VENTA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO UNA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN .....	165
5.1 Estructura del delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de niños, niñas y adolescentes .....	165
5.2. El bien jurídico del delito de Trata de Personas .....	166
5.2.1 Derechos fundamentales que se vulneran cuando un niño o niña es objeto de una compra y venta .....	171
5.3 El objeto material del delito .....	177
5.4. Tipicidad objetiva en el delito de Trata de Personas .....	182
5.4.1. Acciones .....	182
5.4.2. Los medios que podría utilizar el sujeto activo del delito .....	200
5.5. Tipicidad subjetiva en el delito de Trata de Personas .....	207
5.5.1. ¿Qué se entiende por compra y venta de niños? .....	209
5.5.2. ¿Se ha incorporado en el Código Penal peruano lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo? .....	214
5.6. Sujetos: activo y pasivo .....	220
5.6.1. Sujeto activo .....	220
5.6.2. El sujeto pasivo .....	230
5.7. Ejecución del delito: Consumación y Tentativa .....	231

CAPÍTULO VI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL ES UNA COMPRA Y VENTA DE NIÑOS, SEGÚN LA DEFINICIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UNA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	232
6.1. La gestación por sustitución comercial y su ejecución a través de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	232
6.1.1. Clasificación que realiza la doctrina con respecto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada.....	238
6.2. La gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños, según la definición internacional de los derechos humanos y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. ....	254
6.3. Los tres elementos que identifican a la gestación por sustitución comercial como una compra y venta de niños. ....	263
6.4. La gestación por sustitución de tipo altruista podría ser un acto encubierto de compra y venta de niños.....	275
6.5. Las prácticas abusivas en la ejecución de la gestación por sustitución comercial pueden constituir otros delitos colaterales al delito de Trata de Personas. ....	278
6.6. Las adopciones ilegales como una forma de compra y venta de niños, conforme a las Convenciones Internacionales.....	292
6.7. Análisis de la Casación Exp. 563-2011- Lima, emitida por la Corte Suprema de la República, Sala Civil Permanente, con carácter no vinculante, con respecto a una transacción de gestación por sustitución comercial.....	304

CAPÍTULO VII: PROPUESTA LEGISLATIVA EN ATENCIÓN A LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES SUSCRITAS Y RATIFICADAS POR EL PERU.....	313
7.1. Propuesta de modificación del artículo 153° del Código Penal .....	313
7.2. El bien jurídico del delito de Trata de Personas: Es la dignidad del ser humano. ....	321
7.3. Precisar la compra y venta de niñas, niños y adolescentes como una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas. ....	322
7.4. La compra y venta de niños, niñas y adolescentes, como una finalidad de explotación a través de Procesos de Adopción ilegales. ....	325
7.5. La compra y venta de niños y niñas, como una finalidad de explotación, mediante la gestación por sustitución comercial. ....	328
CONCLUSIONES .....	333
RECOMENDACIONES .....	342
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	344

## RESUMEN

El objetivo de la presente investigación jurídica es plantear la modificación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153° del Código Penal, para incluir en nuestra legislación lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, suscrito y ratificado por el Perú, cuyos parámetros mínimos tienen que tomarse en cuenta obligatoriamente para tipificar la compra y venta de niños, que es una finalidad de explotación.

En este contexto, también se plantea que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños según la definición internacional de los derechos humanos y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. Asimismo, los Procesos de Adopción ilegales son una compra y venta de niños, cuando se vulnera los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales como la “Convención de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional”.

El método utilizado es el análisis jurídico, con el objetivo de lograr una mejor tipificación del delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños.

**Palabras Claves:** Diagnóstico, fecundación, transferencia de embriones y adopción.

## ABSTRACT

The objective of this legal investigation is to propose the modification of the crime of Trafficking in Persons provided for in article 153° of the criminal code, to include in our legislation the provisions of the “Convention on the rights of the child” and its Protocol, signed and ratified by Peru whose minimum parameters must be taken into account, to typify the purchase and sale of children which is a purpose of exploitation.

In this context, it is also stated that gestation by commercial substitution is a purchase and sale of children, according to the international definition of human rights and a purpose of exploiting the crime of Trafficking in Persons. Likewise, illegal adoption processes are the buying and selling of children, when national and international legal instruments such as “The Hague Convention on the protection of children and cooperation on international adoption” are violated.

The method used is legal analysis, with the aim of achieving a better typification of the crime of Trafficking in Persons when the purpose of exploitation is the purchase and sale of children.

**Key Words:** Diagnosis, fertilization, embryo transfer and adoption.

## INTRODUCCIÓN

La lucha contra el delito de Trata de Personas es un esfuerzo conjunto que se realiza a nivel mundial y es con esta finalidad que la Organización de las Naciones Unidas logró en el año dos mil, que se suscribiera 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”, requiriendo una respuesta multilateral de los gobiernos con el objetivo que se diseñen políticas públicas de prevención, protección de las víctimas y la sanción penal de los tratantes.

El Perú se integra como miembro de los mencionados instrumentos jurídicos internacionales, suscribiéndolos el 14 de diciembre del 2000 y los ratifica el 23 de enero del 2002.

Es importante señalar, que en la legislación penal peruana el antecedente más próximo del delito de Trata de Personas se encuentra en el Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo 635 (Ley 25280 autoritativa publicada el 30 de octubre de 1990), que contempla la compra y venta de niños tipificándola en el delito de “Tráfico de Menores”, previsto en el artículo 153 del Título IV, denominado: Delitos Contra la Libertad, Capítulo I : Delitos Contra la Violación de la Libertad Personal; incluyendo el delito de “Trata con fines de Prostitución”, previsto en el artículo 182° del Capítulo X, denominado Proxenetismo. Esta norma fue modificada por la Ley 26309, publicada el 20 de mayo de 1994.

El Perú como miembro de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo, legisla el delito de Trata de Personas a través de la Ley 28950, publicada el 16 de enero del 2007, incorporando dicha figura jurídica en los artículos 153 y 153-A del Código Penal, estableciendo el tipo penal base y sus formas agravadas, respectivamente; siendo modificado por la Ley 30251, publicada el 21 de octubre del 2014.

En la legislación peruana se incluye la venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas, lo que garantiza mucho mejor la tutela del bien jurídico, en comparación con otras legislaciones extranjeras.

Consideramos, que con el transcurrir del tiempo han surgido nuevas formas de la comisión de este delito, con el objeto de obtener dinero y lucrar a través de la compra y venta de niños como una finalidad de explotación, que a nivel mundial mueve miles de millones de dólares.

Con los nuevos avances científicos en la medicina, se ha desarrollado las técnicas de reproducción humana asistida, entre las cuales se encuentra la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial, que son utilizadas como un instrumento en la ejecución o materialización del denominado acuerdo de gestación por sustitución comercial. Mediante la gestación por sustitución comercial, en líneas generales, una mujer se somete a alguna de las técnicas reproductivas mencionadas, logra concebir, desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño, entregándolo o trasladando el control físico y/o jurídico del mismo y renunciando a la filiación a cambio

del pago de una suma de dinero, una retribución o algún otro beneficio económico o la promesa de ello.

En nuestra investigación jurídica planteamos la modificación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153 del Código Penal, para incluir los parámetros mínimos establecidos en las Convenciones Internacionales, suscritas y ratificadas por el Perú. Asimismo, planteamos dos formas de compra y venta de niños: a) A través de la gestación por sustitución comercial; b). A través de los Procesos de Adopción, en violación de las normas nacionales e internacionales que regulan esta materia.

En el primer capítulo expondremos el marco teórico. En el segundo capítulo precisamos el aspecto normativo del delito de Trata de Personas en el ámbito internacional. El tercer capítulo desarrolla el delito de Trata de Personas en la legislación peruana. En el cuarto capítulo describiremos en qué consisten las técnicas de reproducción humana asistida. En el quinto capítulo se desarrollará específicamente la compra y venta de niños, como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En el sexto capítulo se analizará el problema planteado, para determinar si la gestación por sustitución comercial, en cuya ejecución se utiliza alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, así como, los Procesos de Adopción ilegales, constituyen una compra y venta de niños, siendo ésta una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En el séptimo capítulo se realizará una propuesta legislativa de modificación del artículo 153° del Código Penal.

## **CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO**

Con respecto al marco teórico, se ha ampliado con relación al plan de tesis, teniendo en cuenta el haber hallado más información con relación al delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es específicamente la compra y venta de niños o niñas; descartando la información vinculada al tema de investigación, pero que no es necesariamente relevante.

### **1.1 Formulación del Problema**

¿Debe modificarse el delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños, para incluir lo establecido en las Convenciones Internacionales y sus Protocolos suscritos y ratificados por el Perú; configurándose también esta conducta a través de la gestación por sustitución comercial y los Procesos de Adopción ilegales?

#### **1.1.1 Problemas específicos**

a) ¿Debe modificarse el delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es específicamente la compra y venta de niños, previsto en el artículo 153° del Código Penal, para incluir los parámetros mínimos establecidos en las Convenciones Internacionales y sus Protocolos, suscritos y ratificados por el Perú?

b) ¿Se configura una compra y venta de niños cuando se ejecuta la gestación por sustitución comercial, a través de la cual, una mujer se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, desarrolla la gestación hasta el nacimiento de un niño, entregándolo a los aspirantes a progenitor y renunciando a la filiación a cambio del pago de una suma de dinero, algún otro beneficio económico o la promesa de ello?

c) ¿Debe incluirse en el delito de Trata de Personas las adopciones ilegales como una forma de compra y venta de niños, según lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo?

d) ¿Existe la comisión de otros delitos vinculados al delito de Trata de Personas cuando se realiza la compra y venta de un niño o una niña, como consecuencia de la ejecución de una gestación por sustitución comercial o maternidad subrogada onerosa?

## **1.2. Antecedentes de la investigación**

a). Tesis: “Incidencia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Legislación Nacional”. Universidad San Martín de Porres – Posgrado de la Facultad de Derecho, proyecto de tesis para optar el grado de Doctor en Derecho Civil. Autor: Juan Miguel Ramos Lorenzo del 08 de noviembre del 2013. El problema que plantea el autor es determinar en qué dimensión las técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser reguladas. Se consideran entre las principales conclusiones del autor Ramos (2013) las siguientes:

1. Existe carencia de normatividad concreta e integral con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida y muy escasa regulación en el Código Civil y la Ley General de Salud. 2. Debe existir un control de las prácticas económicas o mercantilistas del cuerpo del ser humano. 3. La necesidad de la intervención reguladora del Estado, puesto que, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida viene sobrepasando los límites de la ética, la legislación, lo moral, entre otros parámetros. Señala el autor que los principales problemas se producen en los casos de la utilización de la denominada “maternidad subrogada”, que a pesar de no estar permitido por la norma, se ejecutan estos acuerdos en nuestro país. 4. Debe prevalecer la protección a la vida y el respeto a la dignidad humana.

Se anexa a la tesis el proyecto de ley realizado por la Universidad de Lima, el cual propone que se declare la Nulidad de los acuerdos de maternidad subrogada. Metodología: El autor utilizó un diseño interactivo, así como, un modelo de investigación cualitativa.

b). Tesis: “La Regulación de la Bioética en el Comercio Genético en el Perú”. Universidad San Martín de Porres – Posgrado de la Facultad de Derecho, proyecto de tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil. Autora: Frieda Roxana Del Águila Tuesta. Lima, 2013.

El problema que plantea la autora es la necesidad de una regulación jurídica adecuada con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida. Se consideran entre las principales conclusiones de la autora Del Águila (2013): 1. Plantea la necesidad de regular las técnicas de reproducción humana asistida, lo que representa un tema complejo. 2.

Existe un aparente descontrol en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Metodología: La autora señala que utilizó un modelo descriptivo – explicativo, con un método deductivo, que parte de lo general hasta llegar a los enunciados específicos para confrontarlos con la realidad actual, obteniendo conclusiones sobre aspectos transversales en diversas disciplinas del derecho.

c). Tesis: “Los Derechos del Embrión In Vitro frente a la Paternidad. Ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Extrauterinas”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho. Proyecto de tesis para optar el grado de Magister en Derecho. Autor: Miguel Gerardo Burstein Augusto. Lima, 2013. Se consideran entre las principales conclusiones del autor Burstein (2013) las siguientes:

1. Señala que es importante adoptar una postura sólida respecto al inicio de la protección de la vida humana, pero en atención al Principio del Interés Superior del Niño, pro homini y pro debilis, adopta la teoría de la fecundación como válida.
2. Diversos aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas atentan de manera concreta contra los derechos a la vida, a la integridad y salud física, a la dignidad y el derecho a la salud psicológica.
3. Las técnicas de reproducción humana asistida pueden llegar a ser una puerta abierta para la ejecución de prácticas eugenésicas, nacimiento de bebés a la carta, nacimiento de bebés medicina, actos de manipulación genética, que no sólo afectan directamente a los concebidos que son objeto de estas

prácticas, sino que pueden producir efectos imprevistos en futuras generaciones.

El autor señala: “Se concluye que los derechos del embrión son superiores, basándonos en que el derecho a la vida es el principal de los derechos, el derecho a la dignidad como un derecho esencial a todo ser humano, rector del resto de derechos fundamentales, el principio del interés superior del niño y el principio pro homine” (Burstein, 2013, p.135).

El autor sugiere: Que se prohíba la maternidad subrogada.

Metodología: El método utilizado es de carácter cualitativo.

### **1.3 Bases Teóricas**

#### **1.3.1 El delito de Trata de Personas según las Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por el Perú**

El Perú como integrante de la comunidad internacional y miembro de la Organización de las Naciones Unidas, ha suscrito y ratificado Convenciones Internacionales en las cuales se establece la obligación que asumen los Estados de incluir en su legislación penal los parámetros mínimos para la tipificación del delito de Trata de Personas, así como, con respecto a la compra y venta de niños.

**a). La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños o también llamado el “Protocolo de Palermo”.**

El Perú incluyó el delito de Trata de Personas en el artículo 153° del Código Penal, (el tipo penal base), como se señala:

Artículo 153° 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.

El Protocolo de Palermo, vigente desde el año 2000, define el delito de Trata de Personas señalando lo siguiente:

Artículo 3. 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 raptó, 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.

Haciendo una comparación, se advierte que en la legislación penal peruana se incorporó casi en su totalidad lo que señala el Protocolo de Palermo, con respecto a la tipicidad objetiva (acciones y medios utilizados por el sujeto activo para someter a la víctima) y la tipicidad subjetiva referida a los fines de explotación; precisando, que en nuestra legislación se estableció que la compra y venta de niños, niñas y adolescentes es una finalidad de explotación en sí misma, tipificando mucho mejor el delito con el objetivo de garantizar el respeto a su dignidad, como bien jurídico protegido.

El inciso 3 del artículo 153 del Código Penal señala: “(...) 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.”

En este contexto, cuando el sujeto pasivo del delito es un niño, una niña o un adolescente, se consuma el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo desarrolla la conducta típica (acciones), no siendo necesario que utilice alguno de los medios descritos en la norma con el objetivo de someter a la víctima.

Cuando la finalidad de explotación es la compra y venta, se consuma el delito cuando el vendedor “traslada” el control físico y/o jurídico que ejerce sobre el niño, niña o adolescente y el comprador lo “recibe” a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero u otro beneficio, como precio de venta; aunque esto último forma parte de la tipicidad subjetiva, no siendo necesario que se materialice.

**b). 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.**

El Estado peruano todavía no ha incluido en su legislación penal los parámetros mínimos que establece el “Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, que entró en vigor en el año 2002, como es “la definición de compra y venta de niños”, así como, la conducta típica del sujeto activo, que se señala a continuación:

**Artículo 2°:** A efectos del presente Protocolo:

a). “Por 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 una remuneración o de cualquier otra retribución.

**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 el 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 que preste su consentimiento para la adopción de un niño, en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.

Es importante precisar, que la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, establecen estándares mínimos con respecto a la compra y venta de niños que los Estados deben integrar en su legislación penal, pero cada país puede realizar las variaciones que considere pertinentes, ya sea incorporándolo como un nuevo tipo penal o en un tipo penal que ya existe en su legislación interna.

En la legislación penal peruana, se tipifica la “compra y venta de niños, niñas y adolescentes” como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, habiéndose realizado una variación de lo que dice textualmente el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que se considera acertado; porque al desarrollarse la acción típica con la finalidad de comercializar un niño, una niña o un adolescente se consuma el delito, sin ser necesario que esta compra y venta tenga como objetivo destinarlo a otra forma de explotación.

**c). Los Informes del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU A/HRC/37/60 (2018) y A/74/162 (2019) sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.** En los cuales se realiza un análisis

con relación a la compra y venta de niños dentro del contexto de la gestación por sustitución, estableciendo conclusiones y recomendaciones dirigido a todos los países miembros.

**d). La Convención de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional (1993).**

En el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que a través de los Procesos de Adopción ilegales también se realiza la compra y venta de niños, produciéndose un intercambio entre la entrega del niño en adopción a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero u otro beneficio, en una clara violación de la legislación nacional e internacional regulada en la Convención de La Haya.

El Perú todavía no incluye en su legislación interna las adopciones ilegales como una forma de compra y venta de niños, teniendo en cuenta los parámetros mínimos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, en concordancia con la Convención de La Haya, a pesar que estos instrumentos jurídicos internacionales han sido suscritos y ratificados por nuestro país, asumiendo la obligación de incorporarlo en nuestra legislación.

Cabe precisar, que como bases o marco teórico también se mencionará en el desarrollo de la presente investigación otros instrumentos jurídicos internacionales que tienen como objetivo la defensa de los derechos humanos, como son:

e). La Carta de las Naciones Unidas.

- f). La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- g). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- h). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- i). El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de seres humanos. La Directiva N°2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5/04/2011, relativa a la prevención y lucha contra la Trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

#### **1.3.1.1. El bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas**

Actualmente se encuentra regulado dentro de los Delitos Contra la Libertad en el Título IV, capítulo I; sin embargo, en doctrina existen tres posiciones distintas con respecto a este tema:

- a). El bien jurídico es la Libertad.
- b). Es la afectación plural de varios derechos fundamentales que constituyen el bien jurídico.
- c). El bien jurídico es la dignidad del ser humano.

En el libro “Delitos Contra la Libertad Individual” se analiza el delito de Trata de Personas en la legislación argentina, precisando los autores Basílico, Poviña y Varela (2011) que el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas no sólo conlleva una afectación de la libertad de las personas, sino también a una afectación plural de otros bienes jurídicos protegidos, confluyendo esta agresión al derecho a la libertad y la dignidad del ser humano. Asimismo se señala, que en este delito el sujeto activo trata de cosificar al ser humano, del cual se dispone prescindiendo de su dignidad; precisando textualmente: “la conducta

típica implica una disposición objetual del sujeto pasivo, que es colocado a las puertas del mercado del lucro de los atributos de su personalidad” (Basílico, et al., 2011 p. 228).

Al respecto, se considera que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es sólo la dignidad del ser humano, aunque los citados autores, sostienen que la comisión de este delito es pluriofensivo; como será desarrollado más adelante.

### **1.3.2. Las Técnica de Reproducción Humana Asistida**

En el artículo: “Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aspectos Bioéticos”, el autor las define diciendo:

Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. (...) (Santamaría, 2000, p. 37-38).

Las técnicas de reproducción humana asistida que más se utilizan son la Inseminación artificial y la Fecundación in vitro, que como lo dice el citado autor son un conjunto de métodos biomédicos que facilitan la procreación. La gestación por sustitución o maternidad subrogada no es una técnica de reproducción humana asistida, sino un acuerdo o pacto

que se ejecuta a través de la utilización de alguna de las mencionadas técnicas reproductivas (puede ser gratuito u oneroso).

En la gestación por sustitución comercial, una mujer se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, logra concebir, desarrolla la gestación hasta el nacimiento de un niño o una niña a quien entrega a otra persona renunciando a la filiación a cambio del pago de una suma de dinero o cualquier otro beneficio económico.

En el libro “El Concepto de la Filiación en la Fecundación Artificial”, la autora Morán (2005) hace un análisis con respecto al derecho de filiación del ser humano nacido a través de las técnicas de reproducción asistida; el derecho de la madre gestante con respecto a los padres biológicos y su regulación en el Perú y en la legislación comparada.

Nos parece interesante esta posición en la cual se señala que en la legislación comparada, mayoritariamente, se prohíbe la gestación por sustitución y la maternidad subrogada, siendo incluso sancionado penalmente en países como Alemania y Francia; sin embargo, en algunos países se permite.

### **1.3.2.1 La regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú y en la legislación comparada**

En el Perú sólo se ha establecido de forma muy genérica en el artículo séptimo de la Ley General de Salud 26842 de 1997, 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.

En el libro “Las Técnicas de Fecundación Artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana”, el autor Lalupú (2013) desarrolla el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, precisando su marcada posición al señalar, que en el Perú la Ley de Salud 26842 excluye la fecundación heteróloga con óvulos donados y con ello no se permite la “maternidad subrogada”.

Se considera, que la discusión en torno a este punto no es trascendente, puesto que, existiendo la norma penal que tipifica la venta de niños, niñas y adolescentes, como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153° del Código Penal, (entendida como una finalidad de explotación en sí misma) es evidente que si a través de la gestación por sustitución comercial o maternidad subrogada onerosa se desarrolla la conducta típica, entonces constituye un delito.

La página web del **Congreso de México**, publicó en el Boletín 5272, el artículo: “La maternidad subrogada es una forma disfrazada de Trata de Personas, no hay ley que la evite y sancione”, que señala:

La presidenta de la Comisión Especial de Lucha contra la Trata de Personas, diputada Leticia López Landero (PAN) afirmó que México enfrenta hoy el desafío de la Trata de Personas disfrazada que significa la maternidad subrogada, convertida en uno de los delitos más lamentables que puede cometer un ser humano contra otro (...).

Señaló que en Tabasco y Sinaloa se regula esta práctica bajo la figura de maternidad subrogada, la cual no disminuye los riesgos de salud de las mujeres que rentan su vientre, ni protegen los derechos de los bebés que nacen de dicha práctica. En Coahuila se prohíbe expresamente, indicó. (...) Marcelo Bartolino Esparza, director de Asuntos Públicos de Early Institute, (...) resaltó la ambigüedad de conceptos respecto a la maternidad subrogada, y dijo que “es más precisa la figura de explotación”. Señaló que el altruismo para ayudar a las parejas infértiles se mercantilizó con la compensación económica a cambio de la entrega de un bebé (López, 2015, p.1-2).

Como lo señala el citado artículo, la gestación por sustitución o maternidad subrogada se ha convertido en una transacción comercial de compra y venta de niños en los Estados de Tabasco y Sinaloa, lo que consideran constituye la comisión del delito de Trata de Personas

disfrazado con una apariencia de legalidad. Al respecto, es importante reflexionar con respecto a la experiencia de países en los cuales se legisló permitiendo la gestación por sustitución comercial, evidenciándose que en realidad constituye una compra y venta de niños.

Es importante señalar que, en la **legislación alemana** sí se encuentra considerado como delito la denominada “gestación por sustitución o maternidad subrogada”, en la Ley de Protección del Embrión del 13 de diciembre de 1990 (Embryonenschutzgesetz), que señala:

Artículo 1. Utilización abusiva de las técnicas de procreación. Será sancionado con pena privativa de la libertad de tres años o multa quien: (...) 7. Fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento (...).

Es acertada la legislación alemana al considerar como sujeto activo de la comisión del delito al médico, personal de salud o cualquier persona (estudiante de medicina) que realiza una Inseminación artificial o le transfiere un embrión (Fecundación in vitro) a una mujer que está dispuesta a desarrollar la gestación hasta el nacimiento del niño o niña y entregarlo a un tercero; lo que la doctrina denomina gestación por sustitución, maternidad subrogada, útero subrogado, cesión de útero, entre otros.

### **1.3.3. El Informe del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU A/HRC/37/60, sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestra abusos sexuales de niños**

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el considerando 41, señala de manera categórica 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 de los derechos humanos” (Organización de las Naciones Unidas ONU, 2018, p.13).

Esta afirmación se realiza en mérito a lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, así como, en la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, partiendo de lo que significa un acto o transacción de compra y venta de niños de acuerdo con la definición internacional de los derechos humanos. En este contexto, se analiza la gestación por sustitución comercial o maternidad subrogada onerosa, en cuya ejecución existe un intercambio entre la entrega de un niño por la concesión del pago de una suma de dinero o algún otro beneficio.

En el presente trabajo de investigación se plantea el problema de determinar si la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños o no; puesto que, este acto o transacción comercial se tipifica como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153° del Código Penal peruano.

#### **1.3.4. El respeto a los derechos fundamentales y las prácticas abusivas en la ejecución de la gestación por sustitución comercial**

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, señala:

29. Están bien documentadas las prácticas abusivas en el contexto de la gestación por sustitución (...)

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 desarrollo. Sin embargo, también 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, p.10-11)

Se analizará también las prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial, que constituyen la comisión de delitos colaterales al de Trata de Personas.

Es indispensable tener presente el Principio del Interés Superior del Niño, previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, el cual señala:

Artículo IX. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como, en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

El Tribunal Constitucional, en la resolución emitida el nueve de setiembre del dos mil diez, sobre el Recurso de Agravio Constitucional presentado por Vicenta Eulogia Aliaga Blas contra la Sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, señala lo siguiente:

6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 5° que “Toda persona tiene derechos a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, En este sentido la Constitución recoge en su artículo 2°, inciso 24) h), a esta norma al señalar que “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes” (...).

**Interés Superior del Niño y del Adolescente**

8. La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala:

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Exp. 02079-2009-PHC/TC-Lima, fundamento 6-8).

Es importante, que en las resoluciones judiciales se tome en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño que se define en el Código de los Niños y Adolescente, así como, el respeto a sus derechos fundamentales como sujeto de derechos. En este contexto, cabe citar el artículo 35° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual se establece la obligación de los Estados de impedir el Secuestro, la Venta o la Trata de niños para cualquier fin o cualquier forma.

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el considerando 75, concluye:

“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 (...)” (ONU, 2018, p.21)

El Perú como Estado miembro de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene que asumir la obligación de legislar en atención a estas recomendaciones, estableciendo una política criminal para impedir cualquier acto que constituya la compra y venta de niños en salvaguarda del respeto a sus derechos fundamentales y sobre todo a su dignidad como ser humano.

En el Perú se han emitido algunas resoluciones judiciales con respecto a la gestación por sustitución comercial, como la Casación 563-2011- Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del 06 de diciembre del 2011, así como, Jurisprudencia de carácter penal con respecto al delito de Trata de Personas que será analizada.

#### **1.4 Definición de términos básicos**

**a). Trata de Personas.** Es un delito cuya definición se establece en el Protocolo de Palermo del año 2000 y en el artículo 153 del Código Penal:

**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). Venta de niños.** El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 2002, señala:

Artículo 2º: A efectos del presente Protocolo: a). Por 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 una remuneración o de cualquier otra retribución.

**c). Técnicas de Reproducción Humana Asistida:**

(...) 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).

**d). Inseminación Artificial:** Es un procedimiento médico que:

(...) 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.(...)  
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. (...) 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 (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.34-35).

**e). Fecundación In Vitro:** El procedimiento consiste en:

Se estimulan los ovarios con inyecciones diarias de FSH, produciéndose varios folículos, cada uno con un óvulo. (...) 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. (...) 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. (...) 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 (Imago Concept & Image Development, 2008, p.31-32).

**f). Gestación por sustitución comercial:** El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/37/60, lo define:

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 (ONU, 2018, p.12).

**g). Gestación por sustitución altruista.** El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, lo define:

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 cambio de servicios o

del traslado de un niño sobre la base de una relación contractual (ONU, 2018, p.19).

## **1.5 Metodología**

La investigación jurídica que se plantea tiene un enfoque metodológico cualitativo. Como lo señala la doctrina, en el libro “Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa, guía didáctica”, este enfoque se caracteriza por lo siguiente:

Dada la naturaleza del método cualitativo, el diseño no configura un marco fijo, sino un punto de referencia que indica qué se va a explorar (objetivos), cómo debe procederse (la estrategia) y qué técnicas se van a utilizar (la recolección). Aunque se espera que el diseño se vaya ajustando durante el proceso, ninguna etapa debe iniciarse sin tener claramente delimitados el qué, el cómo y una apariencia tentativa de los resultados eventuales. Aunque se aplica un esquema abierto de indagación que se va refinando, puntualizando o ampliando según lo que el investigador vaya comprendiendo de la situación, el proceso debe iniciarse con un plan de trabajo referencial (Bonilla y Rodríguez, 1997, 125) (Monje, 2011, p.16).

El autor describe el método cualitativo que se aplica a la presente investigación jurídica, determinándose como punto de referencia el análisis teórico del delito de Trata de Personas, estableciendo como tema específico la compra y venta de niños como una

finalidad de explotación. Se ha desarrollado las etapas siguientes: a). La etapa preparatoria, en la cual se ha reflexionado y diseñado el proyecto de investigación; b). El trabajo de recolección de información; y finalmente, c). La fase analítica de la información recogida para llegar a un resultado final.

### **1.5.1 Diseño Metodológico**

El presente trabajo de investigación se inicia con la elección del tema, que es el delito de Trata de Personas, el cual se delimitó específicamente con respecto a la compra y venta de niños como una finalidad de explotación, teniendo en cuenta, que es un delito complejo; diseñándose el proyecto de investigación.

Se realizó la recolección de la información que tiene como punto de partida la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, como fuentes del Derecho, referido al delito de Trata de Personas y la compra y venta de niños, así como, a las técnicas de reproducción humana asistida, los acuerdos gestación por sustitución y las adopciones ilegales.

Se analizó la información recolectada llegando a conclusiones de carácter objetivo, realizando también una propuesta legislativa con respecto al tema de estudio.

## **CAPÍTULO II: EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.**

### **2. Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales.**

Los sistemas de protección a los Derechos Humanos se dividen en dos grupos: el Sistema Universal y el Sistema Regional, cada uno de ellos integrado por organizaciones internacionales que agrupa a un conjunto de países a nivel mundial o regional como por ejemplo: la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de Estados Americanos (OEA), entre otros.

Las referidas organizaciones, a lo largo del tiempo, han emitido instrumentos jurídicos planteando lineamientos o principios rectores que son adoptados por los países miembros en sus respectivas legislaciones internas, reconociendo y protegiendo los derechos inherentes al ser humano. En el libro “Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano”, los autores señalan lo siguiente:

El Sistema de protección de los Derechos Humanos puede dividirse en Sistema Universal y Sistemas Regionales. Así, el Sistema Universal es el establecido por la ONU, y es el sistema en el que deben basarse los demás sistemas, esto es, comprende los estándares mínimos universales, mientras que los mecanismos regionales comprenden las peculiaridades de cada una de las regiones en concreto. Los sistemas regionales de protección de los

derechos humanos son el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano (SIDH) y el Sistema Africano, cada uno de ellos con su propia estructura, mecanismos e instrumentos de funcionamiento y aplicación dentro de la región (Parra Vera, Villanueva Hermida y Enrique Martin, 2008, p. 50).

Se coincide con la posición de los autores al señalar, que el Sistema Universal de protección a los Derechos Humanos, a través de las Convenciones Internacionales, establecen los estándares mínimos universales que todos los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas deben respetar; siendo los Sistemas Regionales de protección a los Derechos Humanos los que a través de Convenciones multilaterales, regulan lo que corresponde a las particularidades de cada región. En el caso del Perú, es miembro de la ONU, dentro del Sistema Universal; y además, pertenece a la Organización de los Estados Americanos OEA, como Sistema Regional.

En este contexto, se analiza el contenido de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, los mismos que constituyen el marco jurídico de nuestra legislación interna con relación a la protección de los derechos humanos y con respecto al delito de Trata de Personas. Asimismo, se hace una comparación del “Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de seres humanos”, que se considera de interés para nuestra investigación.

## **2.1. Sistema Universal de Protección**

### **2.1.1. La Carta de las Naciones Unidas**

La Carta de las Naciones Unidas fue firmada en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos de Norteamérica, el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945. El instrumento de ratificación emitido por Perú fue depositado el 31 de octubre de 1945.

La suscripción de la Carta de las Naciones Unidas como instrumento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, tiene como contexto histórico, político y social la culminación de la segunda guerra mundial y la etapa de la post guerra, que supone la preocupación de los Estados por establecer fundamentalmente principios jurídicos básicos para impedir conflictos armados entre los países y defender los derechos humanos inherentes a todos los ciudadanos del mundo.

En la siguiente cita los autores describen el contenido de la Carta de las Naciones Unidas citando al autor Héctor Gros Espinell:

A pesar de ser un instrumento base de la ONU, no contiene referencia expresa a derechos concretos ni a su protección, tampoco hace mención específica a los DESC, aunque sí incluye referencias generales a los derechos humanos en su preámbulo y algunos de sus artículos. Sin embargo es un instrumento de gran importancia, no sólo por ser el instrumento que sienta las bases del sistema de la ONU, sino también porque sirve de: “fundamento para la elaboración de un muy extenso conjunto de instrumentos internacionales [...] y para el establecimiento y actuación de órganos especialmente dedicados a la materia [...] [y porque] las

disposiciones de la Carta referentes a los derechos humanos han generado un sistema internacional que puede decirse que resulta de sus principios (Art.13), pero que ha ido más allá de lo que surge de la simple lectura de su texto” (Parra Vera, et al., 2008, p. 57 a 58).

En este punto, coincidiendo con los autores, se considera que la Carta de las Naciones Unidas sirve como marco jurídico en la emisión de Instrumentos Internacionales como: Convenciones, Tratados o Pactos y Protocolos en los cuales se establece de manera más concreta la protección y defensa a los derechos humanos. En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se señala:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a 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, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (...).

Es importante que la Carta de la ONU establezca como uno de sus principales objetivos, el reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, lo que también se plasma en sus diferentes artículos.

En síntesis, el artículo 1.3 de la referida Carta, señala que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en la solución de problemas y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El artículo 13.1b, establece que la Asamblea General realizara estudios y recomendaciones con el fin de fomentar la cooperación internacional para que se respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. Es importantes el artículo 55.C) que señala que la Organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones.

Se considera necesario que el Consejo Económico y Social realice recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sugiriendo los mecanismos idóneos para hacerlo efectivo a través de las comisiones de orden económico y social, conforme lo señala el artículo 68.

### **2.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos**

Fue suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217- A (III) el 10 de diciembre de 1948; aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es el primer instrumento internacional que reconoce los derechos fundamentales inherentes al ser humano y sus libertades, señalando los principios generales de protección que los Estados deben tener en cuenta en su

legislación interna al momento de regularlos de manera más concreta. El carácter vinculante u obligatoriedad en el cumplimiento de sus preceptos ha sido reconocida o proclamada en el acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, como se cita:

Por tanto, aún inicialmente sin fuerza jurídica vinculante, la DUDH tiene una fuerza moral que es en definitiva la que debería vincular a todos los Estados en su obediencia. Esa fuerza moral reside sin duda en ser el primer documento de aceptación internacional que define de manera universal los derechos básicos de todos los seres humanos. Más allá de esa obligatoriedad moral, la DUDH forma parte del llamado derecho internacional consuetudinario (o costumbre internacional), por la aceptación, por un lado, de dicha norma que los Estados, implícita o explícitamente, han hecho a través de la práctica en el ámbito internacional y nacional, y por otro lado, por la creencia de los Estados de que esa práctica tiene carácter obligatorio (la llamada, en términos jurídicos, *opiniói juris*), esto es, que el Estado cumple porque considera que tal cumplimiento es obligatorio. La obligatoriedad de la DUDH ha sido además reconocida por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968 (...) (Parra Vera, et al., 2008, p. 60-61).

Coincidiendo con los autores citados, cabe resaltar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 contiene la

definición de los derechos básicos inherentes al ser humano, que es reconocida por todos los países miembros desde que entró en vigor; sin perjuicio de ser declarada posteriormente de obligatorio cumplimiento, conforme lo establece el Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, señala en su preámbulo lo siguiente: “(...) la libertad, la justicia y la paz en el 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”.

Lo expuesto marca un principio jurídico de obligatorio cumplimiento para los Estados, sobre todo al reconocer que “**la dignidad**”, es uno de los pilares fundamentales en el respeto a los derechos humanos; siendo este último el que constituye además, el bien jurídico protegido con respecto al delito de Trata de Personas. En el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece:

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 esclavitud, ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.(...) Artículo 29.2: En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en

una sociedad democrática.(...) Artículo 30, Nada de la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración (...)

Se considera importante los citados artículos, en los cuales se reconoce expresamente el derecho a la vida, la libertad, la prohibición de la esclavitud y la Trata de Personas en todas sus formas, que son derechos inherentes a los seres humanos y que el Estado, una persona o grupo de personas, no puede suprimir.

### **2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se incluyó todos los derechos inherentes al ser humano, sin embargo, posteriormente se elaboraron dos Pactos o Tratados internacionales para complementar o desarrollar más concretamente algunos derechos que ya habían sido recogidos de manera general. Es así, que se elaboró el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), estos dos Pactos Internacionales incluyeron y desarrollaron derechos que fueron denominados como de “primera generación” con respecto al primero de los nombrados y de “segunda generación” con respecto al

segundo de los nombrados, teniendo en cuenta, que cada uno de ellos tiene un contexto político e histórico distinto, como lo dice la doctrina:

(...) que no existen diferencias sustanciales entre DESC y derechos civiles y políticos en cuanto a este aspecto: el cumplimiento de todos estos derechos requerirá de cierto margen de adaptación de acuerdo a las particularidades de los Estados. (...) Como se observa, las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales es tan sólo una diferencia de grado. Como se analiza a continuación, no existe jerarquía admisible entre los derechos humanos, de tal forma que todos son iguales, indivisibles, interconectados e independientes (Parra Vera et al., 2008, p. 29).

Entre los derechos humanos de primera y segunda generación no existe ninguna diferencia de jerarquía como lo señalan los citados autores, opinión que también se comparte, teniendo en cuenta que ambos definen los derechos inherentes al ser humano y que los Estados parte de los mencionados Pactos internacionales se comprometen a respetar y proteger.

Cabe precisar, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977, ratificado por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria del Título VIII de la Constitución Política de 1979. Entró en vigencia el 28 de julio de 1978.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1976, establece que los Estados tienen que respetar los derechos

inherentes al ser humano, como el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personales, así como, la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes. Se citan a continuación algunos artículos:

El artículo 6.1: el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 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 8.1: Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 8.2. Nadie estará sometido a servidumbre; 8.3 a). Nadie estará constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (...). Artículo 9.1: Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...). Artículo 24.1 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; el inciso 24.2: Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre; el inciso 24.3 Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

En este Pacto internacional se establece la prohibición de la esclavitud de los seres humanos, la servidumbre y los trabajos forzados

en cualquiera de sus formas, lo que ha sido recogido en nuestra legislación penal en el delito de la Trata de Personas, como una finalidad de explotación del ser humano. Cabe precisar también, que en este Pacto Internacional se reconoce el derecho de los niños a ser protegidos por el Estado, lo que se considera constituye una obligación fundamental.

#### **2.1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 03 de enero de 1976. Fue suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977. El instrumento de adhesión se depositó el 28 de abril de 1978 y esta vigente desde el 28 de julio de 1978.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, constituye uno de los primeros instrumentos internacionales que sirve de soporte a la suscripción de posteriores Convenciones Internacionales en defensa de los derechos de los niños y adolescentes, lo que se plasma en los siguientes artículos:

El artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: inciso 10.3 Se deben 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 (...). Artículo 12: inciso 12.1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Inciso 12.2: Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a). La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños (...).

Es importante resaltar, que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se incluye la obligación del Estado de proteger a los niños y adolescentes, especialmente contra la explotación económica y social, así como, la mortalidad infantil; lo cual sirve de base a lo que posteriormente se tipifica en el delito de Trata de Personas.

#### **2.1.5. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

En la Resolución de la Asamblea General de la ONU 55/25 del 15 de noviembre del 2000, en el segundo punto señala lo siguiente:

Aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como, 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, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que figuran en el anexo de la presente resolución, y los declara abiertos a la firma en la conferencia política de alto nivel que se celebrará en Palermo (Italia) del 12 al 15 de diciembre de 2000 de conformidad con la resolución 54/129.

El Estado Peruano suscribe la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños” o también denominado “Protocolo de Palermo” el 14 de diciembre del 2000 y los ratifica el 23 de enero del 2002.

En el libro “Trata de Personas: Aspectos Básicos” se describe los Instrumentos Internacionales que antecedieron a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

El proceso internacional para definir y tipificar la Trata de Personas:  
**1993 Viena Austria.** Conferencia de Derechos Humanos. Por primera vez se recopila información basada en casos de Trata de mujeres extranjeras procesados en distintos países europeos en los cuales se evidenciaron violaciones a los derechos humanos. Como resultado de esta Conferencia se determinó que la Trata de Personas es una violación a los derechos fundamentales.

**1995 Beijing- China.** Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer: Se presentan los primeros casos de trata de mujeres con fines de explotación sexual, particularmente de mujeres de Colombia, Benín y los Balcanes. Como resultado, se incluye el tema de la trata de personas en dos artículos de la Declaración de Beijing.

**1996.** Por iniciativa de la relatora de Naciones Unidas, sobre la Violencia contra la Mujer, Radica Coomasasway, se realiza el primer diagnóstico mundial sobre el tema de la Trata, recopilando información de los diferentes estados y autoridades, organizaciones internacionales y ONG sobre casos y víctimas. Los resultados de esta investigación convencieron a muchos gobiernos de la necesidad de combatir el problema mediante la elaboración de instrumentos internacionales específicos.

**1997-2000.** Representantes de unos cien Estados trabajan en Viena en la elaboración de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y el Protocolo contra la Trata.

**Diciembre del 2000. Palermo- Italia.** En el marco de una Conferencia Mundial convocada por la ONU, 147 países firman la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus dos Protocolos complementarios, uno contra la Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños,(ver Anexo 1) y un segundo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

**Septiembre 2003.** Entra en vigor la Convención, al haber sido ratificada por más de 40 Estados. Lo mismo acontece con el

Protocolo contra la Trata el 25 de diciembre del 2003 (Ezeta y Organización Internacional de Migraciones OIM México, 2006, p. 16).

Al igual que lo señala la citada autora, quien hace una recopilación de los instrumentos jurídicos internacionales que precedieron y sustentan a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se sostiene que uno de los principales objetivos es la lucha contra el crimen organizado, cuyas actividades delictivas traspasan las fronteras de los países para lograr la impunidad, siendo el delito más grave el de Trata de Personas.

Es así, que a través de este Instrumento Internacional los Estados han uniformizado sus respectivas legislaciones internas para tipificar y sancionar principalmente los delitos de Corrupción de Funcionarios, Blanqueo de Dinero (Lavado de Activos) y Trata de Personas, con la finalidad de llevar a cabo una cooperación internacional efectiva y activar los mecanismos legales como la Extradición de los presuntos autores; sin perjuicio de proteger a las víctimas, dentro de un ámbito más eficiente y que se respeten sus derechos fundamentales, siendo los más vulnerables las mujeres y los niños.

En tal sentido, es importante citar el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, que establece definiciones que describen las conductas que serán penalizadas como delito:

Artículo 2: Para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o

más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada; d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos; e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito (...).

En el artículo 2° de la Convención se establecen definiciones como: “Grupo delictivo organizado” (organización criminal, previsto en el artículo 317 del Código Penal) cuyas principales características es el estar integrado por tres o más personas, llevando a cabo un acuerdo de voluntades para delinquir de manera reiterada, que perdura en el tiempo

y sus miembros asumen una distribución de funciones para la comisión de los delitos graves.

Se observa, que existe una clara diferencia con la definición de “Grupo estructurado”, (banda criminal, previsto en el artículo 317-B del Código Penal) ya que este último se integra por dos o más personas, cuyos miembros no se reúnen de manera fortuita para delinquir, pero tampoco tienen una continuidad en el tiempo como en el caso de la organización criminal, asimismo, no tienen una estructura desarrollada, vale decir, las personas que lo integran no asumen una distribución de funciones específica para cada uno; sin embargo, tiene una cierta frecuencia en la comisión de delitos graves en concierto de voluntades.

También se desarrolla la definición de “delito grave”, entendiéndose como aquel que en la legislación interna del Estado es sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de cuatro años.

Los conceptos de “grupo delictivo organizado” y “grupo estructurado” han sido incluidos en la legislación peruana como delitos independientes y también como una circunstancia agravante en el delito de “Trata de Personas”; siendo este un delito grave, ya que con respecto al tipo penal base la pena privativa de la libertad supera los cuatro años, elevándose mucho más cuando existen circunstancias agravantes.

Asimismo, el artículo 5° establece la obligación de los Estados de tener previsto en sus respectivas legislaciones la tipificación de los “delitos graves” que se encuentran descritos en la Convención y el Protocolo de Palermo, como es el caso de la “Trata de Personas”; así

como, señalar el grado de ejecución (consumación o tentativa) y cuando son cometidos por organizaciones o bandas criminales.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, constituyen instrumentos internacionales de suma importancia, que comprometen a los Estados en la lucha internacional contra el delito de Trata de Personas en cualquiera de sus formas, más aún, cuando la comisión de este delito lo realiza una organización criminal o una banda criminal, cuya actividad delictiva trasciende las fronteras de un país para procurar la impunidad, ya sea trasladando a la víctima o víctimas, los bienes o ganancias producto de ello de un país a otro. En cuanto a este último punto, en la Convención se desarrolla todo un mecanismo procesal de cooperación internacional, que no vulnera la jurisdicción de cada Estado y se dirige a lograr la Extradición de los presuntos autores, la protección de las víctimas, así como, el decomiso de los bienes producto del delito.

#### **2.1.5.1. 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”**

El preámbulo del Protocolo de Palermo del año 2000, señala:

Los Estados Parte en el presente Protocolo, declarando que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya

medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos. Teniendo en cuenta 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.

Ante la necesidad de complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se emite el Protocolo de Palermo, como un instrumento jurídico internacional que regula específicamente todos los aspectos del delito de Trata de Personas, cuyos parámetros mínimos tienen que ser integrados a la legislación interna de cada uno de los países miembros.

En el libro “Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas” se citan los instrumentos internacionales que sirvieron como antecedentes al Protocolo de Palermo:

**La Convención sobre la Esclavitud.** Fue suscrita en Ginebra, Suiza, el 25 de septiembre de 1926 y su Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 23 de octubre de 1953. Fue complementada por la **Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud** de 1957 (...)

Uno de los fines más reconocido de la trata de personas es la

esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud (...) En el artículo 1 de la Convención de 1926 se establece: (...) 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 (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODOC, 2010, p.48-49).

Como se señala, uno de los principales antecedentes fue la abolición de la Esclavitud, ante lo cual, se quiere resaltar la trascendencia de esta definición, describiéndola como el estado o condición de un individuo sobre el cual otra persona ejerce los atributos del derecho de propiedad; precisando, que este estado o condición es de total sumisión de un individuo frente a otro, siendo tratado como si fuera un objeto, desconociéndole sus derechos inherentes como ser humano, sobre el cual pueden ejercer la posesión, vendiéndolo o entregándolo a un tercero, siendo explotado.

Se considera que los artículos 2, 3, 4 y 5 del Protocolo de Palermo constituyen la parte esencial en su estructura, como se citan:

**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.

**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.

**Artículo 4. Ámbito de aplicación:** A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

**Artículo 5. Penalización:**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

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

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un 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.

En el artículo 2º, se establece como finalidad del Protocolo: el prevenir y combatir el delito de Trata de Personas, sancionando penalmente esta conducta ilícita; así como, asistir y proteger a las

víctimas, que mayormente son mujeres y niños, respetando sus derechos fundamentales. Se considera que estos fines, sólo se podrán lograr promoviendo la cooperación internacional entre los Estados, dirigido a lograr la Extradición de los autores del delito de una manera eficaz; así como, el traslado de las víctimas a su país de origen en caso de haber sido desarraigadas.

El artículo 3° es importante, porque establece la definición del delito de Trata de Personas, haciendo una descripción de los elementos objetivos del tipo penal en el literal a), precisando la conducta típica que desarrolla el sujeto activo, como son las **acciones** de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a una persona.

Se indica también, los **medios** que utiliza el sujeto activo, como son: la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios **para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra**, con fines de explotación.

En el Código Penal peruano se ha suprimido esta última frase que se considera le daba un sentido completo a la conducta delictiva que desarrolla el sujeto activo en los casos de “venta de seres humanos”; puesto que, se ejecuta cuando el comprador recibe a una persona, un niño o adolescente a cambio de conceder el pago de una suma de dinero u otro beneficio a los padres, tutor o cualquier persona que lo tenga a su cargo o que ejerza algún tipo de autoridad o control sobre la víctima, obteniendo el consentimiento para el traslado del control físico o jurídico.

Con respecto a los fines de explotación, como elemento subjetivo del tipo penal, se establece en el Protocolo que los Estados deberán **incluir como mínimo** en sus respectivas legislaciones internas, las formas de explotación que se describen en el artículo materia de análisis; por tanto, queda claro, que cada uno de los países miembros podrá legislar incluyendo además, otros fines de explotación que no se precisan en el Protocolo de Palermo y que amplían el ámbito de protección de las víctimas.

En el caso de la legislación peruana, se establece que los fines de explotación en el delito de la Trata de Personas comprende **la venta de niños, niñas y adolescentes**, la explotación laboral, la mendicidad, entre otras formas de explotación que no son descritas en este Protocolo; pero que el legislador ha tenido en consideración para proteger de manera más eficaz los derechos fundamentales de las víctimas. Asimismo, en cuanto a la tipicidad subjetiva del delito de Trata de Personas, la conducta delictiva desarrollada tiene que ser intencional o dolosa, como lo señala expresamente el Protocolo de Palermo.

El literal b) precisa que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta cuando el sujeto activo haya utilizado cualquiera de los medios descritos en el tipo penal de Trata de Personas; lo que es correcto, ya que es evidente que la voluntad de la víctima se encuentra viciada al ser sometida al control o autoridad del tratante.

Es importante resaltar, que el literal c) señala que cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las conductas típicas en agravio de un

niño, se considera Trata de Personas aun cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el literal a) del artículo en mención.

El Protocolo de Palermo considera “niño” a toda persona menor de dieciocho años, lo que es recogido por el Código Penal peruano en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153°; precisando que en nuestra legislación se hace la diferencia cuando la víctima es un niño, una niña o un adolescente.

Se tiene que tener en cuenta, que el ámbito de aplicación de la Convención y el Protocolo de Palermo (artículo 4°) se extiende a la prevención, investigación y penalización de los delitos graves antes descritos, cuando sean de carácter transnacional y cometidos por un grupo delictivo organizado, situación que requiere de la cooperación internacional de los Estados.

Todos los Estados tienen la obligación de incluir en sus respectivas legislaciones penales, el delito de “Trata de Personas” conforme a los estándares mínimos expresados en el Protocolo de Palermo, con la finalidad de uniformizar las legislaciones (artículo 5).

Se debe establecer también, el grado de ejecución del delito, vale decir, la tentativa o consumación; así como, el grado de participación de cada persona, ya sea como autor o cómplice (primario o secundario), como miembro de la organización o quien dirige la misma (lo que se denomina “el cabecilla de la organización”).

Es importante mencionar, que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo que la complementa, se desarrolla un mecanismo

de asistencia y protección a las víctimas del delito de Trata de Personas, que los Estados tienen la obligación de regular en sus respectivas legislaciones internas. Asimismo, se establecen medidas de prevención de la comisión del delito de Trata de Personas y la cooperación internacional mutua entre todos los países miembros; debiendo desarrollarse políticas públicas, así como, procedimientos de intercambio de información y capacitación para los operadores de justicia.

#### **2.1.6. Convención sobre los Derechos del Niño**

Fue abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990. El instrumento de ratificación fue depositado el 4 de septiembre de 1990 y esta vigente desde el 4 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**”.

Coincidiendo con el citado preámbulo, es indispensable la protección especial con respecto a los niños, que incluya la defensa de sus derechos fundamentales en el ámbito legal, puesto que, los menores de edad no pueden ejercer directamente una acción judicial o administrativa ante los tribunales de justicia y autoridades administrativas y sólo lo pueden hacer a través de un apoderado o tutor.

Se considera, que debe ser efectiva la protección legal por parte del Estado, ante la posible vulneración de los derechos fundamentales de los niños, incluso antes de su nacimiento; siendo esta una precisión importante en defensa de los “derechos del concebido” durante la etapa de gestación y hasta su nacimiento.

Cabe citar y comentar algunos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño que se encuentran directamente vinculados con la protección de sus derechos fundamentales:

Artículo 6°: 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7°: 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (...).

Artículo 8°: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. **Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.**

Artículo 11°: 1. Los Estados Partes adoptarán **medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.** 2. Para este fin los

Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 32°: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. (...)

Artículo 34°: Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a). La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b). La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c). La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35°: 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.**

Artículo 36°: Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 39°: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de

abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que uno de los derechos fundamentales del ser humano es el derecho a la vida (artículos 6°, 7° y 8.1°), lo que se tiene que proteger y defender desde que es “concebido” y durante todo el período de gestación, porque se puede producir la interrupción intencional de la gestación (delito de Aborto), que en algunos casos es pactada en las transacciones comerciales de gestación por sustitución, maternidad subrogada o utilizando también la denominación “cesión de útero” entre otros.

Asimismo, se establece la obligación de los Estados de regular los mecanismos para que todo niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento; reconociéndole los derechos fundamentales al nombre, la identidad, la nacionalidad y la interrelación con su familia; derechos que son vulnerados cuando se produce la compra y venta de un niño.

Es importante la defensa de los derechos del niño cuando es privado de alguno de los elementos de su identidad o todos ellos (artículo 8.2), en cuyo caso, los Estados están obligados a reestablecer su identidad. Se considera que un niño es privado de su identidad cuando sus progenitores no lo quieren reconocer como hijo, negándole el derecho a tener un apellido; también en los casos de adopciones ilegales cuando se ejecuta la venta de un niño a quien se le inscribe ante los registros

oficiales de cada país con una identidad distinta a la real, con apellidos que no corresponden a los verdaderos progenitores, por tanto, no sólo se cambian sus apellidos materno o paterno, sino además, su verdadera filiación, desarraigándolo de su ámbito familiar.

Cabe subrayar, que los Estados están obligados a luchar contra el traslado y retención ilícita de niños en el extranjero (artículo 11°). Por ejemplo, cuando se produce la comisión del delito de Trata de Personas y la finalidad de explotación consiste en la compra y venta de un niño, en muchos casos es desarraigado de su país de origen y llevado a otro país, registrándolo con una identidad falsa, señalándose como padres a las personas que lo compraron o adoptaron ilegalmente, desplazándolo o reteniéndolo.

Los Estados tienen la obligación de proteger a los niños ante cualquier forma de explotación, ya sea laboral, a través del abuso sexual, para traficar sus órganos (artículos 32.1° y 34°), entre otras formas. Cabe precisar, que la explotación en sus diferentes modalidades, tanto de mujeres y niños, al ser un sector vulnerable de la población, es una actividad muy frecuente a nivel mundial; siendo aprovechado no sólo por las organizaciones criminales, sino también, en algunas ocasiones por los familiares de los menores, que ven en esta actividad un negocio rentable.

Es imprescindible que los Estados tomen todas las medidas necesarias para impedir **el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma** (art. 35), encontrándose obligados a incluir en sus respectivas legislaciones internas en materia penal, todas las conductas criminales que vulneran la dignidad del ser humano.

Cabe precisar, que la venta o trata de un niño constituye un acto de comercio, que en el Perú se tipifica como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; lo que se ha legislado de manera acertada, puesto que, en esta transacción consideran a un niño como un objeto que puede ser mercantilizado y sobre el cual se obtiene un provecho económico, siendo una forma de explotación en sí mismo.

Se considera, pertinente que la Convención en el artículo 36° haya establecido una fórmula legislativa abierta, al señalar que los Estados tienen la obligación de proteger a los niños contra toda forma de explotación que sea perjudicial en cualquier aspecto de su bienestar, lo que garantiza mucho mejor su protección ante cualquier vulneración de sus derechos que se pueda generar en el futuro, por parte de organizaciones criminales o personas individuales.

Los Estados también tienen la obligación de brindar protección a las víctimas de explotación, abandono o abuso, promoviendo su recuperación física y psicológica, lo que es necesario legislar y materializar de una manera eficiente en un país como el nuestro, en el que existen muchos niños en estado de abandono moral y material como consecuencia de la venta o trata de niños.

#### **2.1.6.1. 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 Protocolo facultativo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y

la utilización de niños en la pornografía fue aprobado y abierto a la firma, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo del 2000, entró en vigor el 18 de enero de 2002. Suscrito por el Perú el 1 de noviembre del 2000, ratificado el 6 de octubre de 2001 y vigente desde el 12 de febrero de 2002.

En el preámbulo se señala lo siguiente:

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. (...) Estimando, que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños (...).

En el preámbulo se afirma la existencia del delito de Trata Internacional de Menores referido a la compra y venta de niños, lo que se produce de manera creciente; afirmación que nos hace reflexionar que los Estados tienen la obligación de impedir la comercialización de niños bajo cualquier modalidad, protegiendo sus derechos y sancionando este delito. Es necesario analizar algunos de los artículos que se citan:

Artículo 1: Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

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; (...)

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°. (...)

5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

En el artículo 2° se desarrolla el concepto de compra y venta de niños, interpretando que es todo acto o transacción, que puede ser verbal o escrita, (sin ninguna formalidad) a través del cual una persona o un grupo de ellas (no tiene que ser necesariamente una organización criminal) transfiere un niño a otra persona a cambio de dinero, un beneficio económico, una remuneración o cualquier otra retribución.

El citado Protocolo establece que los Estados tienen que incorporar en su legislación penal la compra y venta de niños, precisando, que en la tipicidad objetiva debe incluirse las conductas de “ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño”, proponiendo que debe tener como fines: a). La explotación sexual; b). La transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c). El trabajo forzoso del niño. Sin embargo, los Estados pueden incorporar los parámetros mínimos que establece la Convención, creando un tipo penal o integrándolo en algún tipo penal que ya se encuentra en su legislación.

Cabe precisar, que el Perú adoptó una fórmula legislativa distinta a la propuesta en el Protocolo, tipificando la compra y venta de niños como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas (artículo 153° del Código Penal), lo que se considera una tipificación acertada, subrayando, que es una finalidad de explotación en sí misma, porque al comprarse o venderse un niño o una niña se vulnera su dignidad como ser humano; por tanto, no es necesario que esta compra y venta tenga que realizarse con un objetivo distinto, adicional o para dedicarlo a alguna otra forma de explotación, como por ejemplo: la explotación laboral, la mendicidad o la prostitución, etc.

Es así, que se consuma el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo realiza alguna de las acciones descritas en la norma como: “captar, transportar, trasladar el control físico y/o jurídico que se tiene sobre la víctima, acoger, recibir o retener un niño” (tipicidad objetiva) con la finalidad de realizar un acto de compra y venta (tipicidad subjetiva). El Perú todavía no ha incluido en su legislación penal las conductas o acciones típicas que señala la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la segunda parte del literal 1.a) punto ii), se señala que la venta de niños también se produce cuando se realiza una adopción ilegal, violando los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de adopciones; presupuesto de hecho que todavía no se ha recogido en la legislación peruana.

Es obligatorio que los Estados incluyan en su legislación el grado de ejecución del delito y establezcan la pena conminada de acuerdo con la gravedad del mismo; así también, la responsabilidad de las

personas jurídicas, cuando se constituyan con la finalidad encubierta de llevar a cabo esta actividad ilícita de compra y venta de niños.

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

Se llevó a cabo el 29 de mayo de 1993, fue suscrito y ratificado por el Perú. La Convención de La Haya establece los principios y parámetros normativos acerca de la Adopción de niños en el ámbito internacional. En la Convención sobre los Derechos del Niño se señala que las adopciones ilegales en contravención a los Tratados Internacionales constituyen una compra y venta de niños, cuando el consentimiento de la madre o padre se obtiene a cambio de dinero o cualquier otro beneficio económico, siendo aplicable los criterios establecidos en la Convención de La Haya.

#### **2.1.6.3. Los Informes del Consejo de Derechos Humanos de la ONU 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**

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, emitido el 15 de enero de 2018 y el Informe A/74/162 de la Asamblea General de la ONU emitido el 15 de julio de 2019, establecen pautas de interpretación acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo.

## **2.2. Sistema Regional de Protección: Sistema Interamericano.**

### **2.2.1. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre**

La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, 1948.

En ella se recoge los derechos y deberes fundamentales de los seres humanos, que son protegidos como: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; precisando, que todos los seres humanos son iguales ante la ley. Cabe precisar además, que la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre es de obligatorio cumplimiento para todos los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) fue Adoptada en Colombia, el 30 de abril de 1948 y entro en vigor el 13 de diciembre de 1951. Suscrita por el Perú el 30 de abril de 1948 y ratificada el 30 de abril de 1952. Vigente desde el 12 de febrero de 1954. Este instrumento internacional establece la estructura, principios y objetivos de la OEA.

### **2.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. Suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante el Decreto Ley N° 22231, publicado el 12

de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978 se depositó y esta vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos es importante mencionar el Capítulo II, referido a los Derechos Civiles y Políticos, en el cual se reconoce el derecho a la vida, el derecho a la integridad de las personas, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición a la trata de esclavos y mujeres en todas sus formas. 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.

### **2.3. Sistema Regional de Protección: Consejo de Europa**

El Sistema de protección a los Derechos Humanos en Europa también se ha unido para legislar en materia de prevención del delito de Trata de seres humanos, así como, la protección de las víctimas y sancionar a los tratantes. El Perú no pertenece a este Sistema de Protección, pero se considera importante algunas precisiones que se señalan en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de seres humanos.

### **2.3.1. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de seres humanos**

Entro en vigor el 1 de febrero de 2008, en cuyo preámbulo se indica que se ha tomado como antecedentes normativos los siguientes:

Tomando en consideración el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), así como sus Protocolos. (...) Tomando en consideración la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la Trata de seres humanos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la Trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Tomando debidamente en consideración el Convenio de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo, dirigida a prevenir, reprimir y castigar la Trata de seres humanos, especialmente las mujeres y los niños, con el fin de reforzar la protección que ofrecen estos instrumentos y de desarrollar las normas que enuncian (Council of Europe, Serie de los Tratados del Consejo de Europa N°197, 2005, p.3).

Cabe resaltar, que el Convenio sobre el Consejo de Europa, toma como antecedente al Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo, observando que existen coincidencias con respecto a la tipificación del delito de Trata de Personas y el delito de Trata de seres humanos. En tal sentido, se considera útil analizar los artículos 2 y 4 referidos a la definición del delito de “Trata de seres humanos” y su ámbito de aplicación:

Artículo 2 – Campo de aplicación: El presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas 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 raptó, 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

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; (...).

Es importante destacar que en el “delito de Trata de seres humanos” se establece como una de las acciones que realiza el sujeto activo: “la contratación” a través de la cual se pacta “la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra” (es uno de los medios) con fines de explotación; refiriéndose directamente a la venta de seres humanos.

#### **a). Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del 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, la cual sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. En esta directiva se especifica algunos puntos de la Convención del Consejo de Europa sobre la “Lucha contra la Trata de seres humanos”.

## **CAPÍTULO III. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA**

### **3.1. Antecedentes de la tipificación del delito de Trata de Personas**

El delito de Trata de Personas fue incorporado en nuestra legislación penal en el año 2007, existiendo como antecedente el delito de “Tráfico de Menores” previsto en el artículo 153° de nuestro antiguo Código Penal, que consistía en la venta de un niño o un adolescente por parte del sujeto activo, quien lo entrega a otra persona a cambio de dinero o algún otro beneficio económico.

Cabe precisar, que la venta de niños ha sido tipificada como un delito en nuestra legislación penal, puesto que, ningún ser humano puede ser comercializado o sometido por ningún motivo a un acto de comercio.

Esta conducta nos hace pensar en la época de la Colonia en el Perú, cuando estaba permitida la comercialización de los seres humanos a quienes denominaban “Esclavos”, eran tratados como bienes muebles y sus propietarios los podían entregar o vender a otras personas a cambio de dinero o a través del llamado trueque.

En el Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU, A/CONF. 183/9, que establece la Corte Penal Internacional, encontramos la definición de **Esclavitud** entendida como: “El ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

A los seres humanos denominados “Esclavos”, no se les reconocía ningún derecho fundamental, como es el derecho a la vida, a la libertad, a tener un nombre, el derecho a la filiación, entre otros; se les trataba como objetos, sobre los cuales se ejercía el derecho de propiedad.

Históricamente, recordamos al Mariscal Don Ramón Castilla quien fue presidente del Perú y abolió la esclavitud en nuestro país; precisando que: “En su primer gobierno (1845-1851) aseguró la paz y orden al país. (...) proclamó la abolición del tributo a los indios (Ayacucho, 5 de julio de 1854) y la abolición de la esclavitud (Huancayo, 5 de diciembre)” (Diccionario Enciclopédico QUILLET, 1978, tomo II, p. 470).

En la época Republicana, nuestra legislación penal tiene como antecedente más próximo del delito de “Trata de Personas” al delito de “Tráfico de Menores” (artículo 153° del Código Penal), promulgado a través del Decreto Legislativo 635, mediante la ley autoritativa 25280, publicada el 30 de octubre de 1990. Cabe precisar, que el delito de “Tráfico de Menores” fue incluido en el Título IV “Delitos Contra La Libertad”, en el Capítulo I, “Delitos de Violación de la Libertad Personal”; así también, estuvo previsto el delito de “Trata con fines de Prostitución” en el artículo 182°, en el mismo título, Capítulo X “Proxenetismo”:

**Tráfico de Menores:** Artículo 153°.- El que promueve, favorece o ejecuta el tráfico de menores, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro, ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1,2 y 4:

1.- Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una agrupación destinada al tráfico de menores.

2.- Si el agente es funcionario o servidor público, que tiene vinculación especial o genérica con menores.

**Trata con fines de Prostitución.** Artículo 182: El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de cinco, ni mayor de diez años. La pena será no menor de ocho años, ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.

El delito tipificado como Tráfico de Menores, se configura cuando el sujeto activo promueve, favorece o ejecuta la comercialización de menores de edad, entendiéndose esta última conducta, como la persona que entrega un niño o un adolescente a otro a cambio de dinero o algún beneficio económico. En el diccionario “tráfico” significa: “Comercio (v) // Actividad lucrativa con la venta, cambio o compra de cosas o con trueque y préstamo de dinero.// Negociación. // (...) contrabando u otra actividad mercantil ilícita; como lo relacionado a los estupefacientes, la trata de negros antes y la de blancas (...)” (Cabanellas, 1979, tomo VI p.483).

El artículo 153 del Código Penal fue modificado por la Ley 26309, publicada el 20 de mayo de 1994, que señala:

**Artículo 153°.-** El que retiene o traslada de un lugar a otro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1,2, 4 y 5. Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una banda, la pena será (...).

En el tipo penal citado se advierte que no se menciona la palabra “tráfico”, configurándose el delito cuando se produce la retención o traslado de un menor de edad o una persona incapaz, utilizando la violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener una ventaja económica, explotar social o económicamente a la víctima; lo que tipifica la compra y venta de menores de edad o personas incapaces.

Con relación a la **Trata con fines de prostitución**, el Código Penal fue modificado por la ley 28251, publicada el 08 de junio del 2004.

**Art. 182:** El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El Perú suscribe la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos el 14 de diciembre del 2000 y los ratifica el 23 de enero del 2002; sin embargo, sólo se modifica el artículo 182° del Código Penal antes citado referido a la Trata con fines de Prostitución, sin incorporar lo establecido en la mencionada Convención.

Posteriormente, nuestro país como miembro de la “Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo de Palermo”, legisla el delito de Trata de Personas a través de la Ley 28950, publicada el 16 de enero del 2007; incorporando el artículo 153° (tipo penal base) y el artículo 153°- A del Código Penal (formas agravadas) dentro del Título IV “Delitos Contra la Libertad”, Capítulo I “Violación de la Libertad Personal”, derogando el artículo 182° referido a la Trata con fines de Prostitución.

**Artículo 153°: Trata de Personas:**

El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar

trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho, ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará Trata de Personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.

En la Ley 28950 “Contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”, se define la Trata de Personas como lo establece el Protocolo de Palermo en su artículo 3 literal a), incluyendo en la tipicidad objetiva una serie de acciones o conductas que desarrolla el sujeto activo de manera alternativa, utilizando determinados medios para someter a la víctima; sin embargo, en la legislación peruana se omite parcialmente la frase: “(...) la concesión o recepción de pagos o beneficios **para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación**” que se refiere a uno de los medios usados básicamente en la compra y venta de seres humanos.

La innovación que realiza el legislador peruano es incorporar en el delito de Trata de Personas a la “la compra y venta de niños” como una finalidad de explotación, lo que se considera correcto.

### **3.2. El delito de Trata de Personas en el Código Penal Peruano**

En este punto se abordará en términos generales el análisis del delito de Trata de Personas, precisando, que lo relevante es la compra y venta de niños como una finalidad de explotación. La ley 30251 del 24 de octubre del 2014, modifica los artículos 153° y 153-A° del Código Penal y establece lo siguiente:

#### **Artículo 153° 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.

El Protocolo de Palermo del año 2000, define el delito de Trata de Personas, en el artículo 3, literal a) señalando lo siguiente:

Artículo 3. 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.

En la definición del delito de Trata de Personas, se realiza toda una estructura que describe las **acciones** que desarrolla el sujeto activo,

así como, los **medios** que utiliza para someter a la víctima (tipicidad objetiva), actuando dolosamente con la **finalidad de explotarla** de diferentes formas (tipicidad subjetiva) obteniendo un provecho económico.

Es un acierto del legislador el haber señalado en la tipicidad subjetiva del delito de Trata de Personas, “otras finalidades de explotación” que difieren de las descritas en el Protocolo de Palermo; estableciendo **como uno de los fines de explotación en sí mismo, la compra y venta de niños, niñas y adolescentes.**

Se debió mantener la estructura gramatical que establece el Protocolo de Palermo, ya que se describe en primer lugar la conducta que desarrolla el sujeto activo, luego se indica los medios a los que recurre este último para someter a la víctima con fines de explotación, siendo similar a la estructura gramatical que utiliza el Convenio Europeo de “Lucha contra la Trata de seres humanos”; lo que desde nuestro punto de vista resulta ser una redacción más clara.

El delito de Trata de Personas tiene ciertas características según lo describe la doctrina. Con respecto a los “**delitos de pura actividad**” y “**delitos de resultado**”, se afirma lo siguiente:

En la mayor parte de los casos, por el contrario, la acción es descrita en relación con la producción de un resultado determinado. Por tanto, para la realización del tipo legal debe producirse una modificación determinada del mundo exterior, física y cronológicamente separada de la misma acción. Por esto, este tipo de infracciones es denominado “delitos de resultado”. El resultado puede consistir en la destrucción del objeto del delito (la persona

viva en el homicidio, art. 106 ss; el bien mueble o inmueble ajeno en los daños contra la propiedad, art.205) o en la creación de una situación de peligro concreta (la exposición a peligro de muerte o grave e inminente daño, art. 125). El carácter ilícito del comportamiento prohibido está determinado tanto por la acción (golpear, apuñalar, destruir, inutilizar) como por el resultado (muerte y perjuicios materiales) (Hurtado y Prado, 2011, p. 405).

Así también se señala lo siguiente:

La distinción entre los delitos de resultado y delitos de actividad puede llevar muchas veces a confusiones. (...) “Por eso cuando baste para la consumación del delito con la realización de una conducta prohibida, nos encontramos con un delito de mera actividad; pero, si el tipo exige para su consumación, además de la acción, la producción de un resultado, estaremos ante delitos de resultado” (Villavicencio, 2006, p. 310).

De acuerdo con la clasificación que realizan los citados autores, se considera que la Trata de Personas es un delito de resultado, teniendo en cuenta, que con la acción que desarrolla el sujeto activo utilizando los medios descritos en la norma penal se logra el sometimiento del sujeto pasivo con la finalidad de explotarlo, precisando, que si se lleva a cabo esta última etapa se habría concretado el resultado final.

En la doctrina se menciona que la Trata de Personas es un delito de resultado cortado: “(...) La circunstancia de que el art. 145 bis

sugiera que se trata de un delito de resultado cortado, subjetivamente configurado, que no exige la consumación de la situación de explotación (...)” (Basílico, et al., 2011, p.229). Esta apreciación se refiere a que no es necesario que se materialice la finalidad de explotación al formar parte de la tipicidad subjetiva.

El Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema del Perú emitido el año 2019, en el fundamento 16°, señala:

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 (...).

Coincidimos con el citado Acuerdo Plenario en que el esquema clásico es que el tratante (sujeto activo) desarrolla la conducta típica del delito de Trata de Personas, realizando primero las acciones y utiliza los medios descritos en la norma para obtener el sometimiento de la víctima (sujeto pasivo), ejerciendo y manteniendo el dominio sobre ella, anulando su condición de ser humano y vulnerando su dignidad con la finalidad de explotarla; pero cabe precisar, que este esquema a veces varía.

Los delitos se pueden **clasificar en simples o complejos**:

El verbo rector también permite determinar si nos encontramos ante delitos simples o delitos compuestos. Si en el tipo penal sólo

se describe un verbo rector, el delito es simple, pero si se describen más de dos verbos rectores, el delito será compuesto o complejo (...) (Villavicencio, 2006, p. 309).

Tomando la clasificación realizada por el citado autor, el delito de Trata de Personas es considerado como un delito complejo, pero cabe precisar, que la actividad que desarrolla el sujeto activo es de carácter alternativo, vale decir, no tiene que realizar todas las conductas que se describen en el tipo penal, sino puede ser una o más de ellas con fines de explotación, para que se consume.

El Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el 2019, en su fundamento 16, señala:

16°. (...) 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 (...).

Es importante la aclaración que se plasma en el Acuerdo Plenario, puesto que, en la Trata de Personas el sujeto activo puede desarrollar la conducta típica de manera secuencial (realiza las acciones utilizando los medios para ejercer el control sobre la víctima, con fines de

explotación), pero no siempre tiene que desarrollar todas las etapas de una manera rígida para que se consume el delito.

### **3.2.1. El bien jurídico protegido**

En la doctrina existen diferentes posiciones para determinar el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas, algunos autores señalan que la norma penal protege la libertad personal, mientras que otros sostienen que en realidad se protege la dignidad del ser humano y una tercera posición refiere que es un delito pluriofensivo, porque se vulnera varios bienes jurídicos.

#### **a). El bien jurídico: La libertad personal**

El delito de Trata de Personas se encuentra previsto en el artículo 153° del Código Penal, en el Título IV “los Delitos Contra la Libertad”, capítulo I: “Violación de la Libertad Personal”; entendiéndose, que para el legislador el bien jurídico protegido es la “Libertad Personal”.

El VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011, en el fundamento número doce, señala que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es “La libertad personal” definiéndolo como: “(...) la capacidad de autodeterminación de una persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado”. El diccionario señala: “Libertad: facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y

de no obrar, por lo cual es responsable de sus actos (...)” (Cabanellas, 1979, tomo IV p. 177).

Cuando la norma penal describe los medios que utiliza el sujeto activo del delito de Trata de Personas para someter al sujeto pasivo (víctima) con la finalidad de explotarlo, señala por ejemplo: “la coacción o la privación de la libertad”, que efectivamente, vulnera el bien jurídico: “libertad personal”, que como lo señala el Acuerdo Plenario es la capacidad de autodeterminación de un ser humano, actuando de una manera o de otra. Sin embargo, en este delito la conducta criminal no tiene por objeto el privar de la libertad a la víctima, sino el someterla o doblegarla, anulando su voluntad y su condición de ser humano, con la finalidad de ejercer sobre ella alguna de las formas de explotación.

En el artículo: “El delito de Trata de Personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana” el autor señala:

Esta posición se asienta fundamentalmente en dos razones: (i) por un lado, los medios comisivos del delito —es decir, los mecanismos por los cuales se restringe la voluntad de la víctima— denotan distintas intensidades de afectación a la libertad ambulatoria —por ejemplo, la violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad, etcétera—; y, (ii) por otro lado, la ubicación sistemática del delito de trata de personas en nuestro Código Penal. Este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la libertad individual, junto a los delitos de coacción y secuestro.

(...) No obstante, existen dos argumentos que no permiten asumir esta posición. De un lado, se señala que esta postura no puede

explicar la trata de menores de edad —incluso menores de 18 años—, en la cual los medios de comisión son irrelevantes a pesar que en otros ámbitos se les reconoce capacidad para expresar su consentimiento sobre su autodeterminación sexual, por ejemplo. Por otro lado, la referida posición no tiene en cuenta mínimamente lo que resulta ser la característica principal del fenómeno de la trata en el mundo: los fines de explotación laboral, sexual u otra semejante de la persona. En razón de ello, se argumenta que el delito de trata trasciende la mera restricción de la libertad ambulatoria (...) (Montoya, 2016, página 406).

Como lo menciona el citado autor, cuando esta definición se basa en la capacidad de autodeterminación de una persona o la capacidad de obrar del ser humano y tener la responsabilidad sobre sus actos, se refiere a las personas mayores de edad.

Se considera, que con respecto a los niños el concepto de derecho a la libertad se entiende como libertad de tránsito, pero dentro del ámbito de protección y control de sus padres o tutores, pudiendo el sujeto activo vulnerar este derecho cuando ejerce el control fáctico sobre el menor, apartándolo de este ámbito de control y protección.

Por ejemplo, cuando se trata de menores de edad o personas cuya capacidad mental se encuentra disminuida, es evidente que estamos frente a una situación de vulnerabilidad del ser humano, puesto que, no tienen una capacidad de autodeterminación o responsabilidad sobre sus actos (tienen libertad de tránsito); y al ser sometido a una de las formas

de explotación, lo que hace el sujeto activo es vulnerar su dignidad como persona al ejercer el control fáctico sobre la víctima. Coincidiendo con el autor, se considera que el delito de Trata de Personas vulnera un concepto más amplio que trasciende “el derecho a la libertad personal”.

Cuando el sujeto pasivo es un niño o un adolescente, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones descritas en la norma, sin ser necesario recurrir a alguno de los medios descritos en el inciso 1º; lo que significa que no en todos los casos es necesario privar de la libertad a la víctima. Por ejemplo, cuando un hombre vende a su hijo menor de edad, no lo priva de su libertad; pero sí vulnera su “dignidad” al considerarlo como un objeto.

#### **b). El bien jurídico: pluriofensivo**

Una parte de la doctrina señala que el delito de Trata de Personas vulnera varios bienes jurídicos, por tanto, es pluriofensivo al transgredir varios derechos fundamentales de la persona a través de las diferentes formas de explotación. En el libro “Delitos contra la Libertad Individual” se señala:

Pero la Trata de seres humanos no sólo conlleva una afectación a la libertad, sino una pluriafectación de bienes jurídicos. En él confluyen la agresión a unas dimensiones fundamentales de la persona: la libertad y la dignidad. (...) La Trata de Personas con fines de explotación, ya sea sexual, laboral o para tráfico de órganos, involucra una “objetualización” de la persona. Se trata de

una cosificación del ser humano, del que se dispone prescindiendo de su dignidad de tal.

El ataque que representa la conducta de quien participa en la cadena de trata – captando, transportando, acogiendo, desplegando cualquier forma de coerción o astucia con el ánimo enderezado a la explotación de un ser humano - se proyecta sobre la dignidad de la persona, aun cuando no se verifique efectivamente una situación consumada de explotación, pues ya antes de ésta la conducta típica implica una disposición “objetual” del sujeto pasivo, que es colocado a las puertas del mercado del lucro de los atributos de su personalidad. Por tanto, el bien jurídico que se intenta tutelar cuando se pena la captación, el traslado, la recepción de una persona por medios coercitivos o engañosos con la finalidad de explotarla es, fundamentalmente, la dignidad del individuo. Ella involucra un bien indisponible de la persona y ajeno al objeto de cualquier transacción (Basílico et al., 2011, p.228).

No se comparte la posición de los autores citados, al considerar que el bien jurídico es pluriofensivo, puesto que, en realidad todas estas acciones que desarrolla el sujeto activo utilizando como medios: la coacción, violencia, privación de la libertad de la víctima, etc., con fines de explotación, como puede ser: la prostitución, la esclavitud, la servidumbre, entre otros, se encuentran descritos en el tipo penal de Trata de Personas; y por tanto, existe un solo bien jurídico protegido, que es la dignidad del ser humano. Se advierte, que no en todos los casos el medio utilizado

para ejercer el control sobre la víctima es la privación de la libertad, pero lo que siempre se produce es la vulneración de su dignidad al considerarla como un objeto que puede ser sometido a la voluntad de otro ser humano con la finalidad de explotarlo.

En el caso de materializarse la finalidad de explotación, podríamos estar ante la vulneración de una pluralidad de derechos fundamentales, como son: la libertad sexual, la integridad física (extracción de órganos o tejidos humanos), la libertad laboral, etc. En este punto, se debe tener en cuenta, que para configurarse el delito de Trata de Personas no es necesario que se llegue a concretar la explotación de la víctima (por ser un elemento subjetivo del tipo), sólo que el sujeto activo desarrolle la tipicidad objetiva con fines de explotación.

En este contexto, si no se produce la explotación del sujeto pasivo, entonces no existirá la vulneración de otros derechos fundamentales del ser humano, desvaneciéndose la posición que refiere que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es pluriofensivo en todos los casos.

### **c) El bien jurídico: La dignidad del ser humano**

Se considera, que el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas es la dignidad del ser humano; puesto que, el sujeto activo al realizar alguna de las acciones típicas descritas en la norma, utilizando los medios para someter al sujeto pasivo, lo que busca es anular completamente su voluntad real y su condición de ser humano, tratándolo como un simple objeto.

En el caso de la comercialización de seres humanos a través de un acto de compra y venta, se evidencia claramente que se vulnera su dignidad, al ser tratados como objetos materia de una relación jurídica patrimonial, anulándose su condición de “sujeto de derecho”.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú emitida el 21 de julio del 2014, se define “**la dignidad humana**” precisando:

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-PATC-Huánuco, fundamento octavo).

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos, señala que este delito viola los derechos de la persona y es un atentado contra la dignidad e integridad de los seres humanos, señalando 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. Considerando que el respeto de los derechos de las

víctimas y su protección, así como la lucha contra la trata de seres humanos deben ser los objetivos primordiales (Council of Europe, Serie de Tratados del Consejo de Europa N°197, 2005, p.3).

Coincidiendo con lo que establece el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos, en el delito de Trata de Personas el bien jurídico protegido es la “dignidad del ser humano”, que es un derecho inherente. En el artículo “El delito de Trata de Personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”, el autor señala:

**a).** En primer lugar, la dignidad de la persona debe entenderse de manera objetiva, es decir, «como valor jurídico en sí, no dependiente de los sentimientos ni de la voluntad de la persona, ni tampoco enraizado en una determinada concepción moral o religiosa» (Alonso Álamo 2007 p.6). Ello supone que, frente a una situación objetiva de afectación de la dignidad - vía comportamientos de explotación, vejación o instrumentalización de la persona - o de proximidad de dicha afectación, el sujeto no puede válidamente consentir. Esto no supone un paternalismo estatal ni una forma encubierta de incluir una moral particular, sino la protección de la esencia misma del ser humano (p. 7); esto es, el derecho, por el hecho de ser persona, a no ser tratado como una cosa de la que el tratante pueda disponer o dominar como un objeto sojuzgado a su voluntad.

**b)** Los actos dirigidos contra la dignidad no son actos dirigidos necesariamente contra la voluntad de un sujeto. La trata, desde esta perspectiva, no supone la realización de actos dirigidos necesariamente a doblegar la voluntad o la autodeterminación de una persona, sino a aprovecharse de una persona sobre quien se ejerce un dominio semejante al que se ejerce sobre una cosa o un animal. El núcleo de la dignidad humana es indisponible para cualquier persona, sea esta menor o mayor de edad. Es por ello que el contexto o situación que afecta este núcleo no puede ser analizado solo desde la perspectiva subjetiva de la víctima.

**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.

**d)** En el caso de víctimas menores de edad, nos encontramos ante un supuesto de vulnerabilidad presunta debido no solo al déficit de formación psicofísica del o la menor, sino, sobre todo, debido a la

relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (Montoya, 2016, p.408-409).

Al igual que el autor se sostiene, que “la dignidad” es objetivamente la esencia del ser humano, como sujeto de derechos fundamentales, quien no puede ser tratado como un objeto al ser sometido a la voluntad de otra persona con fines de explotación. Coincidimos al señalar, que en el delito de Trata de Personas el sujeto activo realiza la acción típica considerando a la víctima no como un ser humano, sino como un objeto con la finalidad de explotarlo para obtener algún provecho.

El Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia del Perú del 10 de septiembre 2019, con respecto al delito de Trata de Personas, en el fundamento 19, dice:

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, fundamento 19).

Es un acierto lo establecido en el último Acuerdo Plenario emitido por los magistrados de las Salas Penales de la Corte Suprema del Perú, al concluir que el bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas es “la dignidad de la persona”, que es inherente a su esencia como tal, en su condición de sujeto de derecho, quien no puede ser sometido a la voluntad de otro ser humano para ser tratado como si fuera un objeto a su servicio o ser mercantilizado para la obtención de un provecho económico.

Existen legislaciones que sitúan el delito de Trata de Personas dentro del título “Delitos contra la dignidad”, como lo afirma el autor:

Algunas legislaciones – como hemos señalado – incluyen estas conductas dentro de un título especial que alude a la dignidad, como el Código Penal francés, cuyo capítulo V de la sección I bis, se titula “De los delitos que atentan contra la dignidad de las personas (Basílico, et al., 2011, p.230).

Teniendo en cuenta lo señalado por los autores citados, se propone modificar el Código Penal para excluir el delito de Trata de Personas del Título IV “Delitos contra la Libertad” e incluirlo en un nuevo Título que se denomine “Delitos contra la dignidad de los seres humanos”.

### 3.2.2. Elementos objetivos del tipo penal: Acciones y Medios

En el inciso 1 del artículo 153° del Código Penal se establece los elementos objetivos del delito Trata de Personas, describiéndose las acciones que desarrolla el sujeto activo, quien utilizando determinados medios logra someter al sujeto pasivo, con fines de explotación.

#### 1). Acciones

Las acciones que realiza el sujeto activo del delito son los verbos rectores: “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a una persona en el territorio peruano o para su salida o entrada al país”.

a). **Captar:** En el libro “Criminalidad Organizada: Parte Especial” el autor define esta conducta señalando:

**La captación:** Esta conducta típica comprende todos aquellos actos iniciales que están dirigidos a motivar, convocar, convencer y reclutar a las víctimas potenciales de la trata. Como destaca Hernández Álvarez, la captación “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 (...)”. Para ello el agente puede emplear distintos medios como la colocación de avisos publicitarios, periodísticos o directamente a través de su propia persuasión o con mensajes o intercambios en las redes sociales. (...) Según Saldarriaga Massa, en nuestro país “el medio más usual para captar a las víctimas es la falsa oferta de trabajo mediante agencias de empleo informal, paneles en mercados e incluso medios de comunicación como radios

regionales o provinciales. Estas ofertas informales implican la toma de decisión inmediata y por lo general presentan tres características: a) la remuneración ofrecida es mayor al promedio del mercado; b) están dirigidas a personas con baja calificación profesional y c) supone traslado a un lugar alejado de su entorno habitual de vida” (Prado, 2016, p. 385-386).

Al igual que el autor, se considera que la acción de “captar” desarrollada por el sujeto activo se dirige a atraer a la víctima, ganando su voluntad, generalmente, usando el engaño o una situación fraudulenta para convencerla y desarraigarla de su lugar de origen, dentro o fuera del país, sometiéndola con fines de explotación; siendo esta una descripción genérica que se produce casi en todos los casos. Asimismo, se señala:

Siempre es preciso que concurra un fraude o engaño en el acto inicial de captación, ese engaño inicial es el que facilita el posterior abuso o la coacción en el lugar de destino en el que la víctima ya no puede sustraerse del influjo del autor. La captación puede por tanto realizarse mediante una coacción o abuso directo o diferido gracias al fraude del engaño (...) (Hernández, 2014, p.76).

Cabe precisar, que el tratante al momento de captar a la víctima también verifica su perfil físico y psicológico, el cual debe ajustarse a la forma de explotación que pretende darle y que sea posible ejercer el control sobre ella, aprovechando sus carencias económicas, sociales, culturales o familiares. Como se menciona, la forma de captar a la víctima,

generalmente se produce a través del engaño, el fraude o lo vulnerable que se encuentre, conforme lo señala la citada autora; sin perjuicio, que posteriormente se utilicen otros medios como la violencia, amenaza u otras formas de coacción.

**b). Transportar:** La doctrina define esta conducta señalando:

**El transporte.** Involucra todo medio, procedimiento o modalidad de desplazamiento físico que se aplique al sujeto pasivo para alejarlo de su lugar de origen o residencia. El transporte puede hacerse desde el interior hacia el exterior del país o viceversa. Pero, también, él puede aplicarse únicamente dentro del territorio nacional. (...) El transporte puede ser por tierra, mar o aire, de manera abierta o encubierta, en grupos o individualmente, y por medios de transporte públicos o privados. Las víctimas de la trata pueden ser transportadas a través de cruces fronterizos formales o informales, o dentro de las fronteras de un mismo país (incluso, dentro de la misma ciudad), pues el Protocolo de Palermo sobre Trata de personas no establece que deban cruzarse fronteras, ni estipula que exista una distancia promedio de recorrido para que se produzca el delito (Prado, 2016, p. 387-388).

Coincidiendo con lo descrito por el citado autor, cabe precisar, que la acción de “transportar a la víctima” significa el realizar su desplazamiento de un lugar a otro, dirigido generalmente a desarraigarla de su lugar de origen, tratando de aislarla de su familia, amistades o

conocidos, utilizando los medios descritos en la norma para lograr su sometimiento a la voluntad del sujeto activo, con la finalidad de explotarla. Esta conducta que desarrolla el sujeto activo puede ser el desplazar a la víctima desde su lugar de origen a un lugar intermedio o de tránsito, donde será acogida o retenida temporalmente hasta llegar al destino final donde será explotada; o también, el desplazamiento de la víctima puede ser desde su lugar de origen directamente hasta el lugar donde será explotada.

Este delito puede cometerlo una persona o una organización criminal que opera en el ámbito del territorio nacional o internacional, lo que determinará si la víctima será transportada dentro o fuera del país, con la finalidad de ser explotada.

**c) Trasladar:** Algunos autores consideran que el verbo transportar y trasladar son sinónimos, definiéndolos en el sentido literal de la palabra, como el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro; así también, lo menciona el autor Prado (2016) señalando :

**El traslado:** Comprende toda conducta intermedia o de tránsito en el desplazamiento de la víctima hacia el lugar de destino, entrega o recepción. Como ya se ha señalado, la trata es un delito proceso que se desarrolla por etapas en las cuales la víctima es objeto de continuos traslados. De allí que el circuito de movilización de la víctima, según la experiencia internacional, se desarrolla en función de tres lugares: [...] **Los lugares de origen** son el punto donde la

víctima es captada y donde, de darse la situación más favorable para la víctima, podría retornar.

**Los lugares de tránsito** son los lugares donde la víctima es escondida o retenida antes de llegar al lugar de destino final.

**Los lugares de destino** son el sitio donde la víctima será explotada (...) (Página 388).

Discrepamos con la definición que realiza el autor citado, puesto que, se considera que el significado de la acción de “trasladar” dentro del contexto del delito de Trata de Personas, descrito en el “Protocolo de Palermo” y tipificado en el art. 153° del Código Penal, se refiere a la conducta que desarrolla el sujeto activo de **“trasladar el control físico y/o jurídico que se tiene sobre la víctima a otra persona o grupo de personas”**.

En el libro “La Trata de Personas en el Derecho Penal. Derecho internacional, comparado y español”, la autora concluye que el significado de la “acción de trasladar” es el siguiente:

Por último, la interpretación que concibe el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, engloba **el acto de trasladar el dominio sobre la persona a otro a quien**, a su vez, podría realizar la conducta de recibir o acoger a la víctima, eso sí, siempre que concurriese uno de los medios que el tipo requiere (**Villacampa**, 2011: 419). En esta misma línea se pronuncia **la doctrina alemana** que sostiene que en la conducta típica consistente en transmitir no

solo se incluyen los supuestos de traslado de un lugar a otro, sino también aquellos que implican cambio de control o transmisión de control de una persona sin alteración de su ubicación en el espacio. **Según la circular emitida por el Ministerio Fiscal 5/2011 al objeto de aclarar las posibles dudas generadas en el precepto,** establece que el “transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o por un tercero. **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,** 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 otro (Hernández, 2014, p.77-78).

La circular emitida por el Ministerio Fiscal 5/2011 de España del 2011, en el punto II.2 con el objeto de aclarar 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, p.17-18).

Coincidiendo con la opinión de la citada autora, así como, lo que se establece en la Circular del Ministerio Fiscal 5/2011 de España, es importante precisar que el significado de la **“acción de trasladar” es la entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima.**

En el artículo “El delito de Trata de Personas como delito complejo y sus dificultades en la Jurisprudencia peruana”, el autor realiza una interpretación del Protocolo de Palermo, señalando:

Con relación al concepto de traslado, es posible encontrar una definición que no se confunda con el concepto anterior (transporte), a pesar que exista semejanza entre ambos. Se trata de comprender el traslado como el traspaso de control sobre una persona que es objeto de trata (Montoya, 2012, p. 55); tomando como referencia el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005), es decir, la «concesión o recepción de

pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra» (Montoya, 2012, p. 55; citando el Protocolo de Palermo) (Montoya, 2016, p. 398-399).

Conforme con la apreciación del citado autor, no se debe confundir la conducta de “transportar con trasladar”, puesto que, en el contexto del delito de Trata de Personas, esta última se refiere al traspaso del control que se ejerce sobre una persona hacia otra.

En la DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO del 5 abril de 2011, relativa a la “Prevención y lucha contra la Trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, se establece la definición de las infracciones en el ámbito del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en particular, su artículo 82, apartado 2, y su artículo 83, apartado 1, precisando lo siguiente:

Artículo 1 Objeto: La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la Trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas.

Artículo 2 Infracciones relacionadas con la Trata de seres humanos  
1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, **incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas**, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

Es pertinente la precisión que se realiza en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, señalando que la conducta o acción que desarrolla el sujeto activo (la tipicidad objetiva) en el delito de “Trata de seres humanos” es **el intercambio o la transferencia del control sobre la víctima**.

Cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños, adolescentes o personas adultas (tipicidad subjetiva), el delito de Trata de Personas incluye como sujeto activo, tanto al vendedor como al comprador, teniendo en cuenta que existe una sola voluntad criminal; para cuyo efecto, el vendedor desarrolla la acción de “trasladar” el control o autoridad sobre la víctima (interpretándose como la entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima) y el comprador la “recibe” a su satisfacción a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero o cualquier beneficio o la promesa de ello (no es necesario que se concrete).

En este contexto y entendiendo el correcto significado del verbo “trasladar”, la norma penal recoge la conducta típica del vendedor y del

comprador; de lo contrario no existiría un sentido lógico en la norma acotada, puesto que, se estaría colocando dos verbos con significados similares (transportar y trasladar) y no se incluiría la conducta o acción que desarrolla el vendedor, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un ser humano.

Cabe precisar, que en el Protocolo de Palermo se establece como uno de los medios que utiliza el sujeto activo para someter a la víctima del delito de Trata de Personas: “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 explica mucho mejor esta acción de “trasladar” el control o autoridad sobre la víctima; sin embargo, esta oración fue suprimida del Código Penal peruano, lo que ha ocasionado en algunos casos, una interpretación literal e incorrecta de este verbo (interpretándolo como el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro).

De acuerdo con los Convenios Internacionales y el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60 del 15 de enero del 2018, la acción de trasladar el control o la autoridad que tiene una persona sobre la víctima puede ser de carácter físico o jurídico, concretándose el primero con la entrega física de la víctima por parte de la persona que tiene el control de hecho o de facto sobre ella a otra persona.

Se materializa el traslado del control jurídico sobre la víctima, cuando la persona que tiene algún vínculo jurídico con ella realiza un procedimiento administrativo o judicial para trasladar este control a favor

de otra persona; precisando, que este procedimiento es fraudulento e ilegal, porque se produce como consecuencia de la comisión del delito de Trata de Personas.

Por ejemplo, un hombre que vende a su hijo de dos años a una pareja al precio de US\$30,000.00 dólares americanos, hace la entrega física del niño y además a través de un Proceso de Adopción ilegal les transfiere la filiación y el ejercicio de la Patria Potestad a dicha pareja.

d). **Acoger:** En doctrina se define esta acción de la siguiente manera:

**La acogida.** En este supuesto se sanciona toda forma de alojamiento transitorio o provisional de la víctima que está siendo llevada hacia su lugar de entrega y recepción. Sus alcances cubren también toda modalidad de albergue o recepción temporal que se brinde a la víctima. Como bien anota Hernández Álvarez “son también conductas intermedias que parecen solaparse, no podemos confundirlas con el alojamiento y acogimiento que se produce con posterioridad a la recepción de la víctima por el explotador, las cuales entrarían dentro de la infracción constitutiva de explotación (Prado, 2016, p. 389).

Efectivamente, la acción de “acoger” implica admitir o albergar a la víctima proporcionándole alojamiento, lo que realiza el sujeto activo del delito, generalmente, utilizando los medios descritos en la norma penal (violencia, privación de la libertad, amenaza, coacción etc.) para seguir ejerciendo el control; considerándose como una etapa de tránsito o

intermedia con el objetivo de lograr el desarraigo de su lugar de origen y ocultarla de las autoridades hasta llegar al destino final. El término acoger también significa el proveer de alimentos, ropa, abrigo, medicinas, entre otros, cubriendo las necesidades básicas de la víctima, en un lugar determinado, por un período de tiempo.

e). **Recibir:** El autor del libro “Delitos contra la Libertad Individual” señala: “La recepción implica aceptar el envío, acoger, tomar o hacerse cargo en cualquiera de las fases del ilícito de una persona con fines de explotación (...)” (Basílico, et al., 2011, p.231).

Los autores citados definen la recepción como “aceptar el envío”, con lo que se coincide; sin embargo, puede existir otra interpretación de la “acción de recibir” como se señala a continuación:

Existe la interpretación en virtud de la cual se engloban las conductas típicas consistentes en acoger, recibir o alojar considerando tales coincidentes, según esta interpretación, “acoger” supone el recibimiento y albergue de la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes, sin que el sentido de “recibir” sea sustancialmente distinto, 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).

Al igual que la autora, se considera que la acción de “recibir” se produce en “un solo acto” y es cuando el sujeto activo acepta la entrega que le hacen de la víctima, transfiriéndole el control o la autoridad sobre esta última, quien queda sometida a su voluntad; lo que se diferencia de la acción de “acoger”, que se produce cuando la víctima permanece en un lugar específico por un lapso de tiempo. Por ejemplo, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de seres humanos (adultos), el delito de Trata de Personas se consuma en el momento que el vendedor “traslada el control o autoridad sobre la víctima” y el comprador la “recibe”, utilizando como medio: la concesión de un pago o retribución (comprador) a favor de la persona que ejerce el control sobre ella (vendedor).

f). **Retener:** El autor que se cita a continuación lo define así:

**La retención.** Cubre todos los actos, violento o no, que impidan a la víctima recuperar su libertad ambulatoria, esto es, que eviten que ella rompa la dependencia o servidumbre en la que ha sido colocada a través de la trata. Es pues, por su propia naturaleza una modalidad de dicho delito de evidente carácter permanente y donde el agente con sus acciones mantiene voluntariamente la situación antijurídica en que se encuentra el sujeto pasivo (Prado, 2016, p. 389).

Coincidiendo con el autor se sostiene, que la “acción de retener”, dentro del contexto del delito de Trata de Personas, significa impedir que una persona se retire de un lugar donde se encuentra sometida a la voluntad del sujeto activo del delito. En el caso que se trate de niños, estaría referido a la negativa de entregar a un menor de edad a sus padres, tutores o la autoridad competente que lo solicite, evitando que sea retirado de un lugar. Es evidente, que el término retener también tiene una connotación de privación de libertad con relación a la persona retenida.

## **2). Los medios que utiliza el sujeto activo**

Los medios descritos en la norma son utilizados por el sujeto activo para lograr el sometimiento de la víctima o doblegarla, con el objetivo de explotarla, conforme lo señala a continuación la autora, citando al autor Juan Terradillos Basoco: “(...) en lo objetivo, los medios han de ser idóneos para neutralizar la voluntad contraria de la víctima; y en lo subjetivo han de perseguir esa finalidad” (Hernández, 2014, p. 82).

Es importante señalar, que los medios que son utilizados por el sujeto activo, para ejercer el control sobre el sujeto pasivo, deben ser lo suficientemente idóneos o efectivos para doblegar su voluntad, durante el período de tiempo necesario, hasta lograr su objetivo final que es la explotación; coincidiendo con lo expresado por los mencionados autores. En el delito de Trata de Personas se establece como medios:

- a). La violencia, amenaza u otras formas de coacción.
- b). Privación de libertad

- c). Fraude o engaño
- d). Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad,
- e). Concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio.

Al respecto, algunos autores clasifican los medios señalando:

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 (...). Con “trata forzada” se hace referencia a la que implica el empleo de la violencia o la intimidación, (...) 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). (...) con “trata abusiva” nos referimos a aquella que se produce bajo el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima (Hernández, 2014, p.80-81).

Se considera que esta clasificación es acertada al tener como objetivo agrupar los fines de explotación, teniendo en cuenta, los derechos fundamentales que se afectan, mostrando un enfoque didáctico.

**a). Mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción:**

En el libro “Delitos contra la Libertad Individual”, el autor señala:  
“**Por violencia** se entiende, al igual que en otros delitos contra la libertad,

el despliegue de una energía física o moral sobre la víctima para vencer o reducir su resistencia (...)" (Basílico et al., 2011, p.232).

Como lo dicen los autores, la violencia es la energía física o moral que despliega el sujeto activo en contra de la víctima para causarle un daño físico a su integridad corporal, lesión, dolor, sufrimiento, que puede llegar incluso hasta la tortura, que es el daño físico permanente utilizando o no objetos o instrumentos. Esta violencia que realiza el sujeto activo del delito en contra de la víctima de Trata de Personas es con el objetivo de doblegar su voluntad y ejercer el control o autoridad sobre ella, con la finalidad de explotarla.

**La amenaza o intimidación** es la conminación a la víctima con un mal futuro que puede proyectarse sobre la propia víctima o un tercero. En estos casos, la vis se proyecta sobre la psiquis de la víctima, condicionando sus posibilidades de autodeterminación (Basílico et al., 2011, p.232).

Con respecto a la amenaza o intimidación, se sostiene que esta debe ser real, grave e inminente contra la integridad física o psicológica de la víctima de Trata de Personas; y como lo dicen los autores, puede ser también ejercida contra sus familiares o personas vinculadas a ella, con el objetivo de someterla a la voluntad del sujeto activo.

Es importante señalar, que la coacción es un delito en sí mismo, tipificado en el artículo 151° del Código Penal, que establece: "**Coacción:** 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".

En este contexto se entiende, que el tipo penal “coacción” se subsume en el delito de Trata de Personas, porque es un medio utilizado por el sujeto activo para someter a la víctima, venciendo su voluntad a través del uso de la fuerza física, la violencia psicológica o la grave amenaza.

**b). Privación de libertad:** Se produce cuando el sujeto activo impide la libertad ambulatoria de la víctima. Con respecto a este medio empleado, se asemeja al tipo penal de Secuestro, previsto en el artículo 152° del Código Penal peruano que establece: “Secuestro. 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 el delito de Trata de Personas, el móvil o motivo de la privación de libertad de la víctima estaría circunscrito a lograr su sometimiento con fines de explotación. La doctrina señala:

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 cita la autora, en otros textos normativos en materia penal, se señala literalmente el Secuestro como uno de los medios que utiliza el sujeto activo del delito de Trata de Personas para ejercer el control fáctico sobre la víctima, lo que se considera, forma parte de la tipicidad objetiva.

**c). Fraude o engaño:** La descripción de la modalidad engañosa o fraudulenta, se detalla en el libro “Delitos Contra la Libertad Individual”:

La modalidad engañosa o fraudulenta conlleva el despliegue de un ardid tendiente a inducir a la víctima a realizar aquellas acciones que la ubiquen en la situación que favorezca el plan delictivo orientado a su explotación. En muchos casos mediante ofertas de empleo, viajes, obtención de créditos o altos réditos por una actividad. Mediante esta modalidad se encubre el verdadero propósito del autor (Basílico et al., 2011, p. 232).

En el delito de Trata de Personas, el sujeto activo generalmente utiliza como medio para captar a la víctima, la mentira, el artificio o la astucia, proporcionándole una información falsa o una falsa representación de una situación, con el objetivo de atraer su interés y ejercer el control sobre ella, con la finalidad de destinarla a alguna de las formas de explotación. En tal sentido, se coincide con los autores al señalar que la víctima es inducida con engaños a favorecer la conducta delictiva del sujeto activo y quedar sometida a su voluntad.

**d). Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad:**

Se refiere al poder o autoridad que el sujeto activo ejerce sobre la víctima y abusando de esta situación la somete, anulando su voluntad con fines de explotación. En tal sentido, los que ejercen el control pueden ser los padres, tutores o cualquier otra persona mayor de edad, que tenga algún tipo de autoridad sobre la víctima o en quien esta última confía.

Una situación o estado de vulnerabilidad en el que una persona se encuentra, puede ser variable, dependiendo de las carencias que pueda tener y que le dan cierta fragilidad frente a los demás, haciéndola en cierta medida una persona dependiente, pudiendo llegar al sometimiento. En el libro “Delitos contra la Libertad Individual” se señala:

Con buen criterio se ha incorporado entre los medios comisivos el abuso de una situación de vulnerabilidad. El concepto no aparece definido en la legislación argentina. La vulnerabilidad es una situación padecida por un sujeto, en virtud de la cual se encuentra expuesto a una situación de explotación. Se trata del abuso de un contexto vital preexistente que entraña ya de por sí riesgo y padecimiento para la persona pasiva del delito. Por ejemplo, el caso de “la víctima que al momento de ser captada tenía quince años de edad, una compleja estructura vital caracterizada por la extrema pobreza, un conflictivo entorno familiar, el abandono y la ausencia de protección paterno-materna, todo lo cual la volvía especialmente vulnerable y cuya situación es agravada por su madre que, con la falsa promesa de un trabajo de niñera, conduce

a la niña a un prostíbulo en la provincia de Buenos Aires y luego a los dominios del imputado (Basílico, et al., 2011, p. 233).

Como lo señalan los autores, es evidente que el abuso de poder o la vulnerabilidad de la víctima son situaciones preexistentes, que le otorgan una posición de superioridad al sujeto activo, estableciéndose una relación asimétrica.

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 de abril del 2011, relativa a la prevención y lucha contra la Trata de seres humanos, señala 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". Se considera que la definición citada, resume lo que en la práctica constituye una situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse una persona y que es aprovechada por el tratante para someterla a su voluntad.

**e). La concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio.**

Es descrito en el Protocolo de Palermo como "**un medio**" que utiliza el sujeto activo, precisando en el artículo 3 a) textualmente lo siguiente: "(...) 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 legislador peruano no incorporó en el Código Penal esta oración en su integridad, referida al control o autoridad que ejerce una persona sobre otra, teniendo en cuenta, que la concesión de un pago o

algún beneficio es lo que generalmente realiza el sujeto activo para que le trasladen dicho control fáctico o autoridad sobre la víctima, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de seres humanos (adultos). En este contexto, se configura el delito de Trata de Personas, cuando el vendedor **“traslada”** el control o autoridad que tiene sobre la víctima hacia el comprador, quien la **“recibe” (acciones)** a cambio de la **concesión de una suma de dinero, algún beneficio (medio)** o la promesa de ello, evidenciándose una típica transacción de compra y venta **(finalidad de explotación)**.

Cuando se habla de la concesión o recepción de pagos u otros beneficios, se refieren no sólo a la entrega de dinero, sino puede ser otros bienes muebles o inmuebles, así como, beneficios de carácter laboral o una mejora de su condición de vida, entre otros.

### **3.2.3. El objeto material del delito**

El objeto material del delito se define como: “La persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa. Tratándose de personas, en algunos casos el objeto del delito es, también, el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro” (Hurtado y Prado, 2011, p. 404). Tomando como referencia la definición que realizan los autores citados, en la Trata de Personas el objeto material del delito es el ser humano, sobre el cual también recae la condición de agraviado a quien se le vulnera su dignidad. En el libro “Derecho Penal: Parte General” se señala:

El objeto de la acción es el elemento perteneciente al mundo exterior, sobre el que recae materialmente la acción típica. En él se

van a concretar la vulneración de los intereses jurídicos que pretende tutelar el legislador en cada tipo penal (...). No todos los delitos van a requerir la presencia del objeto de la acción como elemento típico, esto ocurre en los delitos de actividad en los que este elemento es innecesario, por la razón que no existe un resultado (...) (Villavicencio, 2006, p. 316).

Como lo menciona el autor, el objeto no estará presente en los delitos de acción, sino en los delitos de resultado. La doctrina distingue tres clases del objeto: "(...) personal, real y fenomenológico" (Villavicencio, 2006, p.315-316). En el delito de Trata de Personas el objeto material u objeto de la acción recae sobre los seres humanos (adultos, niños o adolescentes), siendo de carácter personal.

### **3.2.4. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito**

#### **a). Sujeto activo**

El sujeto activo del delito de Trata de Personas puede ser cualquier persona, teniendo en cuenta, que la norma penal no señala específicamente a un sujeto activo especial. Cabe precisar, que este delito puede ser cometido de manera individual, por una persona o por una pluralidad de autores que integren un grupo delictivo o una organización criminal, que opera dentro del territorio nacional o a nivel internacional, tipificándose en este último caso como una circunstancia agravante, prevista en el artículo 153°-A del CP.

En el inciso 5° del artículo 153° del Código Penal se incluye 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. En este supuesto, 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 (art. 317-B del CP) u organización criminal (art. 317 CP). 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, facilitar o ejecutar el delito.

#### **b). Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo del delito de Trata de Personas puede ser cualquier persona, incluyendo niños y adolescentes, cuya dignidad se vulnera. El autor del libro “Trata de Personas: análisis jurídico y jurisprudencial del delito”, señala:

Sujeto pasivo: Al respecto, doctrinalmente se puede discutir si además de un sujeto pasivo individual existe también un sujeto pasivo colectivo, a efectos prácticos, la víctima del delito de trata de personas es, desde el punto de vista del derecho penal, el titular del bien jurídico protegido, el cual es la dignidad individual (Gamarra, 2016, p. 40).

Se comparte la opinión del autor, precisando, que en el delito de Trata de Personas se vulnera la dignidad individual de cada ser humano, quien es el sujeto pasivo del delito al ser el titular del bien jurídico protegido. En el libro “Denuncias de Trata de Personas, presuntas víctimas y presuntos imputados (as) 2010-2016” se señala:

En el país se han registrado 4 mil 150 denuncias de trata de personas en el periodo 2010-2016, según información proporcionada por el Ministerio Público. En el año 2016 registró 1 mil 144 denuncias, aumentando en 255 con relación al año 2015; este incremento se debe fundamentalmente a los operativos realizados por la Policía Nacional del Perú, así como a la implementación de Fiscalías Especializadas a nivel nacional. (...)

El delito de Trata de personas afecta a mujeres adultas, niñas, hombres, niños y adolescentes sometidos a diversas situaciones que constituyen explotación. Se aprecia que entre 2010 y 2014, el número de víctimas de trata de personas alcanzó 3 mil 603, de las cuales el 78,9% son mujeres. (...) La explotación se entiende como “el aprovechamiento de una persona en beneficio de otra”. En el año 2014, se registraron 273 casos de presuntas víctimas por explotación sexual, 61 casos por explotación laboral, 6 en mendicidad, 3 por explotación doméstica, entre otros. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017 p. 5,7 y 12).

Es necesario replantear la política criminal en nuestro país, teniendo en cuenta, que las estadísticas confirman que el delito de Trata

de Personas con mayor frecuencia se desarrolla en nuestro territorio y por los familiares de las víctimas (mayormente mujeres y menores de edad); siendo estas últimas sometidas a diferentes formas de explotación, como por ejemplo, explotación laboral: en la minería ilegal, explotación sexual: en prostíbulos clandestinos, son objeto materia de compra y venta, entre otras formas de explotación.

### **3.2.5. Elementos subjetivos del tipo penal**

En el libro “Delitos contra la Libertad Individual”, con respecto al delito de Trata de Personas, los autores señalan:

b). El tipo subjetivo: El delito de trata es un delito doloso que requiere dolo directo, de tendencia interna trascendente, subjetivamente configurado y que ha sido caracterizado como de resultado cortado. El tipo requiere la demostración de que el autor actuó con la finalidad de explotación de la víctima. No es necesaria, por tanto, la verificación de una situación de explotación consumada (Basílico et al., 2011, p. 237).

Haciendo un recuento, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú emitió el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011, en el cual se analiza los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal “Trata de Personas” en el fundamento 8, con respecto a la Ley 28950 (antes de su modificación):

8° (...) En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: Derecho Penal. Parte Especial Volumen I, Grijley, Lima, 2010, p.487y ss]. (...) 15° En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

El XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial emitió el Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 del 10 de septiembre de 2019 (con la última modificatoria Ley 30251, publicada el 21 de octubre del 2014), señalando en el fundamento 20 lo siguiente:

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. Además de los fines ya previstos en el Protocolo de Palermo, como la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o cualquier forma análoga a ella, la servidumbre y la extracción de órganos, en la versión vigente se adiciona expresamente, como finalidad, los trabajos o servicios forzados, la venta de niños, niñas y adolescentes, la mendicidad o el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como, cualquier otra forma análoga de explotación.

Cabe resaltar, que en los dos Acuerdos Plenarios y los autores citados precisan que la Trata de Personas es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención, que se define como:

Se trata de los delitos cuya “parte interna” requiere de una intención especial (Absicht) que no corresponde a la parte externa objetiva”. Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no es exigente para la consumación del delito, debiendo entenderse sólo para efectos de llenar el tipo. Se diferencian delitos de resultado cortado y delitos mutilados (incompletos, imperfectos) de dos actos. En los **delitos de resultado cortado** el agente persigue un resultado que

está más allá del tipo y que ha de producirse por sí solo, sin su intervención y con posterioridad (Villavicencio, 2006, p. 375).

Coincidimos con la posición que se adopta en ambos Acuerdos Plenarios, porque en el delito de Trata de Personas el sujeto activo desarrolla la conducta típica con la intención o finalidad de explotar a la víctima (elemento subjetivo del tipo) no siendo necesario que se concrete; lo que concuerda con la definición que realiza el citado autor. Precizando que, para materializarse este nivel subjetivo, el sujeto activo debe tener el conocimiento potencial de la tipicidad objetiva, (desarrollando una conducta de manera dolosa) así como, la finalidad de explotación en cualquiera de sus formas.

La tipicidad subjetiva del delito de “Trata de Personas” se compone de:

- a). Dolo que se manifiesta en el accionar del sujeto activo; y
- b). Los fines de explotación que persigue.

**a). El dolo.**

Es preciso establecer algunas definiciones con respecto al concepto de dolo y su clasificación. En el libro “Manual de Derecho Penal Parte General” se señala:

El dolo es un elemento principal y, con frecuencia, está acompañado de otros elementos subjetivos (móviles, ánimos, tendencias). Por tanto, constituye el núcleo del ilícito personal de la acción. (...) El carácter ilícito de los comportamientos no puede ser

precisado describiendo sólo su aspecto externo. El dolo debe ser tratado, por tanto, como factor integrante del tipo legal. Por ejemplo, el término apoderar (art.185) implica una finalidad, por lo que la acción que designa sólo puede ser comprendida como un comportamiento doloso (Hurtado y Prado, 2011, p. 436).

También se define “el dolo”, en base a los elementos que lo conforman, vale decir, el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (elemento intelectual) y la voluntad (elemento volitivo), señalando el autor lo siguiente:

Al hablarse de **conciencia**, se hace referencia al hecho de que el autor debe ser consciente de ejecutar el acto y debe conocer además los elementos del aspecto objetivo del tipo legal (p.ej. la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o de los medios a emplear, las circunstancias del comportamiento). Se trata tanto de los elementos descriptivos del tipo legal que son los aprehendidos sin mayor dificultad por estar referidos al mundo externo, como de los elementos normativos respecto a los cuales es necesario realizar una apreciación de valor (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público).

Basta que el agente tenga conciencia de la probable realización de los elementos del tipo objetivo, comprendido el resultado. Como entre éste y la acción debe darse una conexión que permita imputar al agente este último como si fuera obra suya, es indispensable que

tenga conciencia del desarrollo probable de los hechos que se originan en su decisión de actuar. (...)

El resultado será, pues, considerado doloso cuando, según una apreciación objetiva, corresponda al previsto por el “plan” del delincuente. Dicho de otra manera, cuando tenga conciencia de sus aspectos fundamentales de modo que se pueda afirmar que conserva bajo su control los acontecimientos. (...)

**5. Voluntad:** El autor debe decidirse a ejecutar el acto descrito por el verbo típico y a realizar todos los elementos o circunstancias que lo caracterizan, de acuerdo con el tipo legal objetivo. Es decir, su voluntad debe referirse de manera global a la realización del tipo legal (Hurtado y Prado, 2011 p. 442 a 445).

Se considera que el sujeto activo en el delito de Trata de Personas tiene que desarrollar la conducta típica actuando con dolo, vale decir, con el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo una conducta prohibida y asumiendo el resultado que desencadena, como lo describen los citados autores; precisando, que se puede actuar con dolo directo o dolo eventual. El **dolo directo**, se define a continuación:

Casi con unanimidad se define este dolo como la aspiración o pretensión orientada a alcanzar una meta determinada: la realización del tipo legal o el resultado. El agente “persigue”, al decidirse a actuar, alcanzar este fin. No es necesario, sin embargo, que éste constituya el objetivo final de su comportamiento. Así, la realización del tipo legal, querida y buscada constituye el fin

penalmente significativo, aun cuando sea solo una etapa intermedia en el comportamiento del agente. (...) Por último, también es indiferente que la realización del tipo legal o del resultado sea incierta: lo decisivo es que el agente, creando o aumentando el riesgo de perjudicar un bien jurídico protegido, decida cometer un acto con el objeto de realizar el tipo legal o el resultado previsto. (...) Lo decisivo es que su comportamiento comprenda la decisión de materializar el tipo legal. (Hurtado y Prado, 2011, p. 445-446).

En el delito de Trata de Personas, el sujeto activo actúa con dolo directo cuando decide con conocimiento de la tipicidad objetiva y voluntariamente realizar una o más de las acciones descritas en la norma como: “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otra persona en el territorio de la República o para su salida o entrada del país”; utilizando alguno de los medios para ejercer el control sobre la víctima, como es: “la violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio”, con la finalidad de explotarla.

#### **b). Los fines de explotación**

Los fines de explotación son parte de la tipicidad subjetiva en el delito de Trata de Personas, puesto que, la finalidad que persigue el sujeto activo se encuentra dentro de su ámbito interno como parte de la

motivación en realizar la conducta descrita en el tipo penal, lo que se denomina en doctrina el animus del agente.

Con respecto a la finalidad de explotación, como elemento subjetivo del tipo, la doctrina hace la clasificación siguiente: a) Elementos de tendencia interna trascendente; y b) Elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, precisando:

El elemento subjetivo concierne a lo ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal, precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el animus del agente. El propósito “obtener provecho” (art. 185), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art.108, inc.2), emplear la violencia contra un funcionario para impedir o trabar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones (art.366), todos ellos son elementos subjetivos que caracterizan el tipo legal respectivo y fundamentan, en consecuencia, el carácter ilícito del acto. Estos elementos son denominados en doctrina como **elementos de tendencia interna trascendente.**

Por el contrario, cuando el elemento subjetivo se refiere a motivos, sentimientos o convicciones considerados de manera independiente, hay que afirmar que se trata de factores que condicionan la culpabilidad. Es el caso del motivo del lucro mencionado en la descripción del asesinato (art.108, inc.2) (...). Estos elementos no fundamentan, ni aumentan el carácter ilícito del acto incriminado; por el contrario, su efecto es el de intensificar la culpabilidad, por lo que se justifica reprimir con más severidad al

autor. En doctrina, se designan éstos como elementos subjetivos de tendencia interna intensificada (Hurtado y Prado 2011, p. 440-441).

Es interesante la definición que realizan los citados autores, con respecto a los elementos de tendencia interna trascendente en el denominado delito de intención. En tal sentido, este aspecto subjetivo se encuentra presente en el delito de Trata de Personas denominándosele delito de tendencia interna trascendente, razón por la cual, no es necesario que se concrete la explotación de la víctima, solamente que se acredite objetivamente que el sujeto activo tiene esta intención o finalidad.

Con respecto a los fines de explotación, el Código Penal establece una fórmula legislativa abierta al incluir la frase: “cualquier otra forma análoga de explotación” (artículo 153°, inciso 2°), garantizando mucho mejor la protección de las víctimas. Las formas de explotación son:

- a). La venta de niños, niñas o adolescentes;
- b). La prostitución y cualquier forma de explotación sexual;
- c). La esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud;
- d). Cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre;
- e). La extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos;
- f). Así como cualquier otra forma análoga de explotación.

Es importante que se haya incluido “la compra y venta de niños, niñas y adolescentes” como una finalidad de explotación en sí misma, teniendo en cuenta, que al ser comercializados se vulnera su dignidad,

convirtiéndolos en un objeto o mercancía; sin ser necesario que la compra y venta tenga como objetivo alguna otra forma de explotación.

### **3.2.6. Grado de ejecución del delito: Consumación y tentativa**

Se consuma el delito de Trata de Personas, cuando el sujeto activo realiza dolosamente alguna de las acciones típicas que establece la norma (ya que tienen carácter alternativo) utilizando uno de los medios descritos, con la finalidad de explotar a la víctima. Cabe precisar, que no es necesario que se produzca la explotación del sujeto pasivo para que se entienda consumado el delito, teniendo en cuenta, que la finalidad del sujeto activo es parte de la tipicidad subjetiva.

La tentativa, se produce en cualquiera de las etapas o desarrollo del delito de Trata de Personas, sin llegar a su consumación.

## **3.3. Jurisprudencia del delito de Trata de Personas**

### **3.3.1 Casación emitida el 07 de junio de 2019, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Exp. 1876-2018, Madre de Dios.**

**Presentado por:** 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 Ancco 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, se fijó en S/ 10,000 la Reparación Civil.

**Argumentos:** Inc.1 art. 429 CPP. a) Se habría incurrido en la inobservancia de alguna garantía constitucional de carácter procesal del derecho de defensa. b) La incorrecta valoración de los medios probatorios. c) Se debe precisar los alcances de la explotación laboral y sexual.

**Hechos: 5.1.** La agraviada Haydee Huamán Ancco 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.

Entre los argumentos expuestos por la Corte Suprema 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.

En este caso, se acreditó que la procesada “captó” a la menor de edad, en la ciudad del Cuzco y la “transportó” desplazándola hasta la localidad de Mazuko, en el distrito de Inambari, Provincia de Tambopata, en la región Madre de Dios; con la finalidad de explotarla laboral y sexualmente, haciéndola trabajar en el bar “El Duende”.

La conducta típica de la procesada fue el captar y transportar a la menor de edad desde el Cusco hasta Madre de Dios, (no es necesario utilizar alguno de los medios de sometimiento descritos, conforme al inciso 3° del art. 153), explotándola laboral y sexualmente, haciéndola trabajar de dama de compañía en un bar; consumándose el delito de Trata de Personas, con las circunstancias agravantes del inciso 3 (pluralidad de

víctimas) y 4 (la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad o es incapaz) del art. 153-A del CP.

Es importante resaltar, que los miembros de la Corte Suprema señalan la pertinencia y la suficientemente clara interpretación que realizan los miembros de la Corte Superior al determinar que la labor de “Dama de compañía” que desarrollaba la menor en el bar, no sólo es una forma de explotación laboral, sino también de explotación sexual, vulnerando su dignidad de ser humano al ser tratada como un objeto, siendo “cosificada”; evidenciándose, que la procesada lo hizo para obtener beneficios económicos.

### **3.3.2 Casación emitida el 01 de agosto de 2019, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Exp. 706-2018, Madre de Dios.**

**Presentado por:** El Ministerio Público 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 CP, 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 CPP, 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)”. ”.

**Hechos:** Narra la resolución:

**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.

Entre los argumentos expuestos por la Corte Suprema se señalan:

A. DEBER DE GARANTE:

**Noveno.** El deber de garante constituye un especial estatus, originado en deberes específicos de protección al bien jurídico afectado, en el que se encuentra el agente, con base en diversos referentes (obligación funcional o contractual concreta a actuar, actuar precedente, estrecha vinculación familiar, haber generado una fuente de peligro y situación de comunidad de peligro, entre otros), que lo colocan en una situación tal que en su ámbito de dominio conductual específico se halla la posibilidad real de superar el riesgo de lesión al que se ve sometido el bien jurídico.

La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (b) debe seguir en ellos la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

En conclusión, el deber de garante se produce cuando existe por parte del agente un dominio social de un ámbito de vida que fundamenta un deber de evitar el resultado, es decir, el agente tiene la obligación de proteger determinado bien jurídico, bajo su ámbito de esfera. De este modo, solo la actuación sobre la fuente de peligro custodiada por el autor genera un deber de evitar un resultado, que resulta susceptible de imputación por el delito de omisión impropia, previsto en el artículo 13 del Código Penal.

**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.

Con la citada Casación, se grafica la forma como se consuma el delito de Trata de Personas en el Perú, principalmente en contra de niñas, niños y adolescentes.

En el caso concreto, se consuma el delito cuando la procesada “capta” con engaños a la agraviada (menor de edad), aprovechando que

tienen un vínculo de parentesco al ser su prima; luego, la “transporta” desde Huamanga - Ayacucho hasta el km 108 de la Vía Interoceánica Cusco-Puerto Maldonado-Mazuko, con la finalidad de explotarla laboral y sexualmente, lo que materializa haciéndola trabajar dos meses como dama de compañía en el bar “Mar de copas”. La menor fue encontrada muerta y su cadáver en estado de descomposición, estableciéndose como causa de la muerte “traumatismo craneal cerrado”, pero no se especifica las circunstancias en que se produce dicha muerte, lo que se considera como una deficiente investigación.

Sin embargo, los magistrados de la Corte Suprema acertadamente determinan que es aplicable la circunstancia agravante prevista en el inciso 1 del segundo párrafo del art. 153°-A del CP, teniendo en cuenta la Teoría del Dolo Eventual al haber creado un riesgo efectivo a los bienes jurídicos de la agraviada (a la vida, el cuerpo y la salud, la libertad y otros), obligándola a trabajar como dama de compañía en un bar, ubicado en una zona con un alto índice delictivo de lo cual era consciente la referida acusada, representando seriamente la posibilidad de un daño.

Analizando la forma en que se halló el cadáver de la menor - en estado de descomposición, desnuda y con la ropa a un costado – es evidente que la sentenciada pudo prever esta situación e impedirla, sin embargo, siguió explotando laboral y sexualmente a la menor, hasta que se produjo su muerte.

## **CAPÍTULO IV. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

En la actualidad, existe en el mundo mujeres y hombres que desean ser madre o padre, pero no logran tener hijos a través de la forma natural de reproducción en el ser humano, como son las relaciones sexuales. Esta aparente imposibilidad se debe a causas de infertilidad en el hombre o en la mujer, que se define en el libro “Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida”, precisando:

La esterilidad es la incapacidad para lograr la gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo. (...). El término infertilidad es para muchos especialistas, especialmente del ámbito anglosajón, sinónimo de esterilidad. En el medio hispanohablante, se ha entendido como infertilidad la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal. Por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc. En la actualidad, se tiende a preferir el término «pérdida gestacional recurrente» para designar este conjunto de procesos (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.17).

La infertilidad es definida como la incapacidad para lograr la gestación como se señala en la cita; pero además, se tiene que tener en cuenta que las causas de la infertilidad humana deben ser determinadas a través de un diagnóstico médico adecuado, precisando:

Las alteraciones capaces de reducir la probabilidad de gestación espontánea pueden afectar a la producción de gametos masculinos y femeninos, a su interacción eficaz, o a la capacidad del embrión ya fecundado para implantarse y desarrollarse:

■ Alteraciones en la producción de gametos:

Masculinas: • Ausencia de producción de espermatozoides. •

Alteraciones del número, movilidad y morfología de los espermatozoides.

Femeninas: • Anovulación (Síndrome del ovario poliquístico, fallo ovárico prematuro, etc.).

■ Alteraciones que impiden o dificultan el contacto entre los gametos:

• Alteraciones de la erección y la eyaculación.

• Alteraciones vaginales que impiden o dificultan el coito.

• Alteraciones del transporte espermático en el aparato genital masculino o femenino.

• Alteraciones de la captación del ovocito por la trompa de Falopio.

• Alteraciones de la fecundación.

■ Alteraciones de la implantación: • Alteraciones del transporte del embrión hasta la cavidad uterina. • Alteraciones de la implantación embrionaria (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.22).

En este contexto, se considera que las causas de infertilidad citadas se pueden presentar de manera individual o conjunta en una persona, siendo necesario un diagnóstico médico antes de llevar a cabo alguna de las técnicas de reproducción humana asistida.

#### 4.1. Definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La literatura médica lo define así:

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).

En el artículo: “Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Aspectos Bioéticos”, el autor lo define así:

Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de **métodos biomédicos**, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. (...)Sería equivocado presentar estas técnicas como tratamientos de la esterilidad masculina o femenina. Las TRA no se pueden considerar métodos terapéuticos en el sentido habitual ya que no curan la infertilidad. (...) Debe de quedar bien claro que lo que se pretende con esta tecnología es substituir o asistir a un proceso generativo, que por diversas circunstancias patológicas no puede

completarse satisfactoriamente de modo espontáneo (Santamaría, 2000, p.37-38).

Según las dos definiciones planteadas, estas técnicas reproductivas son un conjunto de métodos biomédicos o procedimientos médicos que buscan facilitar la procreación ante una situación de infertilidad.

#### **4.2. Antecedentes históricos**

Haremos un recuento histórico de la utilización de estas técnicas, recogida del libro: “Treinta años de Técnicas de Reproducción Asistida”. En el primer capítulo “La Reproducción Asistida: Treinta años después del nacimiento de Victoria Anna”:

En la cronología de la aparición de estas técnicas quisiera destacar dos fechas: el año 1978, cuando se consiguió el primer nacimiento por FIV en seres humanos en el Reino Unido, entonces nació Louise Brown, y el 12 de julio de 1984, fecha del primer nacimiento por FIV en España, cuando nació Victoria Anna en el entonces Instituto Dexeus.

(...) entre las décadas de 1980 y 1990 se iniciaron los programas de fecundación in vitro siguiendo la estela de Robert Edwards; la técnica utilizada por aquel entonces era la clásica: poner en contacto los ovocitos y los espermatozoides en el laboratorio para conseguir embriones y transferirlos al útero. Para poder conseguir los ovocitos, en aquellos momentos se disponía de unos protocolos de estimulación ovárica limitados y comunes para todas las

pacientes. Comenzó, entonces, la congelación de embriones siguiendo la experiencia en modelos animales.

En las décadas de 1980 y 1990, los ovocitos se conseguían mediante laparoscopia, mientras que hoy día se recuperan mediante ecografía, procedimiento mucho menos traumático para las pacientes y mucho más simple y reproducible. Entre las décadas de 1990 y 2000 se optimizaron los protocolos de estimulación, y se estandarizaron y mejoraron las condiciones de cultivo en el laboratorio, así como los protocolos de congelación de embriones, ovocitos, tejido ovárico y testicular, y empezaron también los programas de donación de ovocitos y de embriones. En el año 1991 apareció la microinyección espermática (intracytoplasmic sperm injection, ICSI) que permite conseguir la fecundación mediante inyección del espermatozoide en el interior del ovocito. Para llevar a cabo la ICSI, se captura un espermatozoide en una pipeta de la medida adecuada para inyectarlo al ovocito. (...)

Esta técnica representó un antes y un después respecto a los problemas de esterilidad masculina, ya que permite tratar pacientes aprovechando sus propios espermatozoides, cuando antes tenían que recurrir al banco de semen (...).

Otra de las técnicas que se puso a punto entre las décadas de 1990 y 2000 fue la de diagnóstico genético preimplantacional (...) y conseguimos el nacimiento de las primeras niñas mediante esta técnica (...). Este procedimiento permite evitar el nacimiento de

niños o niñas con problemas genéticos y se utiliza en pacientes o parejas con un riesgo genético elevado. La biopsia embrionaria permite la aspiración de una célula (blastómero) para analizar y determinar si es genéticamente normal. (...)

Entre los años 2000 y 2010 se han perfeccionado considerablemente las técnicas de cultivo embrionario. (...) Hay que explicar que lo que se busca con la FIV es conseguir el nacimiento de un niño o niña sano, un nacimiento único por tratamiento. (...)

En estos momentos se dispone de nuevos métodos de cultivo y de evaluación de la calidad embrionaria. Se trata de incubadoras con sistemas de *time lapse* que permiten el cultivo continuado del embrión y la evaluación de su desarrollo mediante imágenes. También se dispone de nuevos métodos de análisis genético, que permiten analizar una forma completa de genoma del embrión. Se trata de chips de hibridación genómica comparada y de técnicas como la *new generation sequencing*, que proporciona toda la información genética.

Finalmente, cabe mencionar que recientemente se ha publicado el primer caso de trasplante de útero con éxito (Veiga, 2015, p.12-17).

Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos médicos que se han perfeccionado a través del tiempo, para lograr la procreación de seres humanos, como lo señala la autora citada. Sin embargo, se considera que estas técnicas reproductivas deben ser

utilizadas dentro de ciertos parámetros y límites establecidos por la ley, para que no se produzca un uso abusivo en violación de los derechos humanos de los seres que están por nacer, como lo es “el concebido” quien es sujeto de derecho, así como, los seres humanos que nacen.

Por ejemplo: en países como Alemania y Francia se ha legislado penalmente, protegiendo a los embriones de la utilización abusiva de estas técnicas reproductivas, constituyendo un delito su comercialización.

### 4.3. Clasificación

El artículo “Los acuerdos de maternidad subrogada, a propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la Corte Suprema” señala:

Siguiendo la clasificación de Olgúin Brito, las técnicas de fecundación asistida se distinguen en dos grupos: según el lugar donde ocurre la fecundación y según la procedencia de los gametos utilizados. Dentro del primer grupo las técnicas se dividen en **intracorpóreas**, cuando la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de esperma en el interior de sus órganos genitales, conocida como inseminación artificial. **Extracorpóreas**, cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer, conocida como fecundación in vitro. Según la procedencia de los gametos, las técnicas pueden ser **homólogas** cuando la fecundación se realiza con gametos femenino y masculino de quienes sean los padres; y **heterólogas**, cuando los gametos femenino y/o masculino provienen de un

tercero, una persona ajena a la pareja y por lo general anónimo (Morán y Gonzáles, 2013, p.44-45)

Las citadas autoras realizan una clasificación práctica con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, teniendo en cuenta dos parámetros a). La forma cómo se realiza la fecundación: puede ser intracorpórea o extracorpórea; y b). Con respecto al origen de los gametos que se utiliza: puede ser homóloga o heteróloga.

#### **4.4. Clases de métodos biomédicos**

Es importante indicar, desde un punto de vista médico, cuáles son las técnicas de reproducción humana asistida actualmente utilizadas.

##### **a). Inseminación Artificial (IAC) con el semen de la pareja.**

En el libro “Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida”, nos explican la forma como se desarrolla:

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. (...)

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. Después del procedimiento no es necesario mantener ninguna precaución especial. (...)

Las principales situaciones en las que la IAC resulta útil son:

- Defectos leves y moderados de la calidad espermática, por reducción no extrema de la cantidad, movilidad o calidad morfológica de los espermatozoides.
- Defectos en la calidad del moco del cérvix uterino, que en estos casos actúa como una barrera que dificulta el ascenso de los espermatozoides hacia el útero y las trompas.
- Esterilidad de causa desconocida o inaparente, que es la que afecta a los pacientes en los que las pruebas diagnósticas convencionales resultan normales.
- Otras situaciones en las que la IAC puede mejorar la probabilidad de conseguir la gestación son: endometriosis no severas, alteraciones de las trompas de Falopio que no supongan su obstrucción completa, ciertos trastornos de la ovulación. (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.34-35)

Según la clasificación planteada, se advierte que es una técnica intracorpórea, que consiste en depositar el líquido que contiene los espermatozoides seleccionados (de la muestra seminal obtenida) en el útero de una mujer, logrando la fecundación del óvulo y su embarazo. En este caso, los gametos (esperma y ovulo) utilizados en la inseminación artificial pertenecen a la pareja que serán los padres del niño que nazca, por tanto, es considerado homóloga.

**b). Inseminación Artificial (IAD) con el semen del donante.**

Esta técnica se utiliza ante la infertilidad masculina, que puede ser producida por alteraciones seminales severas que impiden la procreación, describiéndose de la siguiente manera:

La IAD se puede asociar o no a tratamiento de estimulación ovárica (...). Cuando se precisa añadir estimulación del ovario con fármacos, la paciente recibe un tratamiento similar al administrado a mujeres que se someten a inseminación artificial con semen del cónyuge. (...) 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, depositando los espermatozoides del donante en el aparato genital de la paciente. La modalidad de IAD más frecuentemente utilizada en la actualidad es la intrauterina.

El semen utilizado en esta técnica procede siempre de un Banco de Semen debidamente acreditado, está conservado mediante

congelación y reúne los requisitos establecidos por la ley (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.38-39).

Esta técnica se clasifica como intracorpórea, pero heteróloga, porque se utilizará esperma de un hombre que no es la pareja de la mujer que se someterá al procedimiento o será de un donante anónimo cuyo material genético es obtenido de un banco de semen que existe en los laboratorios.

### **c). Fecundación in vitro (FIV)**

En el libro “Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida”, se describe esta técnica así:

La FIV está compuesta por cuatro etapas bien definidas:

**Etapas 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.

**Etapa 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.

**Etapa 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.

**Etapa 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 (...). Para establecer el diagnóstico de embarazo, se realiza una determinación en suero de la hormona  $\beta$ hCG (hormona secretada por el embrión) entre 12 y 14 días después de la transferencia. Si la prueba es positiva se repite a la semana, efectuándose un control ecográfico entre las semanas 5 y 6 (...) (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p.31-32).

Como se describe en la cita, es una técnica extracorpórea, porque se realiza la fecundación fuera del cuerpo de la mujer, poniendo en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y femeninos (ovocitos); precisando, que los gametos pueden ser de la pareja que desea tener un hijo o de un donante anónimo, pudiéndose clasificar como homóloga o heteróloga. Este tratamiento se aplica para los trastornos de fertilidad que se citan:

- Lesión severa o ausencia de las trompas de Falopio
- Afectación severa de la calidad seminal, por reducción del número o movilidad de los espermatozoides, o incremento anormal de sus anomalías morfológicas.
- Endometriosis moderada o severa, que consiste en la existencia de focos importantes de endometrio fuera de la cavidad uterina.
- Alteraciones de la ovulación no resueltas por otros tratamientos.
- Alteraciones inmunológicas con trascendencia reproductiva.
- Fallos previos de fecundación en procedimientos previos.
- Causa desconocida de infertilidad o esterilidad.
- Necesidad de diagnóstico genético preimplantacional.
- Otras situaciones (Sociedad Española Fertilidad 2011 p.43).

Teniendo en cuenta los trastornos de fertilidad citados, esta técnica reproductiva debería utilizarse sólo en los casos de infertilidad comprobada mediante un diagnóstico médico, como se legisla en otros países como Francia. Además, se debería determinar el porcentaje de éxito o fracaso que se logra con la Fecundación in vitro, precisando cuántas mujeres logran quedar embarazadas a través de esta técnica.

**c.1). La Transferencia de blastocistos.** Se describe a continuación:

Hasta hace poco, un embrión podía crecer en el laboratorio durante un periodo aproximado de tres días, momento en el cual contenía de cinco a diez células. Las nuevas tecnologías posibilitan incubar un embrión en el laboratorio durante cinco a seis días, cuando contiene alrededor de 100 células y ya se encuentra en la etapa de blastocisto. Sólo del 30% al 40% de los embriones sobreviven para llegar a esta etapa. Esta técnica tiene la ventaja de que los embriones son más fuertes en el momento de la transferencia y es más probable que den lugar a un embarazo. Su desventaja es que existe el riesgo de que pocos o ningún embrión sobreviva al estado de blastocisto y se tendrá que cancelar la transferencia embrionaria. Los embriones que no han logrado sobrevivir en el laboratorio podrían haber sobrevivido si se los hubiera transferido antes al útero (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p.33).

Como se menciona en la cita, el blastocisto es un embrión que se encuentra en desarrollo, con esta técnica se permite incubarlo en el laboratorio hasta el quinto o sexto día después de la fecundación del óvulo; luego, el embrión es transferido al útero de una mujer, lo que permitirá obtener una mayor probabilidad en el logro del embarazo, pero también existe la posibilidad que los embriones no sobrevivan durante este período.

#### **d). La Microinyección Espermática (ICSI).**

Esta técnica es utilizada ante la infertilidad masculina y se describe médicamente a continuación:

La inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) es una técnica de micromanipulación muy reciente mediante la cual un solo espermatozoide se introduce en el citoplasma de cada óvulo, para lo que se atraviesa la membrana del óvulo con una micropipeta.

Puede inyectarse cualquier espermatozoide, independientemente de su procedencia (testículo, epidídimo, eyaculado) e inclusive un espermatozoide sin movilidad.

La ICSI se realiza con los óvulos obtenidos después de la estimulación de la ovulación, al igual que en la FIV. (...)

Al precisar sólo un espermatozoide para cada óvulo, esta técnica incluye a casi todos los hombres con infertilidad grave, incluyendo a muchos que en el pasado hubieran sido considerados sin ninguna alternativa (...).

La ICSI, combinada con la FIV, es el tratamiento más efectivo para la infertilidad masculina, con una tasa de éxito del 20% al 25% de tratamientos que tienen como resultado un nacido vivo (Sociedad Española de Fertilidad e Imago Concept & Image Development, 2008, p.32).

Como se describe, esta es una técnica cuyo procedimiento es parecido a la Fecundación in vitro, realizando la fecundación del óvulo de manera extra-corporalmente; se selecciona un solo espermatozoide por

óvulo, se introduce una aguja especial y se inyecta dentro del óvulo mediante micromanipuladores. Luego se trasfiere el embrión al útero de manera similar que en la Fecundación in vitro, pudiendo lograrse el embarazo. Con respecto a la utilización de la Fecundación in vitro convencional o la Microinyección Espermática (ICSI) se señala:

La elección de la modalidad concreta de fecundación in vitro (FIV convencional o ICSI) que será preferible aplicar a cada caso se realiza considerando tanto las circunstancias previas a la aplicación del tratamiento como las características de los gametos una vez obtenidos y evaluados en el laboratorio, por lo que la decisión final se adopta inmediatamente antes de la realización de la técnica (Sociedad Española Fertilidad, 201, p.42-44).

Estas técnicas reproductivas tienen un porcentaje de éxito como de fracaso para lograr un embarazo, razón por la cual, los diagnósticos y las decisiones que tomen los médicos deben ser acertadas, porque ante un error se puede destruir la posibilidad de un embarazo.

#### **e). La Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT).**

Se describe médicamente en la siguiente cita:

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).

Como se describe en la cita, es una técnica de reproducción intracorpórea, puesto que, la fecundación se produce en el interior del cuerpo de la mujer, colocándole el material genético en la Trompa de Falopio, lo cual se realiza utilizando anestesia general.

#### **f). Diagnóstico genético preimplantacional (DGP).**

Es un procedimiento para conocer las características genéticas de los embriones, definiéndose de la siguiente manera:

Es un conjunto de procedimientos destinado a conocer características genéticas de los embriones obtenidos mediante fecundación in vitro, con el fin de seleccionar los que resultan idóneos para su transferencia al útero. (...)

El proceso del diagnóstico genético preimplantacional comienza con la aplicación de un ciclo de microinyección espermática, que debe proporcionar un número adecuado de embriones con calidad suficiente para permitir su análisis genético. En su tercer día de

desarrollo, estos embriones son sometidos a un procedimiento destinado a extraer una o dos células de cada uno de ellos.

El tipo de trastorno genético transmisible que se pretenda evitar determinará la técnica de diagnóstico genético que deba ser aplicada. Existen básicamente dos:

- **Hibridación in situ fluorescente (FISH):** Es una técnica rápida útil para estudiar el número y la estructura general de los cromosomas. (...)

Las técnicas de FISH también se emplean cuando se trata de prevenir la transmisión de enfermedades ligadas al sexo que no son directamente identificables en el embrión por no existir procedimientos eficaces y seguros para ello. El ejemplo más clásico es la hemofilia, enfermedad debida a la alteración de un gen que las mujeres pueden transmitir, pero no padecer, y cuya prevención se ha venido realizando mediante selección de sexo por técnicas de diagnóstico genético preimplantacional.

- **Reacción en cadena de la polimerasa (PCR):** Es un procedimiento de diagnóstico que pretende identificar concretamente la alteración presente en el ADN de las células embrionarias que determina la aparición de la enfermedad. Como es lógico, existe un procedimiento específico para el diagnóstico directo o indirecto de cada una de las alteraciones detectables. Las especiales condiciones que caracterizan al diagnóstico genético preimplantacional hacen que no todos los trastornos genéticos que son diagnosticables en condiciones normales sean susceptibles de

diagnóstico genético preimplantacional (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.48-50).

Este diagnóstico se utiliza para determinar algún trastorno genético o prevenir la transmisión de enfermedades, pero también puede tener un porcentaje de error. Sin embargo, en el supuesto que se detecte algún tipo de enfermedad, este embrión no podrá implantarse en el útero de la mujer que se somete a alguna de las técnicas reproductivas, siendo cuestionable o discutible si se destruye o no.

**g). Extracción Espermática.** Es una técnica médica que se describe así:

Es un procedimiento destinado para obtener espermatozoides a partir del tejido testicular, del epidídimo o de otro segmento de la vía seminal (conjunto de conductos que comunican el testículo con el exterior del organismo), con el fin de utilizarlos para la realización de técnicas de reproducción asistida. (...)

Los espermatozoides obtenidos mediante estos procedimientos pueden ser empleados con fines reproductivos de forma inmediata, o congelados para su utilización posterior.

La alteración severa de la producción de espermatozoides en el testículo puede no ser completa. Ello permite que en algunos varones se conserven pequeños focos testiculares de producción espermática eficaz. En ciertos casos, realizando una biopsia de testículo es posible aislar espermatozoides con los que puede intentarse posteriormente la fecundación de ovocitos mediante

técnicas de reproducción asistida. Cuando el problema reside en la obstrucción de los conductos que conducen los espermatozoides hasta el eyaculado, el testículo suele producir espermatozoides que pueden ser extraídos más fácilmente. La situación más frecuente de este grupo es la obstrucción voluntaria producida por la vasectomía. La extracción espermática se suele realizar con éxito por medio de biopsia o de una simple aspiración del testículo o del epidídimo.

¿Cuál es el procedimiento general de la extracción y de la aspiración espermática?

La biopsia testicular es una intervención que generalmente no requiere ingreso, ya que se suele realizar con anestesia local. Consiste en practicar una incisión en las capas de tejido que envuelven el testículo y extraer un pequeño fragmento de testículo. Este tejido ha de ser enviado inmediatamente al laboratorio de reproducción, donde se determinará si existen espermatozoides útiles. Si no se localizan, se suelen realizar más biopsias del mismo o de ambos testículos, hasta que se encuentran espermatozoides.  
(...)

La aspiración espermática y epididimaria se realiza introduciendo una aguja algo más gruesa que la usada para las inyecciones intramusculares, previa aplicación de anestesia local en la piel del escroto. Mediante aspiración con una jeringa se puede obtener una pequeña cantidad de espermatozoides, que en ocasiones son

suficientes para realizar técnicas de microinyección espermática (Sociedad Española de Fertilidad, 2011, p.52-53).

Es evidente que este procedimiento puede ser incómodo para muchos caballeros, ya que se utiliza anestesia local para extraer los gametos masculinos o espermatozoides, que serán utilizados en alguna de las técnicas de reproducción asistida, que puede ser intracorpórea como la Inseminación artificial o extracorpórea como la Fecundación in vitro.

#### **4.5. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú**

En el Perú no existe una legislación detallada con respecto a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, en donde se señale de manera concreta las limitaciones a las prácticas médicas en esta materia, teniendo en cuenta, que lo más importante son los derechos fundamentales de los seres humanos que nacen a través de ellas y que deben ser respetados por encima del deseo de un hombre o una mujer a ser padres. Se considera, que es una obligación del Estado criminalizar las conductas que constituyan una utilización abusiva de estas técnicas reproductivas, como se ha tipificado por ejemplo en Francia y Alemania. En el Perú la Ley General de Salud 26842 del 15 de julio de 1997 establece:

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.

Si hacemos una interpretación literal de la norma, se entiende que se puede llevar a cabo la procreación de un ser humano mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre una misma persona; precisando, que la madre genética es la mujer que proporciona el material genético (óvulo) y tiene que ser la misma que desarrolla la etapa de gestación hasta el nacimiento del niño, quien definitivamente será su hijo, debiendo tener la voluntad de ser madre del ser humano que nace de su vientre.

El Código Civil peruano recoge el “Principio mater semper certa est” (madre es la mujer que ha dado a luz), en el artículo 409°, acreditándose la maternidad con el hecho del parto, lo que se registra en un documento denominado “certificado de nacido vivo” que lo suscribe el médico que atendió el parto o el médico responsable del centro de salud

donde se produjo el nacimiento del niño. En el supuesto que el médico altere la verdad, insertando hechos falsos en el mencionado documento o en el registro del recién nacido, comete el delito Contra la Fe Pública, previsto en el Título IX del Código Penal, debiendo analizarse cada caso concreto.

En el libro “Las Técnicas de Fecundación Artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana”, el autor Lalupú (2013) señala que la Ley de Salud N°26842 excluye la fecundación heteróloga con óvulos donados y con ello no se permite la maternidad subrogada, haciendo una descripción de la legislación comparada con respecto a este tema específico.

Coincidiendo con el autor en que la **gestación por sustitución o maternidad subrogada no es una técnica de reproducción humana asistida**; se precisa, que al pactarse con carácter comercial u oneroso puede constituir una compra y venta de niños, tipificada como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, que es lo que se analizará en la presente investigación jurídica.

#### **4.6. Legislación comparada**

Existe legislación extranjera que prohíbe expresamente la gestación por sustitución o maternidad subrogada y su ejecución a través de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo considerado desde un punto de vista del Derecho Civil como un acto nulo y desde el punto de vista del Derecho Penal como un delito, variando la tipificación de un país a otro según su legislación interna.

**En el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60**, en el fundamento 41, se señala textualmente que: “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, p.13).

El citado informe contiene un estudio sobre “la gestación por sustitución y la venta de niños” en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, precisando que la gestación por sustitución comercial es actualmente una compra y venta de niños, definiéndolo como un acto o transacción comercial a través del cual se entrega un niño a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero o algún otro beneficio.

**En España** se emitió la ley 14/2006 del 26 de mayo de 2006, que prohíbe la maternidad subrogada declarando la nulidad:

En España, el contrato de alquiler de vientre no es posible porque la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (así como su predecesora, la Ley 35/1988), ha mantenido a toda costa la determinación de la maternidad por el hecho del parto en las técnicas de reproducción asistida, debido a la estrecha relación psicofísica de la gestante con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Por ello la Ley es tajante al prohibir la técnica de maternidad por subrogación, a título gratuito o a cambio de una prestación, calificando de nulo el contrato por la que se lleve a cabo (cónfer artículo 10 incisos 1 y 2), disponiendo que la filiación que se origine

de ellos se determinará por el hecho del parto. Es decir, a favor de la madre que alquiló su vientre (Morán y Gonzáles, 2013, p. 50).

El acuerdo de “maternidad subrogada”, “vientre de alquiler” o “gestación por sustitución”, no es una técnica de reproducción humana asistida, sino un acto o transacción, que desde el punto de vista del Derecho Civil Español es nulo, precisando, que los aspirantes a progenitor no pueden exigir la entrega del niño a la mujer que desarrolló la gestación. Esta interpretación coincide con lo señalado en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, agregando además, que la transacción comercial de gestación por sustitución constituye una compra y venta del niño.

**En Alemania** la gestación por sustitución se tipifica como delito en la Ley de Protección del Embrión del 13 de diciembre de 1990, en el Artículo 1º, inciso 7º, (Embryonenschutzgesetz), que señala:

**Artículo 1. Utilización abusiva de las técnicas de procreación.**

Será sancionado con pena privativa de la libertad de tres años o multa quien:

6. Extirpe un embrión de una mujer antes de que se complete su proceso de anidación en el útero, con la finalidad de implantarlo a otra mujer, o para utilizarlo con un propósito distinto de su conservación; o
7. Fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

Es acertado, que en la legislación penal alemana se sancione a los médicos o personal de salud que “Fecunda artificialmente o transfiere un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”, porque se entiende como la utilización abusiva de estas técnicas reproductivas en la transacción de gestación por sustitución o maternidad subrogada.

**En la legislación italiana**, en materia Civil, se considera nulo de pleno derecho el acuerdo de gestación por sustitución; siendo tipificado como delito a través de la Ley 40 del 19 de febrero del 2004, “Normas en materia de procreación médicamente asistida”:

En el derecho italiano, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre. Asimismo, se entiende que ha incurrido en un delito, con pena de reclusión de tres meses a dos años y con una multa de 600 000 a un millón de euros, quien de cualquier modo realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad (...) (Morán y Gonzáles, 2013, p. 50).

Cabe mencionar, que el Tribunal Constitucional italiano emitió la Sentencia 151-2009 que declara la ilegitimidad de una parte de la ley 40 del 19/2/2004, referida a la crioconservación de embriones, manteniéndose el resto de la norma que declara la nulidad de la gestación por sustitución, como lo señalan las autoras. En el artículo “La frágil rigidez

de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: Contenido vs. Procedimiento”, el autor quien es Doctor de la Universidad de Trento en Italia dice:

El precepto más relevante respecto a la utilización de embriones sobrantes crioconservados es el art. 14, norma que ha sufrido una reciente reforma por parte del Tribunal Constitucional Italiano (sentencia 151 de 2009) que, ha declarado la ilegitimidad constitucional de una parte del mismo. En su versión originaria, el segundo apartado prescribía que las técnicas de producción de embriones, teniendo en cuenta la evolución técnico-científica (...) no debían crear un número superior a lo estrictamente necesario para una contemporánea transferencia, y en cualquier caso no mayor de tres. (...) Los embriones, en cualquier caso, no podían ser conservados de ninguna manera, al concurrir la prohibición de crioconservación de los mismos en el art. 14 (Penasa, 2010, p. 22).

Es importante resaltar lo que señala el autor, con respecto a que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional la legislación italiana que declara nulo el acuerdo de gestación por cuenta de otro o gestación por sustitución, considerándose un delito; siendo sancionando penalmente también, quien lo promueva a través de la publicidad, utilizando medios de comunicación, redes sociales, libros, entre otros. Asimismo, sólo se modificó la norma al establecer la prohibición de la crioconservación de embriones.

**En la legislación francesa**, Ley 94-653 del 29 de julio de 1994, que modifica el **Código Civil francés**, declara nulo todo acto de gestación realizada en nombre de otra persona, señalando:

**Art. 16.-** La ley asegura la superioridad de la persona, prohíbe todo atentado contra su integridad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida. **Art. 16.5.-** las convenciones que tengan por efecto el de conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o a sus productos son nulas. (...) **Art. 16.7.- Toda convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es nula.** (...) **Art. 16.9.-** Las disposiciones del presente capítulo son de orden público (Código Civil francés traducido al español, 2004, p. 3).

Con respecto al **Código Penal francés**, en el Libro V: De los demás crímenes y delitos, Título 1: De las infracciones en materia de salud pública, **Capítulo 1: De las infracciones en materia de ética biomédica**, Sección 3 “De la protección del embrión humano”, (Ley 94-653 de 29/07/1994, artículo 9, Diario Oficial de 30 de julio de 1994) señala:

**Artículo 511-4:** El hecho de obtener de una persona la extracción de tejidos, de células o de productos de su cuerpo previo pago, en la forma que fuere, será castigado con cinco años de prisión y multa de 500.000 francos. Será castigado con las mismas penas el hecho de aportar una mediación para favorecer la obtención de tejidos, de células o de productos humanos previo pago, en la forma que fuere,

o de ceder a título oneroso los tejidos, células o productos del cuerpo de otro.

**Artículo 511-15:** El hecho de obtener embriones humanos previo pago, en la forma que fuere, será castigado con siete años de prisión y multa de 700.000 francos. Será castigado con las mismas penas el hecho de aportar mediación para favorecer la obtención de embriones humanos previo pago, en la forma que fuere, o de entregar a terceros, a título oneroso, embriones humanos.

**Artículo 511-17:** El hecho de proceder a la fecundación in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales será castigado con siete años de prisión y multa de 700.000 francos.

Será castigado con las mismas penas el hecho de utilizar embriones humanos con fines industriales o comerciales.

**Artículo 511-22** El hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida sin haber recibido la autorización prevista en el artículo L. 184-1 del código de la salud pública, será castigado con dos años de prisión y multa de 200.000 francos.

**Artículo 511-24:** El hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines que no sean los definidos en el artículo L. 152-2 del código de la salud pública (\*) será castigado con cinco años de prisión y multa de 500.000 francos.

(\*) **Art. L.152.2 del Código de Salud Pública:** La asistencia médica para la procreación está destinada al pedido de una pareja.

“Tiene por objeto remediar la infertilidad de carácter patológico medicamente diagnosticada. También puede tener por objeto evitar la trasmisión del feto de una enfermedad particularmente grave. El hombre y la mujer que forman la pareja deben estar con vida, en edad de procrear, casados o que demuestren fehacientemente que tienen dos años de convivencia como mínimo, deben consentir previamente la transferencia de embriones o a la inseminación”.

**Artículo 511-25** El hecho de proceder al trasplante de un embrión en las condiciones establecidas en el artículo L. 152-5 del código de la salud pública sin tener conocimiento de los resultados de las pruebas de detección de enfermedades infecciosas exigidas en aplicación del artículo antes citado será castigado con dos años de prisión y multa de 200.000 francos (Código Penal francés traducido al español 2003, p.224-225).

Es acertado que el Código Penal francés tipifique como delito la gestación por sustitución o maternidad subrogada en el artículo 511-24, señalando: “proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines que no sean los definidos en el artículo L. 152-2 del Código de la Salud Pública” (tipicidad objetiva); precisando, que en la norma de salud pública se establece que sólo se puede realizar la transferencia de un embrión o una inseminación artificial a una mujer casada o conviviente y es ella quien deberá desarrollar la gestación hasta el nacimiento de su hijo. El art. L153-3 del Código de Salud Pública establece: “Un embrión no puede ser concebido in vitro más que en caso, y dentro de las finalidades

de una asistencia médica, para la procreación tal como está definido en el artículo L. 152-2 (...)."

Es necesario que se criminalice las prácticas abusivas de las técnicas de reproducción humana asistida, como lo hace Francia, tipificando como delito, por ejemplo: la comercialización de embriones, el realizar actividades de reproducción médicamente asistida sin autorización de las autoridades competentes o realizar Fecundaciones in vitro con fines comerciales o industriales.

**Artículo 227-12.** El hecho de provocar, bien con fines lucrativos, o mediante dádiva, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 50.000 francos.

El hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 50.000 francos.

Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de **intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo.** Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo (Código Penal francés traducido al español, 2003, p.135).

Es importante resaltar, que en la legislación penal francesa también se tipifica como delito la adopción ilegal de niños con fines lucrativos, así como, la actividad de intermediación. Asimismo, se sanciona la intermediación con respecto a la gestación por sustitución, siendo una circunstancia agravante cuando se desarrolla de forma habitual o lucrativa.

En **América Latina** sólo en México, específicamente en los Estados de Tabasco y Sinaloa, se permite la gestación por sustitución o maternidad subrogada, siendo prohibidos en el resto del país. El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, señala:

(...) 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 abusivas (ONU, 2018, p. 6).

Es evidente que ante las prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial tienen que prohibirlas, para que no se vulneren los derechos fundamentales de los seres humanos.

## **CAPÍTULO V. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMPRENDE LA COMPRA Y VENTA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO UNA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN**

### **5.1 Estructura del delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de niños, niñas y adolescentes**

En el capítulo precedente se desarrolló la estructura del delito de Trata de Personas con respecto al tipo penal básico, previsto en el artículo 153 del Código Penal. Como se advierte, el delito de Trata de Personas describe una variedad de conductas ilícitas que constituyen los elementos objetivos del tipo y que de manera alternativa ejecuta el sujeto activo, quien utilizando determinados medios logra ejercer el control sobre la víctima con fines de explotación, que puede ser explotación laboral, sexual, compra y venta de seres humanos, entre otros; precisando, que este último elemento constituye la tipicidad subjetiva del tipo penal.

Dentro de esta compleja estructura del delito de Trata de Personas se desarrollará, específicamente, lo que corresponde a su ejecución cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños.

El inciso 2 del artículo 153 del Código Penal señala que uno de los fines de explotación en el delito de Trata de Personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes; asimismo, en el inciso 3 del mismo artículo se describe los elementos del tipo penal antes

mencionado, cuando el sujeto pasivo o víctima es exclusivamente un niño, una niña o un adolescente, como se cita a continuación:

Art.153° Trata de Personas:

(...) 2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la Trata de Personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas y adolescentes 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.

En este contexto, la estructura del delito de Trata de Personas cambia cuando el sujeto pasivo o víctima es un niño, una niña o un adolescente, puesto que, se considera consumado el delito cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones descritas en la norma penal con fines de explotación, aunque no recurra a la utilización de alguno de los medios para ejercer el control sobre la víctima, como: “la 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”.

## **5.2. El bien jurídico del delito de Trata de Personas**

En el delito de Trata de Personas el bien jurídico protegido es “la dignidad”, teniendo en cuenta que el sujeto activo desarrolla la conducta típica dirigida a ejercer el control sobre el sujeto pasivo,

anulando su voluntad con la finalidad de explotarlo laboralmente, sexualmente, convertirlo en un esclavo o ser objeto de una transacción comercial a través de una compra y venta, entre otras formas, desconociendo su condición de ser humano y “sujeto de derecho”.

El artículo 1 de la Constitución Política de 1993, en el Título I “De la Persona y de la Sociedad”, Capítulo 1 “Derechos Fundamentales de la Persona”, señala lo siguiente: “**Artículo 1** Persona Humana: La defensa de la persona humana y **el respeto de su dignidad** son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Nuestra Constitución Política defiende a la persona humana y el respeto a su dignidad como parte de su propia esencia, considerándolo el fin supremo de la sociedad y del Estado; es por esta razón, que debe protegerse este derecho fundamental y sancionarse penalmente a la persona o grupo de personas que atenten contra él.

Cuando la finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas es la compra y venta de un niño, el vendedor (que puede ser cualquier persona o algún miembro de su familia) trata al menor como si fuera un objeto de su propiedad, con los mismos atributos que el “derecho de propiedad” le otorga sobre una cosa; sin reconocerle ningún derecho constitucional en su condición de ser humano.

El Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el año 2019, precisa en el fundamento 19, que se reconoce como bien jurídico del delito de Trata de Personas a la “dignidad del ser humano”; señalando textualmente 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. (...) 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 (...).

Se comparte la posición expresada por los magistrados de la Corte Suprema, quienes sostienen que la comisión del delito de Trata de Personas vulnera la dignidad del ser humano colocándolo en una situación de degradación permanente, considerándolo como un objeto sobre el cual se puede obtener un beneficio económico, sin respetar su condición de persona. En tal sentido, es necesario que se modifique el Código Penal para excluir el delito de Trata de Personas del Título IV “Delitos Contra la Libertad” y crear un nuevo Título que podría denominarse “Delitos contra la dignidad del ser humano”.

Al respecto cabe resaltar, que cuando se ejecuta alguna de las acciones descritas en el tipo penal de Trata de Personas, con la finalidad de realizar la compra y venta de un niño; y finalmente, el vendedor entrega o traslada el control físico y/o jurídico que ejerce sobre un niño al comprador y este lo recibe a cambio de la concesión de dinero o algún otro beneficio o la promesa que esto suceda, se evidencia claramente que el bien jurídico vulnerado es la dignidad del menor, en su condición de ser

humano, al ser tratado como “un objeto de comercio” o una simple cosa de propiedad de alguien.

En el libro “La Trata de Personas en el Derecho Penal. Derecho internacional, comparado y español”, se señala:

(...) Según esta tesis, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que la persona es tratada como puro objeto o cosa, en este sentido cabe destacar la postura de Villacampa Estiarte, la cual identifica la dignidad humana como objeto de tutela por constituir la base esencial para el ejercicio del resto de derechos, partiendo de la idea de que lo que pretendía impedirse en el delito, era el tratamiento de las personas como mercancías, con su consiguiente cosificación (Villacampa et al., 2004: 1517) (...) Se asocia el delito de trata a otras infracciones en las que el individuo queda reducido a la condición de objeto, pertenencia o utilidad de otro sujeto que le niega su dignidad más básica, tal y como ocurre con el delito de violencia habitual o tortura (Rodríguez, 2010: 73) (Hernández, 2014, p. 70 y 72).

En la cita se hace un recuento histórico de la legislación española con respecto al delito de Trata de Personas; donde se quiere resaltar el “concepto de dignidad humana”, que es una cualidad inherente al ser humano y constituye un derecho fundamental como base esencial para el ejercicio de los demás derechos, siendo evidente, que no puede afectarse esta condición de ser humano tratándolo como un objeto o una mercancía.

La Convención sobre los Derechos del Niño dice en su preámbulo: “Teniendo presente que, 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**] (...)”

Se coincide con la afirmación, que una de las características principales en los niños es la falta de madurez física y mental, propias en esta etapa de la vida de un ser humano, lo que los hace vulnerables porque no pueden valerse por sí mismos, sobre todo cuando se trata de niños recién nacidos o de muy corta edad, que necesitan protección y cuidados especiales, no sólo con respecto a la satisfacción de sus necesidades básicas, como alimento, abrigo, educación, entre otros; sino también, necesitan de protección legal por parte del Estado, incluso antes y después de su nacimiento.

Es importante señalar que en el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, lo que se presenta generalmente es el abuso de una situación de poder por parte del sujeto activo, quien se encuentra en una condición de superioridad con respecto al niño y existe una relación de total asimetría, que le permite violentar fácilmente su dignidad de ser humano, convirtiéndolo en un objeto de comercio. Esta condición de superioridad del sujeto activo frente a un niño también le permite abusar de su vulnerabilidad, porque no puede valerse por sí mismo o defenderse al encontrarse en una etapa de desarrollo físico y mental en los primeros años de su vida, violándose su dignidad de ser humano.

El Estado tiene la obligación de proteger a los niños para que no sean víctimas de los tratantes (puede ser cualquier persona o sus propios familiares), quienes se aprovechan de su fragilidad y vulnerabilidad para convertirlos en objetos de comercio a través de un acto de compra y venta, entregándolos a otras personas a cambio de dinero, algún otro beneficio o la promesa de ello. También es frecuente que los niños sean explotados, por ejemplo, en la mendicidad, trabajos forzados en la minería ilegal, entre otras formas; siendo considerados como esclavos, sin reconocer que desde que son concebidos son “sujeto de derecho” a quienes se les tiene que respetar su dignidad y sus derechos constitucionales.

### **5.2.1 Derechos fundamentales que se vulneran cuando un niño o niña es objeto de una compra y venta**

En el delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de un niño o una niña, nos queda claro que el bien jurídico protegido es la dignidad del ser humano.

En el inciso 3 del artículo 153 del Código Penal se señala que para la consumación del delito de Trata de Personas no es necesario que el sujeto activo recurra a la utilización de los medios descritos en la norma penal para someter al niño a su voluntad a través de “la 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”; pero eventualmente,

podría utilizarlos vulnerando su dignidad y otros derechos constitucionales.

En el delito de Trata de Personas los fines de explotación forman parte de la tipicidad subjetiva, no siendo necesario que se concreten realmente para que se consume el delito. Sin embargo, en el caso de materializarse la finalidad de explotación a través de la compra y venta de un niño, se estaría vulnerando el bien jurídico protegido, como es la dignidad del ser humano, así como, otros de sus derechos constitucionales, como el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a la libertad, el derecho a la nacionalidad, el derecho a desarrollarse dentro de su entorno familiar y en su lugar de origen, como se analiza a continuación.

- **El derecho a la vida y a la salud**

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 6.1 y 6.2 establece la obligación de los Estados miembros de reconocer que todo niño tiene derecho a la vida, señalando lo siguiente: “**Artículo 6: 1.** Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. **2.** Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú señala: “**Artículo 2 Derechos de la Persona:** Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

La Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad moral, física y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar; interpretándose que el término “persona” incluye también a los niños, que según lo precisa el Código de los Niños y Adolescentes, esta etapa comienza desde la concepción hasta cumplir los doce años de edad. Cabe subrayar además, que la vida es un derecho constitucional inherente al ser humano desde que es concebido, conforme lo señala el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

En el delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, se advierte que el sujeto activo al desarrollar las acciones de “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a un niño” dentro del territorio de la república o para su salida o entrada del país, no toma en cuenta las condiciones de higiene, alimentación adecuada o exposición al peligro del menor, atentando contra su vida o su salud física y psicológica.

En tal sentido debe tenerse en cuenta, que el sujeto pasivo puede ser desde un niño recién nacido hasta uno menor de catorce años de edad, quienes necesitan de una protección y cuidados especiales; más aún, cuando generalmente son desarraigados de su lugar de origen y trasladados a otro lugar donde serán recibidos por el comprador, quien a cambio pagará el precio de venta a favor del vendedor.

El sujeto activo al desarrollar la conducta típica del delito analizado podría eventualmente utilizar también la violencia, la amenaza u otras formas de coacción en contra del niño, hasta provocarle la muerte

o lesiones graves físicas o psicológicas, vulnerando de esta manera su derecho a la vida, su integridad física o psicológica. Cuando el sujeto activo le causa la muerte o lesiones graves a la víctima, constituye una circunstancia agravante del delito de Trata de Personas, previsto en el inc. 1, segundo párrafo del artículo 153-A del Código Penal.

- **El derecho a la libertad.**

El derecho a la libertad se refiere principalmente al libre tránsito de las personas, pero cuando se trata de un niño, la garantía de este derecho constitucional se torna más amplio, puesto que, el niño al no poder valerse por sí mismo para satisfacer sus necesidades básicas o movilizarse de un lugar a otro (recién nacidos o de muy corta edad), es vulnerable.

En este contexto, se entiende que se transgrede el derecho a la libertad de un niño, no sólo cuando se le priva de la libertad de tránsito, sino también, cuando el sujeto activo del delito de Trata de Personas lo separa del ámbito de protección y control de sus padres o tutores (cuando son recién nacidos o de muy corta edad) generalmente desarraigándolo de su lugar de origen; por ejemplo: reteniendo a un niño después de haberlo “captado” o “recibido” con la finalidad de venderlo, rehusándose a entregarlo y vulnerando no sólo el bien jurídico “dignidad”, sino también su derecho a la libertad.

Sin embargo, existen casos de compra y venta de un niño en la que sólo se vulnera su dignidad de ser humano y no su derecho a la

libertad, como por ejemplo cuando los vendedores son sus propios padres.

El sujeto activo del delito también podría eventualmente utilizar los medios que señala la norma penal, como la amenaza u otras formas de coacción en contra del niño, vulnerando así su dignidad en su condición de ser humano y su derecho a la libertad.

- **El derecho a la identidad y nacionalidad**

Los artículos 7.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establecen la obligación de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad y sus relaciones familiares con sus padres biológicos, como se señala a continuación:

Artículo 7.1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...).

Artículo 8.1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Todo niño tiene derecho a ser inscrito en el registro civil inmediatamente después de su nacimiento, con un nombre y los apellidos de la madre y el padre biológicos. Por esta razón, en todos los centros médicos o de salud, cuando nace un niño se emite el “certificado de nacido

vivo del menor” que lo suscribe un médico, en el cual se registra, el nombre de la mujer que desarrollo la gestación hasta el nacimiento del bebé, quien es legalmente su madre, así como, el nombre y apellidos de este último (el Código Civil peruano recoge el “Principio mater semper certa est” - madre es la mujer que ha dado a luz - artículo 409°CC); procediendo finalmente a registrar sus huellas pelmatoscópicas para su completa identificación y posterior inscripción en el RENIEC.

Esta completa identificación de un niño al nacer, es un derecho que no sólo le reconoce un nombre y apellidos, sino que con ello se reconoce su derecho a la identidad, su derecho a la filiación con su familia biológica y su derecho a la nacionalidad.

En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño y se concreta esta transacción comercial, generalmente se le cambia la identidad, registrándolo con otro nombre; para cuyo efecto, utilizan documentación falsa ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), vulnerándose su derecho a la identidad y su derecho a la filiación con sus padres biológicos.

Por ejemplo, cuando a través de la comisión del delito de Trata de Personas se realiza la compra y venta de un niño por una pareja que desea tener un hijo y lo adquieren de esta manera (la pareja recibe al niño a cambio de la concesión de dinero a favor del vendedor); generalmente, realizan un Proceso de Adopción ilegal, lo que vulnera los derechos constitucionales del menor.

En muchos casos, los tratantes trasladan el niño que es materia de venta a un lugar distinto al de su origen, en el territorio nacional o hacia

el extranjero, desarraigándolo de sus costumbres, privándolo de poder desarrollarse junto con su familia biológica, vulnerando así, su derecho a la identidad, su derecho a la filiación e incluso su derecho a la nacionalidad.

### 5.3 El objeto material del delito

En el libro “Derecho Penal. Parte General” el autor señala:

El **objeto de la acción** es el elemento perteneciente al mundo exterior, sobre el que recae materialmente la acción típica. En él se van a concretar la vulneración de los intereses jurídicos que pretende tutelar el legislador en cada tipo penal. En ciertos casos, el tipo describe el objeto de la acción. Ejemplo: “bien” (daños artículo 205, Código Penal), “bien mueble” (hurto, artículo 185, Código penal). En otros casos, el tipo detalla las cualidades o circunstancias que debe reunir el objeto de la acción por medio de adjetivos calificativos. Ejemplo: “yacimientos arqueológicos prehispanicos” (artículo 226, Código penal), “billetes o monedas que se hallan fuera de circulación o corresponden a otros países” (artículo 253, Código penal) (Villavicencio, 2006, p. 315-316).

Como menciona el citado autor, el objeto de la acción es la persona o bien sobre el que recae la acción típica que desarrolla el sujeto activo; precisando, que en el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, una niña o un adolescente, es evidente que el objeto material del delito es el menor de

edad; puesto que, es tratado como una mercancía, sin respetarse su condición de sujeto de derecho.

En tal sentido, el niño u objeto del delito es ofertado por el vendedor y aceptado por el comprador luego de una previa negociación, concretando la transacción de compra y venta al ser entregado por el vendedor y recibido por el comprador (tipicidad objetiva) a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero o algún otro beneficio (tipicidad subjetiva). Con respecto a las clases de objeto se señala:

Se distinguen tres clases de objeto de la acción: personal, real y fenomenológico. **Objeto personal** se refiere a la persona como objeto sobre la que va a recaer la acción típica. Muchas veces coincide con el sujeto pasivo. Por ejemplo, en los casos de homicidio, el sujeto pasivo viene a ser la víctima, pero a la vez es la persona sobre la que recae la acción de matar (...) (Villavicencio, 2006, p. 316).

En la Trata de Personas, cuando el sujeto pasivo es un niño, una niña o un adolescente, coincide en que también es el objeto material del delito, vulnerándose su “dignidad de ser humano”; siendo un objeto de carácter personal, según la clasificación que realiza el mencionado autor.

### **¿Cuándo un ser humano tiene la condición de niño?**

El Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

señala lo siguiente: “**Artículo 3:** para los fines del presente Protocolo: **d)** Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años”.

En el artículo I y II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se establece el rango de edad dentro del cual un ser humano es considerado un niño o un adolescente, como se cita:

**Artículo I** Definición. Se considera niño a todo ser humano **desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad** y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

**Artículo II Sujeto de derechos.** El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

Haciendo una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, tendría que aplicarse la citada norma de manera supletoria al artículo 153 del Código Penal, para precisar desde cuándo un ser humano tiene la condición de “niño” o “adolescente”, puesto que, no se señala de manera textual.

Sin embargo, cuando se analiza los elementos objetivos del tipo descritos en el artículo 153 del Código Penal, las acciones que deberá desarrollar el sujeto activo son: “el captar, el transportar, el trasladar, el acoger, recibir o retener a un niño, en el territorio de la República o para su salida o entrada al país”; advirtiéndose, que sólo se podrían realizar

con respecto a un niño ya nacido, pero no con respecto a un ser que ha sido “concebido” y que todavía se encuentra dentro del vientre de su madre, quien desarrolla la etapa de gestación.

En tal sentido, cuando la finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas es la compra y venta de un niño, se considera, que el vendedor (que pueden ser los propios padres o alguna persona que no tiene un vínculo de parentesco con el menor) podría ofertarlo u ofrecerlo en venta desde que es “concebido” y se encuentra en el vientre de su madre, así como, realizar las negociaciones comerciales con el comprador hasta llegar a un acuerdo; sin embargo, las acciones de ofrecer, aceptar o negociar un niño no se encuentran incluidas actualmente de manera textual como “**acciones**” del tipo penal o tipicidad objetiva del delito.

Cabe precisar, que se consuma el delito de Trata de Personas cuando el vendedor realiza la “entrega o traslado” del control físico o jurídico que ejerce sobre el menor, quien es “recibido” por el comprador, aunque todavía no se haya efectuado el pago del precio de venta o se haya realizado parcialmente, bajo cualquier otra denominación, como: “ayuda económica”, “subvención mensual para gastos”, “donativo”, “lucro cesante”, entre otros; teniendo en cuenta, que no es necesario que se concrete la transacción comercial en su totalidad, ya que la finalidad de explotación forma parte de la tipicidad subjetiva del delito.

En el artículo 153-A del Código Penal se encuentran previstas las circunstancias agravantes del delito de Trata de Personas, haciéndose la diferencia cuando el sujeto pasivo del delito es un niño o un

adolescente. Precisando, cuando la víctima es **“un niño” menor de catorce años de edad**, la sanción penal es mucho más grave, siendo no menor de 25 años de pena privativa de la libertad (inc.2, segundo párrafo del art. 153-A del CP); y cuando la víctima es **“un adolescente” entre catorce años de edad y menos de dieciocho años**, la pena es de 12 a no mayor de 20 años (inc. 4, primer párrafo del art.153-A del CP).

Por tanto, se interpreta que el Código Penal considera “niño” al ser humano desde que nace hasta antes de cumplir los 14 años de edad y adolescente desde los 14 años hasta antes de los 18 años de edad.

En el libro “Criminalidad Organizada, parte especial” el autor, señala:

En torno a la edad de la víctima, el legislador la ha designado como no mayor de catorce años, lo cual opera, pues, como una forma de sobrecriminalizar la práctica de trata con niños. Dado que en nuestro sistema jurídico, a diferencia de lo que ocurre en la legislación argentina, no hay un delito específico al respecto, deviene en pertinente considerar tales supuestos como formas agravadas y sancionarlas con mayor severidad” (Prado, 2016, p. 395).

Se coincide con el autor, en que el Código Penal hace la diferencia entre un niño y un adolescente, revistiendo mayor gravedad en el primer supuesto, teniendo en cuenta, que la conducta ilícita que se desarrolla en contra de un niño es mucho más reprochable.

#### **5.4. Tipicidad objetiva en el delito de Trata de Personas**

En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños, como se dijo anteriormente, el delito se consuma cuando el sujeto activo desarrolla una o más de las “acciones o verbos rectores” descritos como tipicidad objetiva, previsto en el inc. 3 del art. 153 del Código Penal, no siendo necesario que se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1 de la norma acotada.

##### **5.4.1. Acciones**

Las acciones que describe la norma son: “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a un niño, niña o adolescente” en el territorio peruano o para su salida o entrada al país, con fines de explotación.

**a). Captar.-** Esta acción que realiza el sujeto activo se dirige a motivar, convocar, convencer o reclutar a las víctimas potenciales del delito de Trata de Personas; pero cuando el sujeto pasivo del delito es un niño, la acción de “captarlo” puede producirse de una manera diferente con respecto a la forma de captar a una persona adulta, ya que el tratante aprovecha la vulnerabilidad del menor y su posición de dominio o superioridad frente a él.

En el libro “La trata de personas en el derecho penal. Derecho internacional, comparado y español”, se describe la forma como los tratantes captan a una persona adulta, señalando lo siguiente:

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. Constituye la conducta esencial del delito e implica la actividad previa llevada a cabo por el explotador o por el traficante, mediante esta conducta la víctima **pasa a ser la propiedad de otra persona**, esta pérdida de autodeterminación puede lograrse mediante medios físicos, intimidatorios o con mecanismos fraudulentos que atraigan e introduzcan a la persona traficada en el área de dominio del captador (Rodríguez, 2010: 76-77). En situaciones de necesidad, la captación puede realizarse a través de la sustracción de la persona de un estado de marginación o pobreza de forma que se genere una dependencia respecto de su captor, por tanto, la captación requiere que la víctima, por iniciativa del autor, adopte algún tipo de compromiso explícito o implícito en virtud del cual se sienta obligada bien a prestar servicios a favor de este, bien a hacerlo en favor de un tercero (Villacampa, 2011, 417; Pomares, 2011, 8). Siempre es preciso que concurra un fraude o engaño en el acto inicial de captación, ese engaño inicial es el que facilita el posterior abuso o la coacción en el lugar de destino en el que la víctima ya no puede sustraerse del influjo del autor. La captación puede por tanto realizarse mediante una coacción o abuso directo o diferido gracias al fraude del engaño.

Algunos autores, como Pérez Alonso incluyen en el comportamiento de captación (o en la recepción) una modalidad de trata expresamente prevista por la Directiva 2011 (art. 2.1) **el intercambio o el traspaso del control sobre la víctima** (Pérez Alonso, 2008) (Hernández, 2014, p.75-76).

Como se sabe, los niños dependen de sus padres o tutores, ya que no tienen la capacidad de decisión o plena responsabilidad sobre sus actos, salvo algunas excepciones que la ley señala concretamente; sin embargo, existen algunos casos en los cuales los tratantes desarrollan toda una modalidad de convencimiento de los padres o tutores del menor, usando el “fraude o engaño”, para que le transfieran el control físico de su hijo y luego proceden a venderlo, sin conocimiento o consentimiento de ellos. En este caso, la conducta típica que desarrolla el tratante no es la acción de captar, sino la “acción de recibir al menor” sobre el cual ejercerá el control o autoridad.

El sujeto activo del delito desarrolla la “acción de captar” cuando se dirige directamente sobre el niño o adolescente, convenciéndolo o seduciéndolo, para tenerlo bajo su dominio; pudiendo después ejercer cualquier acto de coacción, amenaza, violencia u otras formas de sometimiento, que le permitan mantener el control sobre él como lo señala la citada autora.

Actualmente, los tratantes pueden realizar la “acción de captar niños o adolescentes” a través de las redes sociales o plataformas en internet creadas con esta finalidad, como podría ser llamando su atención

por medio de los denominados “influencer” o personas influyentes, que si bien esta figura fue creada como una estrategia de marketing, también puede ser usado por organizaciones criminales de Trata de Personas.

El tratante también realiza la “acción de captar a un menor” de manera personal aprovechando su ingenuidad, fragilidad, inocencia o inmadurez psicológica, como características propias en esta etapa de la vida del ser humano, despertando su admiración, una supuesta amistad o solvencia económica, para convencerlo de abandonar su domicilio familiar y desarraigarlo de su lugar de origen con la finalidad de venderlo.

Se consuma el delito de Trata de Personas, cuando el tratante “capta a un niño o un adolescente” convenciéndolo de abandonar o fugarse del domicilio familiar, desarraigándolo de su lugar de origen a través del engaño o conductas fraudulentas, con la finalidad de explotarlo a través de una compra y venta. Precisando, que el sujeto activo realmente lo captó cuando ejerce el control o autoridad sobre él de manera fáctica. Cabe precisar que el Código Penal tipifica el delito de Inducción a la fuga de un menor, señalando:

Artículo 148.- 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 (...).

Cuando existe un concurso aparente de leyes, entre el delito de Trata de Personas y otro delito, se determina cuál es la norma aplicable

utilizando alguno de los principios de especialidad, subsidiariedad o consunción, conforme lo señala el autor que se cita a continuación:

Existen reglas o principios (especialidad, consunción, subsidiariedad) que resuelven la unidad de ley (concurso aparente) cuyo propósito es determinar cuál de las normas es la que con mayor precisión y plenitud comprenda a las diferentes circunstancias del hecho delictivo. No necesariamente la de mayor sanción sino la que mejor subsuma el hecho (...) (Villavicencio, 2006, p. 712).

En el supuesto antes mencionado, el delito de Inducción a la fuga de un menor es absorbido por el delito de Trata de Personas, como lo dice el autor citado, teniendo en cuenta cuál es la norma que con mayor precisión comprende el hecho delictivo. En la situación planteada se considera que se debe aplicar el “Principio de Consunción”, que se define:

**Principio de Consunción (Lex consumens derogat legi consuetae).** Consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquel. Se da cuando el contenido de injusto y de la imputación personal de un delito están incluidos en otro. Es decir, cuando un tipo más grave incluye a uno menos grave. Ejemplo: en el tipo de homicidio quedan consumidas las lesiones (...) (Villavicencio, 2006, p.714).

Coincidiendo con el autor citado, el delito de Trata de Personas absorbe al delito de Inducción a la fuga de un menor teniendo en cuenta

que el sujeto activo al captar al menor de edad, lo induce que abandone su domicilio familiar, utilizando generalmente el engaño o el fraude. Es frecuente que el tratante desarrolle la acción de “captar”, escogiendo a su víctima de acuerdo a sus características físicas (si desea un recién nacido o uno que tenga menos de 14 años de edad); en tal sentido, si el comprador desea un niño para darle la condición de hijo, lo más probable es que escoja a un recién nacido, precisando, que la compra y venta de un niño es una finalidad de explotación en sí misma.

**b). Transportar.-** En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, el vendedor se desplaza generalmente junto con el menor de un lugar a otro, con el objetivo de desarraigarlo de su lugar de origen, ya sea dentro del territorio nacional o hacia el extranjero; desarrollando esta “actividad de transporte” una vez que lo ha captado o lo ha recibido de sus padres, para llevarlo al destino final donde será entregado al comprador.

En el delito de Trata de Personas cuando el sujeto pasivo es un niño, la acción de transportarlo de un lugar a otro es un poco más difícil (a diferencia de la víctima que es mayor de edad), porque en los puertos, aeropuertos, garitas de control fronterizo, garitas de control de carreteras o en los buses de transporte público interprovincial, tienen la obligación de identificar a la persona que transporta a un menor de edad y verificar que sea alguno de sus padres o apoderados; para cuyo efecto, el sujeto activo generalmente utiliza documentación falsa con respecto al menor,

cambiándole la identidad y busca rutas o caminos alternos informales, con la finalidad que las autoridades no puedan detectar esta ilegal actividad.

El sujeto activo del delito realiza la “acción de transportar a un niño” cuando procura su desplazamiento de un lugar a otro, desde su lugar de origen hacia un lugar de tránsito o directamente al destino final, donde lo entregará al comprador a cambio de una suma de dinero, otro beneficio o la promesa de ello, consumándose el delito de Trata de Personas.

**c). Trasladar.-** El XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema del 10 de setiembre de 2019, define la “acción de trasladar”, señalando:

15. (...) b). Trasladar, es decir, disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro. **11** En nuestro país, la trata no siempre implica el traslado de la víctima de un lugar a otro. Significativo de lo que se afirma es la trata de personas es el caso de Iquitos en el que el 86% de las víctimas no han sido desplazadas de su lugar de origen. Sólo entre el 5% al 10% de las víctimas provendrían del extranjero. Por el contrario, en el caso de Madre de Dios, el 90% de las víctimas no son de la zona [11.pie de página, cfr. Ministerio Público: *ibid*; p.77] (Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116, fundamento 15)

El Acuerdo Plenario citado, es una resolución de carácter vinculante que tiene la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento en todas las

instancias judiciales. En ella se define la “acción de trasladar y transportar” haciendo la diferencia de una acción y otra, al interpretar que la acción de trasladar es una conducta intermedia, en la que el tratante desplaza a la víctima de un lugar a otro hasta llegar al destino final donde será explotada; mientras que en la acción de transportar, el tratante desplaza a la víctima desde su lugar de origen directamente al lugar donde será explotada.

El Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60 del año 2018, señala en el fundamento 44, que según el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, la definición de “venta de niños” consta de tres elementos: a) La remuneración o cualquier otra retribución; b) El traslado del niño; y c) El intercambio de la remuneración o cualquier otra retribución por el traslado del niño; precisando, con respecto a la “acción de trasladar” lo siguiente:

## **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

de “remuneración o cualquier otra retribución”, incluso aunque el control que ejerce sobre el niño sea ilegal” (ONU, 2018, p. 14)

En el citado informe se especifica claramente que la acción de “trasladar” puede ser de carácter físico o jurídico; precisando, que el traslado físico se refiere a la entrega fáctica de un ser humano de una persona a otra.

El traslado jurídico en el caso de los niños o adolescentes se refiere a la entrega del ejercicio de la Patria Potestad o la responsabilidad paterna, que realizan los padres o tutores del menor a una persona o grupo de personas a través de un Proceso de Adopción ilegal (se estaría encubriendo la compra y venta de un niño). Cuando se trata de personas adultas el traslado jurídico puede estar referido, por ejemplo, a aquellas que se encuentran a cargo de un Curador, quienes también podrían ser víctimas del delito de Trata de Personas y ser sometidas algún tipo de explotación.

La **acción de trasladar** como una conducta típica en el delito de Trata de Personas, tendría dos significados distintos: el primero interpretado en el Acuerdo Plenario emitido por los magistrados de la Corte Suprema del Perú; y el segundo, es la interpretación del “Protocolo 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), realizado a través del Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

En este contexto es importante subrayar las consideraciones que se señalan a continuación:

### **1. Interpretación sistemática de los instrumentos internacionales**

El Perú ha suscrito y ratificado la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo, así como, la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU y su Protocolo.

El Protocolo de Palermo (2000) define la Trata de Personas:

**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 (...)

El inciso 1 del artículo 153 del Código Penal establece:

**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.

Como se advierte, en la definición del delito Trata de Personas (art. 153 CP) se ha omitido la oración que se menciona en el Protocolo de Palermo “la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra (...)”, que le daba la interpretación adecuada a **la acción de trasladar**, cuyo significado es la entrega física de la víctima al tratante quien ejercerá el control o autoridad. Adquiriendo mayor importancia dicho significado, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de seres humanos.

Realizando una interpretación sistemática de los citados instrumentos internacionales, se llega a la conclusión que la “acción de trasladar” es sinónimo de “entregar”, conforme se precisa en el Informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, siendo el significado correcto y adecuado; sobre todo, porque se desarrolla en el contexto de la definición del delito de compra y venta de niños (describiendo sus tres elementos). Esta “acción de trasladar” como sinónimo de “entregar” es la que cita el Protocolo de Palermo y que se encuentra incluida en la definición del delito de Trata de Personas, tipificada en el Código Penal peruano, precisando que la venta de niños es una finalidad de explotación en sí misma.

## **2. La interpretación que realiza la doctrina**

En el libro “La Trata de Personas en el Derecho Penal. Derecho internacional, comparado y español”, la autora Hernández (2014) señala que la Circular del Ministerio Fiscal de España 5/2011, con el objeto de aclarar las dudas referidas a la definición de la “acción de trasladar” y diferenciándola de la acción de transportar, significa la entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima.

Al respecto, se coincide con la citada autora y lo establecido en la Circular emitida por el Ministerio Fiscal de España, al señalar que la acción de “trasladar” tiene que diferenciarse de la acción de transportar, concluyendo que el significado idóneo es el trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre la víctima, cuyos sinónimos son la entrega, cambio, cesión o transferencia de esta última.

En el artículo “El delito de Trata de Personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”, el autor interpreta la “acción de trasladar” diciendo:

Con relación al concepto de traslado, es posible encontrar una definición que no se confunda con el concepto anterior (transporte), a pesar que exista semejanza entre ambos. **Se trata de comprender el traslado como el traspaso de control sobre una persona que es objeto de trata** (Montoya, 2012, p. 55); tomando como referencia el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005, es decir, la «concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra» (Montoya, 2012, p. 55; citando el Protocolo de Palermo) (Montoya 2016, p.398-399).

De acuerdo con el autor, quien tomando como referencia el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos (cuyo antecedente es el Protocolo de Palermo) concluye que el significado de la “acción de trasladar” es realizar el traspaso del control que se ejerce sobre una persona que es objeto de trata a otra.

### **3. La interpretación adecuada del artículo 153 del Código Penal**

Se advierte, que cuando se interpreta de manera literal las conductas descritas en la norma penal, indicando que la “acción de transportar y trasladar” significan el desplazamiento de una persona; entonces, en el supuesto que la finalidad de explotación sea la compra y venta de un niño, no podría ser sancionado penalmente el vendedor, “quien entrega un niño a cambio de una suma de dinero u otro beneficio económico”; puesto que, aparentemente no se habría tipificado dicha conducta, sólo se habría tipificado la conducta del comprador con la acción de “recibir al niño víctima de compra y venta”, lo que no guardaría un sentido lógico.

La autora que se cita a continuación, refiriéndose al Protocolo de Palermo, señala: “por otro lado, el precepto incurre en el defecto de no incluir como conducta delictiva el intercambio o traspaso de control sobre la víctima, que solo resulta posible si se realiza una interpretación extensiva del verbo típico trasladar” (Hernández, 2014, p.79); con lo que se coincide plenamente.

Lo que dice la citada autora es una razón más, para darnos cuenta que el significado adecuado de la “acción de trasladar” es la entrega física de un niño que realiza el vendedor al comprador, existiendo una sola voluntad criminal que desarrollan ambos al realizar la conducta típica en calidad de autores, vulnerando su dignidad al comercializarlo; conforme la definición que establece el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Por tanto, el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, se consuma en la etapa final, cuando el vendedor, realiza la “entrega o el traslado del control físico y/o jurídico” que ejerce sobre el menor al comprador, quien “lo recibe” a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero, otro beneficio económico o la promesa de ello (precio de venta).

**d). Acoger.-** El sujeto activo del delito de Trata de Personas en muchos casos realiza una serie de conductas para someter a la víctima y desarraigarla de su lugar de origen; para cuyo efecto, la transporta de un lugar a otro, utilizando varios alojamientos temporales hasta llegar al destino final, donde se producirá una de las formas de explotación.

Cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, es muy frecuente que el sujeto activo del delito se desplace de un lugar a otro junto con el menor, siendo necesario uno o más alojamientos o albergues temporales hasta llegar al destino final donde se producirá la entrega al comprador; consumándose el delito cuando el menor es

acogido por una o más personas que lo albergan de manera temporal y a su vez lo ocultan de las autoridades o lo privan de su libertad.

En el Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema del Perú en el año 2019, en su fundamento número 15, señala “e) acoger, que supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada (...)”. Al respecto, la conducta de alojamiento temporal o acogida de un menor de edad en diferentes lugares se produce generalmente:

a). Cuando la distancia entre el lugar de origen del niño y el lugar de destino final donde se producirá la entrega al comprador son distantes; b). Cuando el niño es recién nacido o es muy pequeño y necesita una alimentación y cuidados especiales para no poner en peligro su integridad física o muera; c). Cuando el sujeto activo del delito pretende burlar a las autoridades para pasar los controles de carretera o fronterizos con el menor de edad, sin ser detenido con el objetivo de desarraigarlo, como lo señala el acuerdo plenario citado.

En doctrina se realiza la diferencia de las conductas “recibir” y “acoger” señalando: “**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 coincide con la interpretación que realiza la autora con respecto a la definición y diferencia que existe entre las dos acciones típicas, siendo la primera la que perdura en el tiempo y la segunda de carácter inmediato.

**e). Recibir.-** En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, el vendedor “lo entrega o realiza el traslado del control físico” al comprador, quien lo **recibe**, produciéndose inmediatamente la consumación del delito; ya que el primero de los nombrados transfiere la autoridad sobre el menor saliendo de su esfera de dominio, para ingresar en la del comprador. Como ya se mencionó, no es necesario que se ejecute en su totalidad todas las condiciones pactadas, vale decir, el pago total o parcial del precio de venta u otras, al ser la finalidad de explotación parte de la tipicidad subjetiva.

El autor Víctor Prado (2016) define la acción de recibir así:

**La recepción.** Se trata de una conducta conectada con el momento final del proceso de la trata. En este supuesto el agente recepciona a la víctima para aplicarle el destino ilegal que motivó su captación y desplazamiento. Es esa condición definitiva y extintiva del momento final del proceso de trata, lo que permite distinguir esta hipótesis típica de aquella que corresponde al acogimiento temporal (Página 389).

Cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño y el comprador lo **recibe** a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero, algún beneficio o la promesa de ello a favor del vendedor, como lo señala el citado autor, se llega al momento final de la trata; criterio con el cual se coincide, teniendo en cuenta, que esta es una finalidad de explotación en sí misma. La autora Marta Hernández (2014) señala:

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. Existen otras interpretaciones en cuanto a la acción típica de la recepción, por un lado, se podría considerar que la recepción es la que efectúa el propio traficante en el lugar de destino tras atraer a la víctima mediante coacción o engaño gracias a la captación de un tercero (Página 76).

En la legislación peruana, se consuma el delito de Trata de Personas realizando la “acción de recibir” en dos situaciones distintas:

a). El delito se consuma cuando el vendedor (tratante) capta al niño, realizando la entrega o el traslado del control físico al comprador, quien “lo recibe” a cambio de conceder una suma de dinero u otro beneficio; pero además, este último podría destinarlo a otras formas de explotación, como la mendicidad, la pornografía o la prostitución, trabajos forzados, entre otros; existiendo “un doble castigo” como dice la citada autora, puesto que, el tratante primero vende al niño como un objeto de comercio o una simple mercancía (que es una forma de explotación) y luego el comprador lo somete a otras formas de explotación.

b). Como se menciona líneas arriba, en algunos casos el sujeto activo o tratante convence mediante engaños o alguna conducta fraudulenta a los padres o tutores de un niño para que se lo entreguen, quienes le trasladan la autoridad o el control sobre el menor de manera fáctica, siendo comercializado a través de una compra y venta, sin conocimiento, ni consentimiento de los padres o tutores. En este supuesto el delito de Trata de Personas se consuma cuando el tratante “**recibe al niño**” de sus padres o tutores, quienes realizan el traslado del control físico que ejercen sobre el menor, sin tener conocimiento que se concretará la comercialización del mismo.

En el supuesto que mediando una relación parental, una persona sustrae a un menor de quien ejerce la patria potestad (delito de sustracción de menor, art.147° del CP) con la finalidad de venderlo; se consuma el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo lo “recibe” de quien lo tiene a su cargo con la finalidad de venderlo. Se subsume o absorbe el delito de sustracción de menor en el delito de Trata de Personas, aplicando el “Principio de Consunción”.

**f). Retener.-** En el Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia en el año 2019, en el fundamento número 15, se señala lo siguiente:

e) **Retener**, que denota impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad. Esta última fase no está prevista en el Protocolo de Palermo. Sin embargo, es fundamental e inherente a la finalidad de la trata de personas.

Coincidimos con la definición que se señala en el Acuerdo Plenario, precisando, que cuando el sujeto pasivo del delito es un niño, la acción de retenerlo que desarrolla el sujeto activo es diferente con respecto a una persona adulta, porque no sólo se refiere a impedir su libertad ambulatoria manteniéndolo en un determinado lugar, sometido a la voluntad del tratante; sino principalmente, esta conducta la desarrolla el sujeto activo cuando se rehúsa a entregar el niño a sus padres, tutor o familiar que se encuentre a cargo de él o a las autoridades, sobre todo cuando se trata de un recién nacido o tiene muy corta edad.

En el delito de Trata de Personas la “acción de retener a un niño”, que desarrolla el sujeto activo, hace que el delito tenga una continuidad en el tiempo, manteniéndose desde el inicio de la “acción de captar o recibir al menor”, ejerciendo el control o autoridad sobre él, hasta realizar el traslado del control físico al comprador, teniendo en cuenta, que la comercialización de un menor es una forma de explotación en sí misma.

#### **5.4.2. Los medios que podría utilizar el sujeto activo del delito**

Como se señaló, cuando el sujeto pasivo es un niño, una niña o un adolescente, cambia la estructura del delito de Trata de Personas, siendo suficiente para consumarse que el sujeto activo realice alguna de las **acciones** descritas en la norma penal con la finalidad de explotar al menor; no es necesario que utilice alguno de los **medios** para someterlo, como: “la 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”.

Sin embargo, el sujeto activo con mucha frecuencia utiliza alguno de los medios descritos en la norma, como por ejemplo: “el abuso del poder que ejerce sobre el niño”, “la situación de vulnerabilidad que es una característica propia de un niño”, “la privación de la libertad” o “la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio”, aunque el delito de Trata de Personas ya se encuentre consumado con el desarrollo de alguna de las acciones descritas, con la finalidad de explotar al menor. Al respecto, se considera interesante desarrollar estos supuestos que se presentan de manera frecuente en la comisión del delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta.

**El abuso de poder que ejerce el sujeto activo del delito sobre el niño** es una situación que se presenta frecuentemente en la comisión del delito de Trata de Personas, si se tiene en cuenta que:

El abuso de autoridad es una especie de coerción, en la que el autor se vale de una posición jerárquica para dominar la voluntad de la víctima. La situación tiene que involucrar un contexto de efectiva preeminencia del autor sobre la víctima o un tercero, no resultando suficiente, por tanto, el vínculo jurídico que puede haber entre las partes (Basílico et al., 2011, p. 233).

Cuando la finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas es la compra y venta de un niño recién nacido o uno de muy corta edad, se puede determinar claramente el “abuso de poder” que

ejerce el sujeto activo sobre la víctima, comercializándolo como si fuera un objeto, independientemente que puedan tener o no un vínculo jurídico de parentesco, coincidiendo en este último punto con el citado autor; evidenciándose una posición de total dominio sobre el menor, quien al presentar inmadurez física y mental como una característica propia de su personalidad en esta etapa, lo hace dependiente de otra persona y no puede defenderse, puesto que, ni siquiera se da cuenta de lo que sucede.

En general, el tratante ejerce el control o autoridad sobre un niño de una manera abusiva, puesto que, su única finalidad es explotarlo a través de un acto de comercio, valorándolo como si fuera un objeto o una simple mercancía.

Con respecto al **abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima**, en el libro “Criminalidad Organizada: Parte Especial” el autor señala:

**La minoría de edad o estado de discapacidad de la víctima.** La evidente vulnerabilidad de la víctima es aprovechada por el agente para la realización del delito. Es este factor el que denota y aporta un mayor nivel de desvaloración de la conducta delictiva y, por tanto, incrementa justificadamente su punibilidad (Prado, 2016, p. 395).

Un niño desde que nace hasta que cumple los catorce años de edad, no puede valerse por sí mismo para realizar muchas de las actividades básicas que necesita para vivir y requiere que una persona lo cuide, brindándole los recursos indispensables como alimentación, abrigo, protección, educación, entre otros, ante su falta de desarrollo físico y

psicológico. Esta es una situación de vulnerabilidad, propia en la etapa de la niñez que se caracteriza por la fragilidad, debilidad e indefensión del menor, quien es susceptible de ser dañado física y psicológicamente por una persona adulta, que fácilmente lo puede someter a su voluntad, tratándolo o utilizándolo como si fuera un simple objeto que puede ser comercializado a través de un acto de compra y venta u otra forma de explotación.

Un ser humano es vulnerable cuando es susceptible de ser dañado por otro al encontrarse frágil o débil frente a una situación en la que no puede defenderse o ante una dificultad que no puede superar por sí mismo. Esta condición de vulnerabilidad es aprovechada por el tratante para sustraer al niño del ámbito de control y protección de sus padres, anulando su voluntad y sometiéndolo, con el objetivo de materializar el delito de Trata de Personas; que como lo dice el citado autor, produce un mayor nivel de desvalorización de la conducta delictiva que justifica el incremento de la punibilidad.

En el artículo “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”, el autor, señala:

Resulta evidente para el legislador penal que los o las menores de edad se encuentran en una situación de vulnerabilidad presunta debido no solo al déficit de formación psicofísica del o la menor, sino, sobre todo, debido a la relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo que supone una situación de explotación (Montoya, 2016, p. 405).

Se coincide con el citado autor, que también considera que un menor de edad tiene una condición de vulnerabilidad al encontrarse en una etapa de desarrollo psicofísico, existiendo una relación asimétrica con el tratante, quien abusa de esta situación con la finalidad de explotarlo.

Con respecto a la **privación de la libertad de un menor de edad**, en el Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema del Perú en el año 2019, se menciona en el fundamento 17, que el delito de Secuestro absorbe al delito de Trata de Personas, señalando:

17. (...) d). La privación de la libertad (cita pie de página 17); vale decir, el limitar la capacidad de desplazamiento de la víctima, mediante el encierro o sujeción física.

17 En este sentido, puede concurrir con el delito de Secuestro (art.152). Si se trata de un menor de edad, el contenido del injusto del Secuestro absorbe al de trata y está conminado con cadena perpetua. Pero igualmente puede concurrir con el Secuestro simple – con cualquier propósito – o determinadas modalidades agravadas – pluralidad de personas, estado de gestación de la víctima, etc.-, cuya gravedad igualmente absorbe al delito de Trata y están conminados con penas más graves – mínimo 20 o 30 años respectivamente.

El Acuerdo Plenario señala que en el caso de producirse la privación de la libertad de un menor de edad (aunque se realice alguna de las acciones típicas del delito de Trata de Personas, como “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener con fines de explotación”),

con la finalidad de ser comercializado a través de una transacción de compra y venta, el hecho será subsumido en el tipo de Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal:

Art. 152.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte 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 el citado Acuerdo Plenario se menciona como argumento “la gravedad de la pena”, para que el delito de Secuestro absorba al delito de Trata de Personas; precisando, que cuando la víctima es un niño, la pena conminada es de cadena perpetua (inciso 1, cuarto párrafo).

Este tema podría ser discutible, puesto que, debe evaluarse concretamente la conducta desarrollada por el sujeto activo y analizar si se encuadra en un tipo penal específico, con la finalidad de realizar una tipificación adecuada.

Se debe tener en cuenta, que en el delito de Trata de Personas uno de “los medios” que utiliza el tratante es “la privación de la libertad de la víctima”, justamente con el objetivo de someterla y con finalidad de explotarla. Es así, que la privación de la libertad que podría entenderse como el “Secuestro de la víctima”, se encuentra descrito dentro de la tipicidad objetiva en el delito de Trata de Personas.

Por tanto, la opinión que se tiene es que si en un caso concreto, el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones (capta, transporta,

traslada, acoge, recibe o retiene a la víctima) utilizando como medio la “privación de la libertad” de un niño, con la finalidad de explotarlo a través de una transacción de compra y venta, debe tipificarse como Trata de Personas; aplicándose el “Principio de Especialidad”. En el libro Derecho Penal Parte General, el autor señala:

**Principio de especialidad (Lex specialia derogat lex generalis).**

Entre dos o más tipos, uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico prima sobre el tipo más general. Ejemplo: el asesinato (artículo 108, Código penal) es especial en relación al homicidio simple (artículo 106, Código penal). Cuando utilizamos este principio debemos ubicar al precepto penal que incluya la mayor parte de los hechos, es decir, que tenga todos los elementos del otro tipo penal; pero, adicionalmente, algún elemento que indique un fundamento especial de la punibilidad (Villavicencio, 2006, p.712).

En atención a la definición del Principio de Especialidad que señala el autor, se considera que el delito de Trata de Personas es un tipo más específico que el Secuestro, teniendo en cuenta además, que el primero tiene como bien jurídico “la dignidad” y el segundo “la libertad”. Por ejemplo: Una mujer disfrazada de enfermera ingresa a la Maternidad de Lima y sustrae un niño recién nacido con la finalidad de venderlo, “transportándolo” al domicilio de ella, ubicado en el distrito de Miraflores. Ella “entrega” el bebé a los compradores, quienes lo “reciben” a cambio del pago de US\$ 30,000.00 dólares americanos, como precio de venta.

En este caso, debe tipificarse como delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño; aunque haya sido sustraído del ámbito de control y protección de sus padres y “retenido” privándolo de su libertad. Sin embargo, deberá analizarse cada caso en concreto para realizar una tipificación adecuada, en aplicación del citado Acuerdo Plenario.

Con respecto a **la concesión o recepción de pagos o cualquier beneficio**, es un “medio” utilizado por el sujeto activo cuando adquiere a una persona mayor de edad a través de una compra y venta. Es así, que el comprador concederá un pago o cualquier otro beneficio al vendedor a cambio de la entrega o el traslado del control físico sobre la víctima, consumándose el delito de Trata de Personas.

En cambio, cuando el sujeto pasivo del delito es un niño y la finalidad de explotación es la compra y venta, sólo es necesario que el sujeto activo desarrolle alguna de las conductas o acciones típicas descritas en la norma penal para que se consume el delito de Trata de Personas, ya que no se requiere que se concrete todas las condiciones pactadas, al ser un elemento subjetivo del tipo; sin embargo, si se produce “la concesión de pagos o cualquier beneficio” se materializará también la finalidad de explotación.

### **5.5. Tipicidad subjetiva en el delito de Trata de Personas**

En el delito de Trata de Personas la tipicidad subjetiva está compuesta por el dolo y los fines de explotación; siendo uno de estos fines la compra y venta de niños. El Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido

por los magistrados de la Corte Suprema del Perú en el año 2019, en el fundamento número 20, señala:

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 (...) 29. Criterio político criminal correcto, pues el Protocolo de Palermo sólo establece un mínimo de finalidades que deben ser cubiertas en las legislaciones penales de los Estados signatarios. En su perspectiva de maximización en la protección de los derechos fundamentales es relevante que se incorpore otros fines que son además recurrentes en nuestro país como la mendicidad o la venta de niños [cita al pie de página].

Es idónea la precisión que se realiza en el Acuerdo Plenario al señalar que el delito de Trata de Personas es un delito de intención, como se menciona: “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”, vale decir, el sujeto activo tiene que tener la intención de explotar a la víctima en cualquiera de sus formas, sin necesidad de concretarlo para consumarse el delito.

El delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños, se consuma cuando el sujeto activo desarrolla cualquiera de las conductas típicas; es así, que cuando

tiene la calidad de vendedor, finalmente, realiza la entrega o traslado del control físico que ejerce sobre el niño y el comprador lo recibe a cambio de la concesión del precio de venta o la promesa de pago, no siendo necesario que se materialice totalmente el acuerdo de compra y venta, simplemente que los sujetos activos actúen con la intención de comercializar al niño.

### **5.5.1. ¿Qué se entiende por compra y venta de niños?**

Es importante señalar que en el Código Penal peruano no se define explícitamente el significado de “compra y venta de niños, niñas y adolescentes”; sin embargo, 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 el concepto de compra y venta de niños, en sus artículos 2 y 3; así como, cuáles son los parámetros mínimos que los Estados tienen la obligación de incluir en su legislación interna para tipificarlo como un delito.

**Artículo 1:** Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

**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;  
(...)

**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.

En el artículo 3, literal a. i), se establece la tipicidad objetiva del delito de compra y venta de niños, precisando, que las acciones que deberá desarrollar el sujeto activo son: “Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño”; sin embargo, cada uno de los países miembros de la Convención sobre los Derechos del Niño podrá incluir en sus respectivas legislaciones los parámetros mínimos conforme lo consideren pertinente y teniendo en cuenta los tipos penales que ya existen en su legislación.

En el Perú, cuando se legisló el delito de Trata de Personas se optó por una fórmula legislativa distinta a la que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, incluyendo la compra y venta de niños, niñas y adolescentes, como una finalidad de explotación en sí misma (artículo 153 del Código Penal). Este delito se consuma, cuando el sujeto activo desarrolla alguna de las acciones descritas en la norma con la finalidad de comprar o vender un niño o un adolescente, siendo la etapa final cuando el vendedor “traslada” el control físico que ejerce sobre el niño y el comprador lo “recibe” a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio o la promesa de ello.

Este hecho de comercializar un niño, entregándolo a cambio de dinero, tratándolo como un simple objeto, ya constituye una finalidad de explotación en sí misma, porque vulnera su dignidad como ser humano; sin necesidad de destinarlo a otra forma de explotación distinta, como por ejemplo: la mendicidad, trabajos forzados, prostitución, pornografía, etc.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se señala en el artículo 35° lo siguiente: “**Artículo 35:** 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**”.

Es necesario subrayar, que cuando se ofrece, negocia, entrega, acepta o recibe un niño o una niña con fines de compra y venta o se ejecuta total o parcialmente esta transacción, no es necesario saber cuál será el destino final que se le dará a este menor (le darán el estatus de hijo o será explotado sexualmente, laboralmente o dedicado a la

mendicidad, entre otros fines), puesto que, podemos concluir que con este acto de comercio ya se vulneró su dignidad como ser humano.

La Convención menciona que los Estados están obligados a impedir la compra y venta de niños, cualquiera sea la forma empleada, interpretándose, que se puede realizar a través de un pacto verbal o escrito. Se advierte, que generalmente esta conducta es disfrazada con una argumentación jurídica aparentemente legal, cuando realmente constituye un verdadero acto delictivo; para cuyo efecto, se utiliza alguna forma encubierta como es una adopción ilegal, transgrediendo las normas nacionales o internacionales que regulan la Adopción.

En el Informe de la Relatora Especial A/HRC/37/60 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se desarrolla la definición de **compra y venta de niños** conforme lo establece el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, indicando en el fundamento 42 al 44 y 50, lo siguiente:

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 (...). 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. (...)

## **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 de “remuneración o cualquier otra retribución”, incluso aunque el control que ejerce sobre el niño sea ilegal. (...)

## **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 (...). (ONU, 2018, p. 13 a 15)

Estos tres elementos descritos en el citado informe definen la compra y venta de un niño, entendiéndose 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 una remuneración o de cualquier otra retribución” (literal a. del artículo 2 del Protocolo), constituyendo un delito.

En definitiva, la compra y venta de un niño es un acto o transacción comercial, verbal o escrita, en virtud del cual el vendedor realiza “la entrega o el traslado del control físico o jurídico que ejerce sobre el niño” a favor del comprador, quien “lo recibe” (tipicidad objetiva) a cambio de conceder una suma de dinero o cualquier otro beneficio económico o la promesa de ello (tipicidad subjetiva) consumándose el delito de Trata de Personas, según la legislación penal peruana. En esta tipificación se verifican los tres elementos que se citan en el informe de la ONU para que se concrete la compra y venta, existiendo la entrega del niño o niña de una persona a otra a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero u otro beneficio o la promesa de ello.

### **5.5.2. ¿Se ha incorporado en el Código Penal peruano lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo?**

En el Perú se sanciona penalmente la compra y venta de niños como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, (art. 153 del Código Penal); sin embargo, no se ha incluido en la tipicidad los parámetros mínimos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, conforme se mencionan a continuación:

1. El concepto de compra y venta de niños, entendiéndose como tal: **“(…) 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”.**

2. Las acciones o verbos rectores que textualmente señala la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, como: **Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio un niño.**

Con respecto a las acciones típicas que propone la Convención, cabe precisar, que en el Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60 del año 2018, se desarrolla la definición de compra y venta de niños, precisando, que la “acción de traslado físico de un niño”, que también se menciona como una acción típica en el delito de Trata de Personas, (previsto en la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo de Palermo”), se refiere específicamente al “acto de entrega” física de un niño por una persona o un grupo de personas a otra persona o grupo de personas.

En la legislación peruana se incluye en el delito de Trata de Personas la acción de “trasladar”, debiendo entenderse como “entregar o trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre un niño o una persona adulta”.

Se considera, que debe incluirse además de las acciones propuestas por la Convención, otras conductas en la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas como: “Ofrecer, negociar, aceptar un niño o realizar cualquier acto o transacción con la finalidad de comprar o vender un niño”, que describen mejor la conducta delictiva del sujeto activo.

**En la legislación penal argentina** se establece de manera específica el delito de “Trata de Personas menores de dieciocho años de edad”, señalando el autor del libro “Delitos contra la Libertad Individual”:

En consonancia con la normativa internacional, la legislación argentina incorporó la penalización de la trata de menores con fines de explotación aun cuando no mediare un supuesto de violencia, fraude, engaño, coerción o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. (...)

El tipo básico de la trata de personas menores de dieciocho años se encuentra previsto en el artículo 145 ter, en estos términos: “**El que ofreciere**, captare, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de cuatro a diez años”. El tipo recepta las mismas acciones que la figura básica, incriminando también **el ofrecimiento de un menor con fines de explotación** (Basílico et al., 2011, p. 243).

La Nueva ley de Trata de Personas, Procuraduría para el Combate de la Trata y Explotación de Personas N° 26.842, vigente desde el 5 de enero de 2013, modifica el Código Penal argentino, señalando:

(...) **Incorporación de un nuevo verbo al tipo penal de trata de personas: el “ofrecimiento”**. La ley 26.842 incorporó un verbo típico más al delito de trata de personas, que es el “ofrecimiento” de una persona con finalidad de explotación. Se trata de una nueva

forma de comisión que puede tener importancia especialmente en casos de menores, cuya entrega por parte de los padres o tutores no constituía una forma de comisión autónoma. Del mismo modo, en las operaciones de “compraventa” o de cesión de víctimas, el dador no quedaba abarcado directamente por las formas de “captación”, “transporte” o “recepción”. Dado que se trata de una acción típica nueva, la base no contiene doctrina o jurisprudencia sobre este tema (Ministerio Público Fiscal, República Argentina, 2013, p. 2).

En la legislación argentina, como lo mencionan los autores citados, se incluye entre las acciones: “el ofrecimiento” de una persona con fines de explotación, lo que permite tipificar de manera idónea la conducta del sujeto activo y que es propia en la compra y venta de seres humanos, principalmente de niños, quienes finalmente son entregados a cambio de la concesión de una suma de dinero u otro beneficio.

**En la legislación de México**, se tipifica el delito de Trata de Personas en el artículo 188 BIS del Código Penal mexicano (adicionado, G.O. 16 de agosto de 2007). La información es recogida del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002 (Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el 31/12/ 2018).

CAPÍTULO IV TRATA DE PERSONAS (reformado el 20 de enero de 2011) ARTÍCULO 188 BIS. Al que promueva, facilite, solicite, **ofrezca**, consiga, traslade, **entrega** 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 para el Distrito Federal de México, modificado el 20 de enero del 2011, p.72).

La legislación penal de México incluye en el delito de Trata de Personas, las acciones de “Ofrecer, entregar y recibir” una persona con fines de explotación; lo que constituye una mejor tipificación del delito, conforme lo propone la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo. Sin embargo, en la legislación mexicana se señala las diferentes finalidades de explotación con una fórmula legislativa taxativa a diferencia de la legislación peruana, que utiliza una fórmula mucho más amplia, incluyendo como una finalidad de explotación a la compra y venta de niños, niñas y adolescentes, así como, “cualquier otra forma análoga de explotación”.

En la legislación penal argentina y mexicana se ha tomado en cuenta no sólo la Convención de las Naciones Unidas Contra la

Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo, sino también la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo.

Se grafica la conducta delictiva con el ejemplo siguiente: Alejandra tiene ocho meses de gestación de un embarazo no deseado y decide vender a su hijo, por la suma de US\$ 25,000.00 dólares y entregarlo al nacer; realizando la oferta a través de las redes sociales. Carlos y Patricia son una pareja que no pueden tener hijos y deciden comprar el hijo de Alejandra, precisando, que Carlos es primo de esta última; es así, que pactan la compra y venta, denominando “donación” al precio de venta. Al mes siguiente, Alejandra dio a luz a Francisco en un Hospital de Lima y se lo entregó a Carlos y Patricia a cambio del pago de US\$25,000.00, renunciando a la filiación a través de un Proceso Judicial de Adopción en vía de excepción (art.128 C. de los Niños y Adolescentes).

En este caso, se consumó el delito de Trata de Personas. **Sujeto activo:** Alejandra (vendedora) y Carlos y Patricia (compradores). **Conducta típica:** Alejandra realizó el traslado del control físico y jurídico del niño a Carlos y Patricia, quienes lo recibieron a cambio del pago de US\$ 25,000. Se considera, que el Proceso Judicial de Adopción que realizaron es ilegal al constituir una compra y venta, siendo una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la venta de un niño, la oferta y la negociación en muchos casos se realiza desde que existe el “concebido”, entendiéndose dicho acto como si fuera “la compra y venta de un bien futuro”; consumándose

cuando el niño nace y es “entregado” por su madre (vendedora) y “recibido” por el comprador.

## 5.6. Sujetos: activo y pasivo

### 5.6.1. Sujeto activo

En el delito de Trata de Personas, el sujeto activo puede ser cualquier persona natural o jurídica que desarrolle la conducta típica descrita en la norma. Cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, el sujeto activo que tenga la calidad de vendedor, deberá tener el control fáctico del niño o autoridad sobre él, que le permita realizar la entrega o el traslado del control físico y/o jurídico al comprador.

En el artículo “Protección Penal de la Filiación” la autora señala que en España se encuentra tipificado el delito de “Venta de niños para la adopción ilegal”, precisando con relación al sujeto activo lo siguiente:

Es un delito común que, por tanto, puede ser cometido por los padres o por terceros, con o sin consentimiento de los padres. A esta conclusión se llega a la vista de la referencia típica al “hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco”. Además, se caracteriza por ser un delito plurisubjetivo o de participación necesaria en sentido amplio, del tipo de los de encuentro, **pues la entrega no puede ser concebida sin la recepción o aceptación que realiza otro sujeto**. No se puede entregar el niño a uno mismo. Hay, pues, una pluralidad de conductas y de sujetos, con cuya confluencia o

encuentro se produce la afectación de un sólo bien jurídico. **Este hecho hace que tanto el que entrega como el que recibe sean coautores del mismo delito de tráfico** (Carrasco, 2010, p.21).

Como lo dice la autora, se considera que la compra y venta de niños es un delito que tiene la característica de ser plurisubjetivo, puesto que, existe una sola voluntad criminal o acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador, quienes tienen la calidad de coautores.

Cuando el sujeto activo es una persona jurídica, la responsabilidad penal esta prevista en el artículo 27 del Código Penal:

**Artículo 27. Punibilidad de la actuación en nombre de persona jurídica.** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

En el delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños, el sujeto activo puede actuar en representación de una persona jurídica que se dedica a “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener niños”, para dicho fin; generalmente, organizaciones criminales muy bien estructuradas, cuyos miembros constituyen una persona jurídica que puede ser formal o informal, plasmando en la constitución un objeto social distinto a la

actividad delictiva que realmente desarrollan, pretendiendo burlar a las autoridades. Es una circunstancia agravante del delito de Trata de Personas, cuando “el agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar el delito” (inc.2, primer párrafo, art. 153-A del CP).

#### **5.6.1.1. El agente que promueve, favorece, financia o facilita el delito de Trata de Personas**

En el inciso 5 del artículo 153 del Código Penal se incluye: “Al agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de Trata de Personas”, siendo reprimido con la misma pena prevista para el autor. Se definen las referidas conductas de la siguiente manera:

##### **a). Promover el delito de Trata de Personas**

En el libro Criminalidad Organizada, el autor describe esta acción:

En este supuesto se encuentra alternativamente formas de fomento, inducción o instigación orientadas a convocar a terceros para intervenir en cualquier modalidad de trata de seres humanos, así como, para extender tales actividades ilegales. Ahora bien, los actos promocionales no pueden tener lugar con el empleo de medios violentos pero sí son admisibles la aplicación de modalidades fraudulentas o a través del engaño. Cabe señalar, que la promoción no seguida o acatada es también típica y punible, lo cual no afecta que se deba evaluar la producción de una tentativa

y aplicarse en tales casos los efectos del artículo 16° del Código Penal (Prado, 2016, p. 390-391).

Coincidimos con la definición que realiza el autor citado, precisando, que en el delito de Trata de Personas, cuya finalidad es la compra y venta de niños, el agente puede realizar la promoción de manera interpersonal, utilizando medios de comunicación o través de páginas web o redes sociales, con el objetivo de ofertar u ofrecer la venta de un niño ya nacido o por nacer (la madre se encuentra en estado de gestación) a cambio del pago de una suma de dinero o algún otro beneficio económico.

El agente que promueve la compra y venta de niños, en cualquiera de sus formas, se le aplica la misma pena privativa de la libertad que al autor, porque también lucra o se beneficia al recibir un pago, remuneración, comisión u otra retribución económica por dicha actividad. Si el agente promotor forma parte de la organización criminal, la tipificación será como integrante de esta última, dependiendo la calificación del hecho y participación delictiva en cada caso concreto.

#### **b). Favorecer el delito de Trata de Personas**

El autor que se cita a continuación dice lo siguiente:

Se expresan como conductas orientadas a procurar el desarrollo operativo de las acciones de trata y su mejor planeamiento estratégico o posicionamiento geográfico. El agente favorece la trata de personas creando o fortaleciendo las condiciones de naturaleza material o subjetiva que pueden impulsar la presencia

exitosa o menos riesgosa de dicho negocio ilegal en el entorno social interno o en un espacio internacional, especialmente transfronterizo. Esto último incluye también el establecimiento o afinamiento de mecanismos de impunidad en base a acciones de corrupción (Prado, 2016, p. 391).

Este supuesto se produce generalmente cuando existe una organización criminal o grupo delictivo, siendo considerado como agente favorecedor del delito de Trata de Personas al que colabora con la operatividad de las acciones que desarrolla el sujeto activo, como por ejemplo: brindando asesoramiento jurídico permanente o reiterado en la realización de las transacciones de compra y venta de niños, dándole una apariencia de legalidad jurídica que en realidad no tiene, puesto que, se trata de un acto delictivo.

Como lo menciona el citado autor, esta operatividad se plasma también en convencer a algunas autoridades para que omitan el cumplimiento de su función con respecto al control en puertos, aeropuertos, garitas u oficinas de control de carretera o puestos fronterizos a cambio de un pago de dinero o algún beneficio, permitiendo el transporte de un niño por parte del tratante, sin ningún problema o cuestionamiento.

Se considera, que también se favorece el delito de Trata de Personas cuando el agente realiza acciones de intermediación para lograr que el vendedor y el comprador se conozcan, iniciándose la negociación y finalmente se pacte la compra y venta de un niño; consumándose el

delito cuando el sujeto activo realice alguna de las acciones descritas en la norma penal como tipicidad objetiva.

Esta forma de favorecimiento a través de la acción de intermediación se puede producir a través de internet, páginas web, redes sociales o plataformas dedicadas a captar o reclutar vendedores y compradores de niños (mercado negro de niños), logrando el acercamiento entre ellos y se inicien las negociaciones con la finalidad de concretar la compra y venta, ganando una comisión, una suma de dinero u otro beneficio a cambio de la intermediación entre las partes. A los agentes favorecedores que realizan la intermediación se les aplicaría la misma pena privativa que a los autores del delito, a menos que formen parte de una organización criminal, cuya calificación jurídica dependerá de cada caso concreto.

### **c) Financiar el delito de Trata de Personas**

La descripción de esta conducta se encuentra en la cita siguiente:

Se integran en este supuesto diferentes modos de activar y proveer las fuentes o recursos económicos, pero también logísticos, necesarios para comenzar o mantener en funcionamiento los circuitos, estructuras y prácticas de trata de las organizaciones delictivas. El “**financista**” apoya pecuniariamente y de modo directo las actividades de aquellas. Se criminaliza pues, una forma de participación trascendente que excede el mero aporte del capital requerido para la operatividad de tales acciones ilegales. En efecto, el agente puede, incluso, dedicarse sólo a buscar y comprometer

nuevas fuentes de financiación para que estas inviertan capitales; o procurar las mejores opciones para la aplicación de las ganancias criminales obtenidas o las conexiones para el lavado eficiente de las mismas. Por lo demás, es posible tanto un financiamiento parcial o integral, temporal o permanente, sin que ello afecte la tipicidad de tales actos. No obstante, consideramos, eso sí, que el financiamiento siempre debe ser necesario y relevante para el ejercicio o mantenimiento de la actividad delictiva, pues si solo se manifiesta como un aporte económico menor, prescindible u ocasional solo podrá apreciársele como una forma de facilitación más no de financiamiento (Prado, 2016, p. 391).

Compartimos la opinión del citado autor, con respecto a la definición de la conducta del financista, precisando, que la financiación del delito de Trata de Personas, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de niños, generalmente es una conducta propia de una organización criminal que tiene una estructura organizativa a través de la cual se captan niños o mujeres en estado de gestación con embarazos no deseados y se realiza la oferta u ofrecimiento en venta de los menores, precisando, que el financista destina dinero para la logística, como por ejemplo: con respecto a la forma de transportar a los niños, el alojamiento, o la manutención de ellos, hasta que se logre la negociación y su entrega al comprador a cambio del precio de venta.

Asimismo, el agente puede financiar la asesoría jurídica para la redacción de las transacciones de compra y venta de menores,

revistiéndolos de una aparente legalidad, la tramitación de los Procesos de Adopción ilegales con respecto a los niños adquiridos a cambio de dinero a favor del vendedor (madre, padre, tutor u otra persona a cargo del menor), la asesoría y presentación de acciones civiles o constitucionales, aparentemente ilegales, cuyo objetivo es el cambio de nombre o apellidos de los niños ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la atención o asistencia médica cuando se trata de mujeres gestantes, entre otras actividades.

Además, el financista a través de operadores contables generalmente realiza la inversión de las ganancias de la organización en otras actividades económicas, para generar mayores ingresos.

#### **d). Facilitar el delito de Trata de Personas**

La acción de facilitar el delito de Trata de Personas se produce de diferentes formas, principalmente cuando el agente realiza una colaboración real y efectiva para la materialización de delito. Con respecto a este punto, se señala:

Confluyen aquí múltiples conductas que constituyen diferentes formas de colaboración material o intelectual con la realización de los actos de trata de personas. Lo común e importante en todas ellas es que el autor genere, brinde o coadyuve a consolidar con sus acciones las condiciones más adecuadas y oportunas para la realización de aquellos hechos punibles. Esto es, él puede dar medios materiales como pasajes, vehículos, documentación falsa, refugios, así como proporcionar datos o información sobre las rutas

más apropiadas o menos riesgosas para el desplazamiento de las víctimas hacia sus destinos de explotación (Prado, 2016, p. 392).

El agente facilitador del delito de Trata de Personas realiza actos que coadyuvan a la materialización del mismo, que pueden ser de carácter temporal. Son conductas concretas que permiten la comisión del delito como lo menciona el citado autor, pudiendo ser por ejemplo: ocultar el niño que es materia de compra y venta, brindando refugios o información relevante sobre nuevas rutas alternativas o informales para el transporte de los niños; abrir una o más cuentas bancarias para que se realice el depósito del dinero que corresponde al precio de venta del menor, con la finalidad que las autoridades no descubran al comprador y vendedor, entre otras actividades, obteniendo alguna ganancia por ello.

#### **5.6.1.2. Circunstancias agravantes del delito de Trata de Personas en función al sujeto activo**

El artículo 153-A del Código Penal, establece las circunstancias agravantes del delito de Trata de Personas en función al sujeto activo:

- a). El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública (inciso 1, primer párrafo).
- b). El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar el delito (inc. 2, párrafo 1).
- c) El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de

afinidad o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar (inc. 5, párrafo 1).

d). El hecho es cometido por dos o más personas (inc. 6 párrafo 1)

e). El agente es parte de una organización criminal (inc 3 párrafo 2)

Estas circunstancias agravantes en función al sujeto activo o agente se pueden clasificar de la siguiente manera:

a). Cuando es un funcionario o servidor público y abusa del ejercicio del cargo que desempeña, para cometer el delito de Trata de Personas en la condición de autor, cómplice primario, cómplice secundario o agente promotor, facilitador, financista o favorecedor del delito (funcionarios o servidores públicos, art. 425 del Código Penal).

b). El agente es promotor, integrante o representante de una persona jurídica, que se constituye como una organización social, tutelar o empresarial, quien se aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar el delito de Trata de Personas.

Con respecto a esta circunstancia agravante, se justifica el incremento de la punibilidad cuando el sujeto activo pertenece, es promotor o representante de una persona jurídica, cuyo objeto social se vincula a realizar una labor social con respecto a niños o sean entidades tutelares de los intereses de menores de edad, que brindan servicios educativos, de salud, deportivos, recreativos, religiosos, entre otros, dirigidos al bienestar de los niños. En estos casos, los funcionarios o empleados que laboran en dichas personas jurídicas tienen el control fáctico sobre los niños o ejercen autoridad con respecto a ellos, lo que les permite cometer este delito con mayor facilidad.

c) El sujeto activo del delito tiene un vínculo de parentesco (legal o biológico) con el niño, es su tutor o lo tiene a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar. Es frecuente que la compra y venta de niños se realice por personas de su entorno, quienes ejerciendo autoridad sobre ellos, cometen el delito de Trata de Personas.

d). Cuando existe una pluralidad de agentes que cometen el delito de Trata de Personas, quienes pueden ser dos personas o una banda criminal (artículo 317-B CP), cuyas características son diferentes a las de una organización criminal, pero lo ejecutan de manera concertada.

e) El sujeto activo es parte de una organización criminal, cuyas características se describen en el artículo 317 del Código Penal: “(...) tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos”. Cuando el sujeto activo comete el delito de Trata de Personas siendo integrante de una organización criminal, se le aplicará la pena privativa de la libertad previsto en el inc. 3 del segundo párrafo del art. 153 - A del Código Penal.

### **5.6.2. El sujeto pasivo**

El sujeto pasivo del delito son los niños, niñas y adolescentes, precisando, que el término “niño” en materia penal se define como el ser humano desde que nace hasta antes de cumplir los 14 años de edad y los adolescentes desde los 14 años hasta antes de cumplir los 18 años de edad, de acuerdo con la interpretación del artículo 153 y 153-A del Código

Penal. Cabe precisar, que el niño, la niña y el adolescente es el sujeto pasivo y también es el objeto del delito.

### **5.7. Ejecución del delito: Consumación y Tentativa**

En el contexto del inciso 3 del artículo 153 del Código Penal, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, se entiende consumado el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo realiza alguna de las acciones descritas en la norma penal (tipicidad objetiva); precisando además, que tanto el vendedor como el comprador actúan en concierto de voluntades para realizar la comercialización de un niño, en calidad de autores.

En tal sentido, no es necesario que se materialice la entrega del dinero pactado como precio de la compra y venta, ni las demás cláusulas del acuerdo, para que se consume el delito de Trata de Personas, puesto que, la finalidad de explotación forma parte de la tipicidad subjetiva. Sin embargo, cuando el sujeto activo realiza algunos actos como por ejemplo el ofrecimiento en venta del menor, la aceptación de compra, la negociación sobre el precio de venta u otras condiciones permite acreditar objetivamente la finalidad de explotación.

El grado de tentativa se produce cuando el sujeto activo comienza a ejecutar alguna de las acciones descritas en la norma penal como tipicidad objetiva, cuya finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, pero no se llega a consumir la acción porque existe una interrupción por parte de una autoridad o un tercero, el desistimiento por parte del autor u otras circunstancias ajenas al sujeto activo.

**CAPÍTULO VI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL ES  
UNA COMPRA Y VENTA DE NIÑOS, SEGÚN LA DEFINICIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y UNA  
FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN EN EL DELITO DE TRATA DE  
PERSONAS.**

**6.1. La gestación por sustitución comercial y su ejecución a través de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.**

La doctrina describe las características generales de la “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada”, teniendo en cuenta, que puede variar la forma de su ejecución dependiendo del caso concreto o el país donde se realice, como se señala a continuación:

La maternidad subrogada, conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, puede definirse como el contrato por el que una persona o, más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez puede aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación – aportando o no su óvulo – y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito ([21] recibe el nombre, en este supuesto, de cesión de útero). Tras el nacimiento, la parte comitente es quien se queda con el niño, de manera que éste figure legalmente como hijo de la

persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre portadora a la filiación materna que le corresponde.

La maternidad subrogada, por tanto, alberga varias modalidades en su realización: a). la madre sustituta aporta sólo la gestación (alquila su útero) para continuar con el embarazo de un embrión fecundado con material reproductor de la madre contratante y de su pareja (marido o conviviente). En este caso, la madre de alquiler es madre gestante, pero no biológica; b). La madre de alquiler cede no sólo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería no sólo madre gestante sino también genética o biológica del nacido; c). la madre de alquiler cede sólo su útero y el óvulo proviene de donante anónima. Es decir, se presentan tres maternidades: gestante (de la madre de alquiler), biológica (de la donante) y por voluntad (de la madre contratante) (...) (Morán y Gonzáles, 2013, Revista Jurídica Thomson Reuters, Año1, N° 7, p.49).

En el libro “Cuestiones actuales de Derecho de Familia” se incluye el artículo “Cuestiones de actualidad en materia de reproducción humana asistida” en el cual la autora señala:

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA.

Se lleva a cabo a través de un contrato, oneroso o gratuito, por el cual una mujer consiente en llevar a término una gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los

comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja (matrimonial o no), que podrán o no aportar sus gametos. Por lo tanto, puede existir hasta tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la comitente, que toma la iniciativa y que asumirá la función jurídico – social de madre cuando nazca el niño (maternidad legal o jurídica), la que proporciona el óvulo (maternidad genética) y la que lleva a término la gestación (maternidad de gestación).

En general, los ordenamientos jurídicos rechazan la licitud de esta técnica y no la otorgan ningún tipo de efecto en materia de filiación, considerando madre jurídica a la madre gestante. Sin embargo, algunos países la consienten, imponiendo más o menos requisitos; es el caso de India, Canadá, Reino Unido y algún Estado de Estados Unidos.

(...) Asimismo – como afirma el profesor Lasarte Álvarez -, “de una forma u otra, **el niño nacido in vitro puede terminar convirtiéndose en algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio, conclusión que es absolutamente atentatoria y contraria al respecto a la dignidad humana**” (Martín, 2013, p.143-144)

Como lo describen ambas autoras, en mérito a la “gestación por sustitución o maternidad subrogada”, una mujer se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida - Fecundación in vitro o Inseminación artificial - (utilizando el material genético del aspirante a

progenitor, de un donante anónimo o el óvulo lo aporta la mujer que desarrolla la gestación) logra concebir, desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño y lo entrega a la persona o aspirante a progenitor con quien realizó este pacto, renunciando a la filiación a cambio del pago de una suma de dinero, algún otro beneficio económico o gratuitamente.

Coincidiendo con lo expresado por la última autora citada, se considera que a través de la gestación por sustitución comercial se vulnera la dignidad del ser humano, puesto que, el niño es tratado como un objeto materia de comercio.

En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento 10, se señala:

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, gesté 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 paterna. 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 (ONU, 2018, p. 3).

Se advierte, que la doctrina tiene un criterio uniforme en cuanto a la definición genérica de la “gestación por sustitución”, que consiste en que a una mujer se le practica alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, logra concebir, desarrolla la gestación hasta el nacimiento de un niño o una niña y realiza el traslado del control físico y/o jurídico a favor de una persona o aspirantes a progenitor, sin conservar la Patria Potestad, ni la responsabilidad paterna.

En el informe clasifican la denominada “gestación subrogada en un sentido pleno” y la “gestación subrogada tradicional o parcial”, teniendo en cuenta quién es la persona que aporta el material genético; siendo el primer caso, cuando los aspirantes a progenitor aportan el material genético o es de un donante anónimo, y en el segundo, cuando la mujer que desarrollará la gestación aporta el material genético.

La gestación por sustitución recibe diferentes nombres como: maternidad subrogada, cesión de útero, vientre de alquiler, entre otros, según la clasificación que hace un sector de la doctrina, dependiendo de quién es la persona aportante del material genético. Sin embargo, se observa que estas denominaciones atentan contra la dignidad del ser humano, puesto que, el útero de una mujer no puede ser materia de una cesión, como si fuera un bien mueble (considerando que para el desarrollo de la gestación de un ser humano, no sólo se necesita el buen funcionamiento del útero de una mujer, sino de todo su organismo), ni

tampoco el vientre de una mujer se puede ceder o alquilar, como si fuera un objeto, un vehículo o un departamento.

Es importante tener presente, que los seres humanos, tanto mujeres como hombres, no pueden ser comercializados (en su integridad o una parte de su cuerpo o ser utilizados a cambio de dinero) a través de acuerdos o pactos revestidos con apariencia de legalidad, ni tampoco ser tratados como objetos que pueden cederse, alquilarse, comprarse o venderse.

Según el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en la legislación de la mayoría de los países se tiende a prohibir la gestación por sustitución, sin embargo en algunos lo permiten, como se señala en el fundamento número quince a continuación se cita:

15. (...) 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 plena. 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”. 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 internacional. 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 abusivas. 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 internacional (ONU, 2018, p. 5)

Es interesante resaltar que según el citado informe, países como Camboya, la India, Nepal, Tailandia y el Estado mexicano de Tabasco son ejemplos de Estados o países, que habiendo permitido legislativamente los acuerdos comerciales internacionales de gestación por sustitución están adoptando medidas para prohibirlos o limitarlos ante prácticas abusivas y la evidente comercialización de niños.

#### **6.1.1. Clasificación que realiza la doctrina con respecto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada.**

La clasificación se realiza teniendo en cuenta dos parámetros:

**a). Teniendo en cuenta quién es la persona o las personas que aportaron el material genético.** La doctrina señala lo siguiente:

- a. La Maternidad plena: Es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b. Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- c. Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos (Morán, 2005, p.192).

Estas definiciones generalmente se utilizan en la gestación por sustitución, denominando a la mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida y desarrolla la gestación como madre gestativa. En algunos casos, esta mujer aporta el material genético (su óvulo es fecundado con el espermatozoides de un donante anónimo o del aspirante a progenitor) y desarrolla la etapa de gestación hasta el nacimiento del niño, asumiendo la maternidad plena (madre genética y gestativa). Debe tenerse en cuenta, que si la mujer que desarrolló la gestación entrega su hijo a los aspirantes a progenitor, renunciando a la filiación a cambio de dinero o algún otro beneficio económico, se evidencia en realidad una compra y venta del menor.

Con respecto a la paternidad, en algunos casos el aspirante a progenitor es quien aporta el material genético o espermatozoides, con el cual se insemina a la mujer que desarrollará la gestación o se realiza la

Fecundación in vitro y el embrión es transferido al útero de esta última; y en otros casos el espermatozoide es de un donante anónimo y el hombre asume sólo la paternidad legal (a través de un Proceso de Adopción) pero no tiene un vínculo biológico o genético con el menor.

La gestación por sustitución también recibe otros nombres:

Una de ellas se conoce como **locación o alquiler de útero**, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.

La segunda modalidad, es la **maternidad subrogada propiamente dicha**, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación, sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el espermatozoide del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen – la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad lo es (Morán, 2005, p.196).

Se considera útil la precisión que realiza la autora, teniendo en cuenta al aportante del material genético, explicando que la “maternidad

subrogada propiamente dicha”, es cuando la mujer que desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño aporta el óvulo o material genético, a diferencia de la “locación o alquiler de útero”, que es cuando la mujer sólo desarrolla la gestación sin aportar el material genético (Fecundación in vitro). En la presente investigación jurídica no se hará la distinción en atención al aportante del material genético, sino que se usará el término general: “gestación por sustitución”.

**b). Teniendo en cuenta si la gestación por sustitución es de forma gratuita u onerosa.**

**b.1 La gestación por sustitución gratuita.-** Es considerada un acto altruista, que consiste en que una mujer pacta con una persona o pareja que desea tener un hijo a través de ella, que se le practique alguna de las técnicas de reproducción humana asistida - Inseminación artificial o Fecundación in vitro - desarrollando la gestación hasta el nacimiento de un niño o una niña, el cual entrega legalmente a través de un Proceso de Adopción.

El acuerdo de gestación por sustitución gratuito debería regularse en el Perú a través de una ley especial (permitiendo o prohibiendo dicha conducta). En tal sentido, haciendo un símil con la Ley de Donación de Órganos 28189 del 24 de febrero del 2004 (modificada por la Ley 30473), se permite la donación de órganos dentro de ciertos parámetros o límites y cumpliendo con los requisitos establecidos para ello. En el artículo 7.1 se señala lo siguiente:

7.1 Todo acto de disposición de órganos y/o tejidos, es gratuito. **Se prohíbe cualquier tipo de publicidad referida a la necesidad o disponibilidad de un órgano o tejido, ofreciendo o buscando algún tipo de beneficio o compensación.** 7.2 Los mecanismos de financiamiento para los procedimientos de extracción de órganos y/o tejidos serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. En ningún caso, los costos serán exigidos al donante vivo ni a la familia del donante cadavérico (...).

En este contexto, el tráfico de órganos constituye el “Delito de Intermediación onerosa de órganos y tejidos”, previsto en el artículo 318-A del Código Penal. Cabe precisar, que con las citadas normas se entiende de manera explícita, que el cuerpo de un ser humano (órganos, tejidos, fluidos) no puede ser materia de comercialización y tampoco se puede utilizar a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio económico.

En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el punto G.8, fundamento número sesenta y nueve, se señala:

**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 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 (ONU, 2018, p. 19).

En principio, la “gestación por sustitución gratuita” no es materia de análisis en el presente trabajo de investigación jurídico penal, porque en este supuesto no se entrega un niño recién nacido a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio económico, sino por el contrario, se entiende como un acto altruista. Sin embargo, más adelante tocaremos el tema acerca de los falsos “acuerdos de gestación por sustitución gratuitos o altruistas”, que en realidad son una compra y venta de niños, teniendo en cuenta dos parámetros: a). El considerable pago que realizan los aspirantes a progenitor a favor de la mujer que desarrolla

la gestación hasta el nacimiento del niño y lo entrega; b). Los cuantiosos pagos a los intermediarios, conforme se señala en el informe de la ONU.

## **b.2. La gestación por sustitución onerosa o comercial retribuido con dinero u otro beneficio económico**

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, define a la gestación por sustitución de carácter comercial en el fundamento 38 al 40, precisando:

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 subrogada. 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 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 (ONU, 2018, p. 12-13).

En el informe se define a la gestación por sustitución onerosa, como una transacción comercial “con ánimo de lucro o remunerada”, en virtud de la cual una mujer se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño y lo entrega al aspirante a progenitor con quien realizó la

transacción, renunciando a la filiación a cambio del pago de una suma de dinero, algún otro beneficio económico o la promesa de ello.

Con respecto a esta definición de “gestación por sustitución onerosa o comercial”, se evidencia de manera objetiva, la existencia de un intercambio entre la entrega o el traslado del control físico que se ejerce sobre un niño y la concesión de una suma de dinero u otro beneficio económico o la promesa de ello; determinándose que esta conducta es un acto de comercio o una transacción de compra y venta de un niño, según la definición internacional de los derechos humanos.

En el citado informe se establece tres parámetros o indicadores a través de los cuales se puede determinar que la gestación por sustitución comercial es un acto de compra y venta de un niño:

**a). La remuneración o retribución**, es un elemento principal en la gestación por sustitución comercial, precisando, que es el pago que efectúan los aspirantes a progenitor a favor de la mujer que les traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre el niño nacido a través de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, evidenciándose una compra y venta. Cabe precisar, que este pago puede ser directo y explícito en los países que permiten este tipo de transacciones o se hacen pagos encubiertos, que son detectados al ser “pagos” excesivos y que simulan otro tipo de situaciones, que los denominan “contraprestación por la cesión de útero”, “lucro cesante”, “ayuda económica”, entre otras.

**b). Otro de los indicadores es el reembolso de los gastos no razonables y no detallados en el acuerdo**, constituyendo un pago encubierto por los servicios de gestación y la entrega del niño. Se

considera, que este reembolso por los aparentes gastos efectuados por la mujer que desarrolla la gestación constituye pagos encubiertos (que en realidad es el precio de venta por la entrega del niño recién nacido) cuando no están referidos a los gastos médicos por el tratamiento de fertilidad, controles médicos, análisis, entre otros; o no son gastos propios de la etapa de gestación y el parto, siendo considerados como “gastos no razonables y no detallados”.

Estos pagos encubiertos se presentan también en la ejecución de “la gestación por sustitución denominada altruista”, lo que constituye en realidad un acto de comercio o la compra y venta de un niño.

**c) La participación de intermediarios con ánimo de lucro** es otro indicador de la existencia de una gestación por sustitución de carácter comercial, cuya función principal es poner en contacto a las personas o aspirantes a progenitor y la mujer que se encuentra dispuesta a desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño y entregarlo física o jurídicamente a cambio de dinero o algún beneficio económico. Estos intermediarios pueden realizar actividades de promoción, favorecimiento y/o facilitar los acuerdos de gestación por sustitución comercial, percibiendo grandes beneficios económicos, que como lo señala el citado informe, crean mercados y redes nacionales e internacionales de compra y venta de niños a nivel mundial.

Cabe precisar, que la gestación por sustitución comercial o maternidad subrogada onerosa se define como una “transacción” a través de la cual se pacta la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida (Fecundación in vitro o Inseminación artificial), siendo estas

técnicas reproductivas procedimientos médicos utilizados como **un medio o instrumento** de ejecución de la mencionada transacción, con el objetivo de hacer viable el nacimiento de un niño.

En tal sentido, las técnicas de reproducción humana asistida son actos o procedimientos médicos, que se definen como: “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).

Cabe precisar, que a veces se confunden estos dos conceptos, argumentando los defensores de la gestación por sustitución comercial, que al existir un vacío con respecto a la regulación normativa de las técnicas de reproducción humana asistida o desde su punto de vista al estar permitido el uso de estas técnicas, entonces, también está permitido llevar a cabo este tipo de transacción comercial denominada “gestación por sustitución”; lo que se considera una apreciación equivocada.

Por ejemplo: En la revista “Diálogo con la Jurisprudencia”, en el artículo “Nuevos problemas jurídicos suscitados por las técnicas de procreación asistida” la autora Clara Mosquera (2017), señala que se encuentra en desacuerdo con la sentencia emitida por el Juez Hugo Velásquez Zavaleta, quien ordenó se inscriba en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) como padres de mellizos, nacidos el 19 de noviembre del 2015, a quienes contrataron a una mujer como vientre de alquiler; precisando textualmente en sus conclusiones lo siguiente:

La sentencia bajo comentario no resuelve ningún problema legal ni mucho menos protege ningún derecho de los niños nacidos por vientre de alquiler, por el contrario, da validez a un contrato ilegal y antiético como lo es un contrato de subrogación materna, y vulnera el principio del interés superior del niño y afecta la identidad de dichos niños. (Mosquera, 2017, p.138).

En el mencionado artículo se transcribe la **Sentencia del 21 de febrero del 2017**, emitida por el citado Juez del 5° Juzgado Especializado en lo Constitucional en un Proceso de Amparo, exponiendo como argumento lo siguiente:

**Décimo:** Hasta ahora ha quedado claro que el uso de las técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por la ley de reproducción, lo que significa que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contratos de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún, si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva (...) (Exp. 06374-2016-1801-JR-CI-05, fundamento 10).

Coincidiendo con la citada autora, se considera erróneo el argumento expuesto por el Juez, quien afirma que al estar permitida la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida también están permitidos los contratos de maternidad subrogada, evidenciándose, que

él confunde estas técnicas reproductivas que son procedimientos médicos con un “contrato” como él lo denomina.

Es más, se advierte que el Juez no hace la diferencia entre la gestación por sustitución o maternidad subrogada gratuita de la comercial u onerosa (pagada); teniendo en cuenta, que la transacción de gestación por sustitución comercial o maternidad subrogada onerosa, se considera como una compra y venta de niños, según la definición Internacional de los Derechos Humanos (ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de Relatoría A/HRC/37/60) y una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153 del Código Penal.

Es importante señalar, que en el texto de la sentencia, no se menciona si el contrato de maternidad subrogada (denominación que le asigna el Juez) materia de análisis, era gratuito u oneroso (comercial); puesto que, en el caso de haber sido una transacción comercial de gestación por sustitución (maternidad subrogada onerosa) y la mujer que desarrolló la gestación entregó o realizó el “**traslado**” del control físico o jurídico que ejercía sobre los niños a los aspirantes a progenitor (la pareja contratante) y ellos los “**recibieron**” a cambio de la concesión de una suma de dinero, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, se consumó el delito de Trata de Personas (art. 153 del CP).

En este caso, el mencionado Juez pudo haber incurrido aparentemente en una omisión funcional al no remitir copias certificadas al Ministerio Público para que se investigue el referido delito. Por tanto, se discrepa con el argumento expuesto por el Juez al generalizar indicando que: “los contratos celebrados al amparo del mismo (contratos de útero

subrogado, por ejemplo) también son válidos”; puesto que, ningún Juez Constitucional puede darle validez o legalidad a la gestación por sustitución comercial al constituir una compra y venta de niños, tipificada como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Se discrepa también con lo afirmado en el noveno considerando de la citada sentencia, que señala:

**Noveno:** Esta interpretación además encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N°563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. En ese caso, La Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento (...) (Exp. 06374-2016-1801-JR-CI-05, fundamento 9).

Haciendo una lectura de la sentencia de Casación 563-2011-Lima, emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú, es fácil verificar que en ninguna parte de su texto los magistrados de la Corte Suprema señalan expresamente que le están dando validez al acuerdo de maternidad subrogada y mucho menos exigieron que se cumpla. Una opinión objetiva, es que el referido Juez ha realizado una interpretación subjetiva y errónea con respecto a la citada Casación.

Cabe precisar, que la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, en general, no es lo que se cuestiona, ya

que pueden servir a los seres humanos para lograr la procreación de niños y ser una alternativa válida contra los problemas de infertilidad de muchas parejas o mujeres que desean tener un hijo y no lo logran de manera natural; razón por la cual, no estamos en contra de los avances científicos, sino en contra de la compra y venta de niños a través de la utilización de estas técnicas reproductivas, como un instrumento de ejecución de la transacción comercial denominada “gestación por sustitución”.

En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento 14, se afirma que actualmente se realizan acuerdos comerciales internacionales de maternidad subrogada, estableciendo relaciones transfronterizas:

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, Nepal, la República Democrática Popular Lao y Tailandia. 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

transfronterizas. Además, los aspirantes a progenitor de China suelen contratar la gestación por sustitución en Asia Sudoriental y los Estados Unidos. Todas estas pautas suscitan preocupaciones en el ámbito de los derechos humanos (ONU, 2018, p. 5).

El citado informe refleja una realidad actual a nivel mundial, precisando, que los aspirantes a progenitor (cuya nacionalidad corresponde a un país que se prohíbe expresamente la gestación por sustitución comercial), viajan a países donde existe pobreza extrema, cuya legislación permite este tipo de acuerdos o existe un vacío legislativo al respecto; concertando con una mujer, para que se someta a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, logre concebir, desarrolle la gestación hasta el nacimiento del niño y realice la entrega física o jurídica del menor a cambio de recibir una suma de dinero o algún beneficio económico, lo que internacionalmente se considera una transacción comercial de compra y venta.

Se advierte que estos hechos traspasan fronteras mundialmente, cometiéndose el delito de Trata de Personas, tanto por individuos como por organizaciones criminales, que se constituyen como personas jurídicas aparentemente legales y se dedican a la compra y venta de niños, siendo aplicable la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo.

La gestación por sustitución comercial a nivel internacional se ejecuta, generalmente, en los países como Camboya, la India, Nepal, la

República Democrática Popular Lao y Tailandia, para adquirir un niño recién nacido a cambio de un precio menor de lo que significaría, obtenerlo por ejemplo en el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica (para abaratar costos); siendo otra de las finalidades, pretender burlar la normatividad de los países que prohíben este tipo de transacciones comerciales.

**6.2. La gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños, según la definición internacional de los derechos humanos y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.**

Cabe preguntarse: ¿La gestación por sustitución comercial es en realidad una compra y venta de niños, tipificado como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas?

Ante esta interrogante es necesario realizar un análisis de las Convenciones Internacionales que han sido suscritas y ratificadas por el Perú, así como, la obligación que tiene de incorporar en su legislación penal, los parámetros mínimos establecidos con relación a:

**a). El delito de Trata de Personas** conforme lo establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños o también denominado Protocolo de Palermo.

**b). El delito de Compra y Venta de Niños** conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y el “Protocolo

facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”. Se debe tener en cuenta las conclusiones y recomendaciones que señalan los Informes 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 de la ONU números A/HRC/37/60 y A/74/162, en el año 2018 y 2019, respectivamente.

El Perú como miembro de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” incorporó el delito de Trata de Personas en el artículo 153 del Código Penal, precisando en el segundo inciso que uno de los fines de explotación es la “compra y venta de niños, niñas y adolescentes”, describiendo en el inciso 3 la conducta típica que desarrolla el sujeto activo cuando su finalidad es explotar específicamente a un niño, una niña o un adolescente; consumándose el delito, aunque no se recurra a ninguno de los medios descritos en la norma para ejercer el control sobre el menor.

Sin embargo, con respecto a la **compra y venta de niños**, el Perú no ha incorporado en su legislación penal los parámetros normativos mínimos que los Estados tienen la obligación de incluir, según lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo; precisando además, que se encuentra obligado a tomar todas las medidas necesarias para impedir la venta o trata de niños, “para cualquier fin o en cualquier forma” (artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Este

Protocolo, que es un instrumento jurídico internacional establece el concepto de compra y venta de niños, precisando lo siguiente:

**Artículo 1:** Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

**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 una remuneración o de cualquier otra retribución.(...)

**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.

Como se menciona en el capítulo anterior, en la legislación penal peruana no se incluyó los puntos siguientes:

1. El concepto de compra y venta de niños.
2. En la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas, no se incluyó las acciones: **“Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio un niño”**, precisando, que en la legislación penal se incluyó el verbo “trasladar” como sinónimo de “entregar el control físico o jurídico” que se ejerce sobre un ser humano.

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento 41, precisa:

#### **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 (ONU, 2018, p. 13).

Coincidiendo con el informe de la ONU, se considera que “la gestación por sustitución de carácter comercial constituye una venta de niños, conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los

derechos humanos”, teniendo en cuenta, que consiste principalmente en el intercambio que existe entre la entrega física de un niño por la concesión de una suma de dinero u otro beneficio económico; lo que concuerda con el concepto de compra y venta de niños, denominándose a este intercambio como “acto o transacción” que tiene carácter comercial, según el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

En virtud de esta transacción una mujer no sólo se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, logra concebir y desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño; sino que el objetivo fundamental, es que ella tiene la obligación de entregar el niño o la niña recién nacido, renunciando a la filiación a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio, que en realidad corresponde al precio de venta.

En la gestación por sustitución comercial se advierte claramente, que la mujer que desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño, sólo lo entregará y renunciará a la filiación, siempre y cuando le paguen la suma de dinero acordada, ocurriendo en algunos casos, que ella decide solicitar más dinero de lo acordado y los aspirantes a progenitor pagan un precio mayor, con tal que se realice el traslado del control físico o jurídico que se ejerce sobre el niño; como se grafica en la Casación 563-2011-Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

Por tanto, es evidente que la gestación por sustitución comercial es una transacción de compra y venta de un niño o una niña, constituyendo una finalidad de explotación en el delito de Trata de

Personas; precisando, que el acuerdo o pacto de gestación por sustitución comercial y toda conducta previa a la ejecución de la acción típica, en materia penal se le denomina actos preparatorios (con estos actos se acredita también la finalidad de explotación que es la compra y venta de un niño), al igual que sucede con otros delitos como el “Tráfico Ilícito de Drogas” (compra y venta de drogas tóxicas) o la “Comercialización de Insumos Químicos Fiscalizados” (art. 296 y 296-B Código Penal).

En la primera conclusión del Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento número 72 se señala:

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 (ONU, 2018, p. 20).

El informe señala que debe darse dos condiciones para que la gestación por sustitución no constituya venta de niños, la cuales son:

**1.** Debe reconocerse la condición de madre a la mujer que desarrolla la etapa de gestación y el parto; quien no tiene que estar sujeta a ninguna obligación jurídica de realizar el traslado del control que ejerce sobre el niño (físico o jurídico). La obligación debe estar referida sólo a los actos de gestación y parto, aunque conserve la patria potestad.

**2.** La mujer para que desarrolle la etapa de gestación debe recibir los pagos por lo gastos en que hubiera incurrido antes de la entrega del niño, ocurriendo esto último con posterioridad al parto. Los pagos son

no reembolsables, aunque ella opte por conservar la patria potestad del niño. La mujer no deberá estar obligada a renunciar a su filiación con respecto al niño, pero en el caso que lo haga a favor de los aspirantes a progenitor, tiene que ser de forma gratuita con posterioridad al parto y sin ninguna obligación jurídica.

Con respecto a esta primera conclusión se interpreta, que cuando el Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU menciona “el pago por los servicios de gestación”, se refiere al reembolso por los gastos que hubiera realizado la mujer con la finalidad de desarrollar la gestación hasta el momento del parto, que generalmente son asumidos en su integridad por los aspirantes a progenitor, como puede ser el costo del tratamiento de fertilidad (Inseminación artificial o Fecundación in vitro), medicamentos, vitaminas, exámenes, controles médicos y cualquier otro gasto necesario que hubiera efectuado.

Es importante subrayar, que la mujer no puede recibir ningún pago por desarrollar la etapa de gestación de un niño, puesto que, esta función reproductiva de dar vida a otro ser humano, no puede ser catalogado como un “servicio remunerado” que puede ser comercializado; entendiéndose de manera explícita, que el cuerpo de un ser humano (órganos, tejidos, fluidos) no puede ser materia de un acto de comercio, ni tampoco puede ser utilizado a cambio de la entrega de dinero, remuneración, retribución u otro beneficio.

Cuando una mujer desarrolla la etapa de gestación de un niño a cambio de la entrega de dinero u otro beneficio económico, constituye

la comercialización del uso de sus órganos internos, así como, tejidos humanos; puesto que, este proceso de nueve meses implica utilizar todo su organismo para el desarrollo del concebido, como es la sangre, la placenta y el buen funcionamiento de todos sus órganos internos (corazón, riñones, pulmones, útero, etc.).

Al respecto, sería equivocado pensar que se puede realizar una cotización contable y colocar un precio a la “etapa de gestación de un niño”; porque cabría preguntarse entonces: ¿Cuántos litros de sangre son necesarios para la gestación de un niño durante nueve meses? y ¿Cuál sería el precio por cada litro de sangre?, ¿Cuál es el precio por la utilización de cada uno de los órganos internos de una mujer que desarrolla la etapa de gestación de un niño (corazón, pulmones, riñones, útero, etc.)? o ¿Cuál es el precio de la placenta que se utiliza en la etapa de gestación?; cuando sabemos que el cuerpo de un ser humano no puede ser cotizado como una mercancía.

Queda claro, que no se puede pagar por desarrollar la “etapa de gestación de un niño” ya que es imposible legalmente ponerle un precio, teniendo en cuenta, que el cuerpo de un ser humano no es un objeto de comercio; además, se prestaría para que se pueda realizar “una compra y venta encubierta de un niño”, bajo el pretexto de pagar los servicios de gestación, cuando en realidad lo que pagan es el traslado del control o autoridad que se ejerce sobre el niño recién nacido, constituyendo el delito de Trata de Personas.

Por tanto, no es tan sencillo decir que los aspirantes a progenitor son los padres del menor sólo porque aportaron el material

genético, teniendo en cuenta, que un embrión que permanece congelado en un laboratorio nunca se convertirá en un ser humano, si una mujer no desarrolla la gestación hasta el nacimiento del niño.

La mujer que desarrolló la gestación tiene el derecho a ser reconocida como madre al momento del parto (los médicos que atienden el parto tienen la obligación legal de consignarla como madre del niño en el "Certificado de nacido vivo" teniendo en cuenta - el "Principio mater semper certa est" - madre es la mujer que ha dado a luz, art. 409° del Código Civil) y no renunciar a la filiación a través de un acuerdo, obligándose a entregar al niño a cambio de dinero u otro beneficio económico, porque de darse el caso, se evidenciaría un acto de comercio o la compra y venta del niño, infringiendo además, la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

En la comisión del delito de Trata de Personas, se advierte que así como existen madres y padres que venden a sus hijos (inciso 5 del artículo 153-A del Código Penal) también existen hombres o mujeres que quieren ser padre o madre (en pareja o ellos solos) y compran a los niños a través de una transacción comercial de gestación por sustitución (independientemente de quién sea el aportante del material genético).

En tal sentido, pueden existir también, personas u organizaciones criminales que utilizan este tipo de transacciones para adquirir niños, destinándolos a otra forma de explotación y no precisamente a darles el estatus de hijo (teniendo en cuenta que no hay ninguna autoridad nacional o internacional que controle que los niños

nacidos bajo una transacción de gestación por sustitución comercial, considerada como una compra y venta, no sean sometidos a otras formas de explotación).

### **6.3. Los tres elementos que identifican a la gestación por sustitución comercial como una compra y venta de niños.**

La definición de compra y venta de niños consta de tres elementos o requisitos básicos, los mismos que coinciden en esencia con la transacción de gestación por sustitución comercial y su ejecución, conforme el análisis que se plasma en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, como vemos a continuación en los fundamentos 42 al 51:

**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. (...)

## **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 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 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 internacional. 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 (...).

**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 embrión. (...)

En esas circunstancias, el propio contrato de gestación por sustitución prevé el traslado jurídico de la patria potestad (...). 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”.

**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 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 paterna, 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 (ONU, 2018, p.13 al 15).

Con respecto a la **remuneración o cualquier otra retribución (pago)**, en la compra y venta de un niño al igual que en la gestación por sustitución comercial, el pago de una suma de dinero o cualquier otro beneficio económico, es evidentemente el precio pactado por la entrega del niño; obligación que asume la mujer que se sometió a alguna de las técnicas reproductivas y desarrolló la gestación hasta el nacimiento del menor.

En la gestación por sustitución comercial la remuneración o retribución se pacta de manera explícita, en los países donde la ley lo permite; pero generalmente, en los países donde legalmente no se permite este tipo de transacciones comerciales, este pago es encubierto o disfrazado, con la denominación de “subvención por gastos mensuales”, “contraprestación por la cesión de útero”, “ayuda económica”, “lucro cesante”, entre otros; evidenciándose, que en realidad este pago es el precio de venta por la entrega física y/o jurídica del niño.

Cabe precisar, que el pago o retribución a la mujer que desarrolló la gestación por sustitución comercial se realiza en dinero o concediéndole cualquier otro beneficio económico, pudiendo ser un bien mueble distinto (un vehículo, joyas, entre otros), un bien inmueble, mejorando el estatus de vida, otorgándole un empleo con una buena remuneración en el sector privado, entre otros beneficios.

Con respecto al **traslado del niño (traslado)**, se considera que este elemento define básicamente a la compra y venta de un niño o una niña y a la transacción comercial de gestación por sustitución, coincidiendo con el citado informe al sostener que es fundamental en

ambos casos la entrega o el traslado del control físico o jurídico que se ejerce sobre el niño o la niña y que se realiza directamente o a través de un intermediario.

Cuando la mujer a través de la ejecución de la gestación por sustitución comercial realiza la “entrega o traslado del control físico” que ejerce sobre el niño recién nacido a favor de los aspirantes a progenitor, quienes lo “reciben” dando su conformidad a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero o la promesa de ello, ambas partes desarrollan la “acción típica” (tipicidad objetiva) consumándose el delito de Trata de Personas, concretándose la compra y venta del niño como una finalidad de explotación. En este caso, la mujer es el sujeto activo en calidad de vendedora y los aspirantes a progenitor son el sujeto activo en calidad de comprador, quienes tienen una sola voluntad criminal cuya finalidad es la compra y venta de un niño o una niña.

En la gestación por sustitución comercial se realiza la entrega de dinero, una remuneración o retribución no sólo por el traslado del control físico que se ejerce sobre un niño o una niña como objetivo principal, sino que se obliga a la mujer a renunciar a la filiación (independientemente del aportante del material genético) incluso pactándose antes del nacimiento del bebé, lo que hacen con posterioridad a este hecho a través de un Proceso de Adopción ilegal; lo que se denomina el “traslado del control jurídico sobre el niño o niña”, evidenciándose, una transacción comercial o un acto de compra y venta, que también contraviene lo establecido en la Convención de la Haya

relativo a la Protección del niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Cabe precisar, que en el informe de la ONU se habla del traslado jurídico del control sobre el niño, haciendo la diferencia entre la “maternidad subrogada” y la “gestación por sustitución”, pudiendo ser útil esta diferencia para determinar si la renuncia a la filiación lo realizan a través de una Proceso de Adopción o en el mismo acuerdo de transacción comercial, pactándolo por escrito (como lo hacen en California en los Estados Unidos de Norteamérica); lo que evidencia una compra y venta del niño o niña.

Cuando la mujer decide incumplir el acuerdo de gestación por sustitución comercial y no entregar el niño (física y/o jurídicamente) a pesar de haber recibido el dinero por el traslado del menor, generalmente, los aspirantes a progenitor inician un Proceso Civil, en el cual, el Juez establece la filiación del niño con la finalidad de no vulnerar sus derechos fundamentales (derecho a la identidad, derecho a tener una familia, derecho a la integridad física y psicológica, etc.).

En este supuesto, no debe entenderse que a través de esta resolución judicial se está legalizando o aceptando como válida la gestación por sustitución comercial, ya que constituye un acto de compra y venta de un niño y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas. Para efectos penales es irrelevante quién sea la persona aportante del material genético o a quién se le concede el ejercicio de la Patria Potestad con respecto al menor; sino por el contrario, lo que se establecerá es la existencia o no del delito de Trata de Personas y quiénes

son los responsables. Precisando, que si los autores son los padres se aplicará la circunstancia agravante del art.153-A de Código Penal.

Se considera que **el intercambio (pago por el traslado)** es el tercer componente fundamental en la gestación por sustitución comercial que evidencia la compra y venta de un niño.

En la gestación por sustitución comercial una mujer realiza la “entrega o el traslado del control físico” sobre el niño a favor de los aspirantes a progenitor, quienes “lo reciben” a cambio de la concesión de una suma de dinero, algún otro beneficio o la promesa de ello (como precio de venta) produciéndose “el intercambio”, que es en esencia una transacción de compra y venta; consumándose el delito de Trata de Personas al ser desarrollada la conducta típica o tipicidad objetiva y concretándose también la finalidad de explotación.

En tal sentido, al ser la compra y venta una finalidad de explotación (forma parte de la tipicidad subjetiva del delito) no es necesario que se concrete el pago del precio de venta o los demás acuerdos, teniendo en cuenta que la Trata de Personas es un delito doloso de tendencia interna trascendente o delito de intención, exigiéndose al sujeto activo el conocimiento potencial de los elementos del tipo objetivo y un elemento subjetivo distinto al dolo, como lo es la finalidad de explotación.

Coincidiendo con el Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, concluimos de manera categórica, que la gestación por sustitución es una transacción de compra y venta de un niño o una niña, pudiendo graficarlo de una manera

didáctica en dos etapas, pero teniendo presente, que se trata de un solo hecho criminal que se inicia con actos previos y con una planificación de nueve meses de anticipación, dirigiéndose la conducta del sujeto activo (vendedora y comprador) directamente a la comisión del delito de Trata de Personas. Las etapas son:

a). En mérito de una transacción comercial de gestación por sustitución verbal o escrita, una mujer se somete a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, logra concebir y desarrolla la gestación hasta el nacimiento de un niño.

b). La mujer realiza la “entrega o traslada el control físico o jurídico” que ejerce sobre el niño a favor de la persona o aspirante a progenitor, quien lo “recibe” a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero o cualquier otro beneficio.

En el delito de Trata de Personas el sujeto activo, generalmente, desarrolla primero las acciones descritas en la norma penal (captar, transportar, retener, acoger, recibir) y luego desarrolla los actos de explotación; como por ejemplo: El tratante “capta” a un joven de 18 años en Lima y lo “transporta” hasta Madre de Dios, donde lo explota laboralmente, haciéndolo trabajar en minería ilegal quince horas al día, sin remuneración. Como se señala en el Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el año 2019, en el fundamento número 22 literal g): “Si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación, pueden coexistir independientemente con estos- el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla (...)”.

Se considera que la compra y venta de un niño, a través de la ejecución de una transacción comercial de gestación por sustitución, se inicia cuando una mujer decide procrear un niño con la exclusiva finalidad de venderlo, planificándolo con nueve meses de anticipación; para cuyo efecto, realiza actos dirigidos directamente a la comisión del delito, como es el prestar su consentimiento para que se le practique alguna de las técnicas de reproducción asistida, concebir y desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño, consumándose el delito de Trata de Personas cuando lo “entrega” a los aspirantes a progenitor, quienes “lo reciben” a cambio de la concesión de una suma de dinero, retribución, remuneración, otro beneficio o la promesa de ello.

Como se observa, en el caso de la gestación por sustitución comercial se invierte la secuencia tradicional en la comisión del delito, realizándose primero los actos de explotación, como es pactar este acuerdo que constituye un acto o transacción de compra y venta de un niño (tipicidad subjetiva) y luego se desarrollan las “acciones” descritas en la norma penal o conducta típica (tipicidad objetiva), existiendo toda una planificación del delito de Trata de Personas.

Como se ha mencionado, el delito de Trata de Personas se consume en la segunda etapa de la gestación por sustitución comercial, cuando la mujer (vendedora) desarrolla la conducta típica de “entregar o trasladar el control físico que ejerce sobre el niño” y el comprador de “recibirlo” (aspirantes a progenitor) a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio económico, siendo la finalidad de explotación la compra y venta.

En la primera etapa de la gestación por sustitución comercial se desarrollan actos que acreditan la finalidad de explotación (la compra y venta de niños) y que además, son actos previos a la ejecución de la acción típica del delito de Trata de Personas que están dirigidos directamente a su consumación, los cuales podemos considerar como actos preparatorios.

En el libro “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano” el autor señala que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta, tratando al niño recién nacido como una mercancía y vulnerando su dignidad, como se señala a continuación:

(...) las personas no pueden ser objeto de relaciones jurídicas, ya que ello se opone a su dignidad, el respeto al ser humano, cuyo valor no es susceptible de ser medido; no puede en consecuencia, contratarse la entrega de la persona fruto de la gestación encargada. El niño no puede ser tratado como si fuera un artículo comercial, **o ser producido a cambio de dinero**. Kant decía que “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”. (...) En el caso del vientre alquilado, subrogado o sustituido – dice Mirta Videla -, la maternidad es literalmente descuartizada, debido a que se la transforma en una actividad económicamente rentable. Y agrega que desde la ética “es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame”. Y

Liliana Matozzo de Romualdi afirma a su vez al referirse a la maternidad subrogada, **que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana.**

Convenios de la naturaleza del analizado dan pie a la comercialización de la maternidad, o del cuerpo femenino, lo que no es sino una forma distinta de prostitución, además de traer consigo problemas de distinta especie, entre los cuales señalamos, aparte de los ya mencionados, el que se produce cuando el estudio prenatal informa sobre malformaciones en el feto, situación para la cual generalmente se conviene como *solución*, la del aborto. (...)

Además, añade, se coloca al hijo como *objeto* de la relación jurídica establecida entre la portadora y los dueños del embrión, de la cual resultan una serie de obligaciones, tales como la de no interrumpir voluntariamente el embarazo, facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el embarazo; **también de entregar al niño luego de nacido**, recibiendo tanto la madre portadora y el embrión, primero, como luego el niño, el tratamiento de cosas (...)  
(Sambrizzi, 2001, p.111 a 115)

Coincidiendo con el citado autor, la gestación por sustitución comercial vulnera la dignidad del ser humano y convierte la maternidad en un negocio rentable, precisando, que la obligación principal es la entrega de un niño recién nacido a cambio de dinero u otro beneficio económico,

lo que constituye una compra y venta; tipificado en la legislación peruana como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

#### **6.4. La gestación por sustitución de tipo altruista podría ser un acto encubierto de compra y venta de niños.**

Con respecto a la gestación por sustitución de tipo gratuito o altruista, también puede constituir un acto encubierto de compra y venta de niños, conforme se menciona en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en su fundamento número 69:

69. (...) 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 (...) (ONU, 2018, p. 19).

Coincidiendo con lo establecido en el citado Informe de la ONU, se puede determinar a través de dos parámetros, si una gestación por sustitución es comercial o gratuita:

1. El reembolso de dinero realizado a favor de la mujer que desarrolla la gestación por sustitución y que corresponde a gastos no razonables y no detallados, constituyen un pago encubierto por la entrega del niño.

Se debe entender como gastos no razonables y no detallados las sumas de dinero u otros beneficios económicos que no corresponden a los gastos médicos propios del tratamiento de fertilidad y la gestación del niño hasta su nacimiento (parto). Así también, puede ingresar dentro de este concepto la sobrevaloración de los gastos médicos, cuando se verifica que el tratamiento de fertilidad, medicamentos, controles periódicos, análisis, entre otros, no se ajusta a los valores o precios establecidos por el mercado del país donde se lleva a cabo la gestación por sustitución gratuita.

2. La participación de intermediarios con ánimo de lucro es otro indicador que la gestación por sustitución gratuita en realidad no lo es.

Este es un indicador evidente que el acuerdo de gestación por sustitución altruista en realidad es comercial; teniendo en cuenta, que los intermediarios siempre actúan con ánimo de lucro, para lograr una rentabilidad. Los intermediarios son las agencias que promueven la gestación por sustitución, centros médicos, abogados, personal de salud o cualquier persona que desarrolla la actividad de contactar a los aspirantes a progenitor con la mujer que decide desarrollar la gestación por sustitución y entregar al niño a cambio de dinero o algún otro beneficio económico o la promesa de ello.

Cabe precisar, que los intermediarios en algunos casos participan en la entrega del niño o al efectuarse el pago de una suma de dinero u otro beneficio, dependiendo de cada caso concreto.

En el Informe de la Asamblea General de la ONU A/74/162 sobre “La venta y 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 señala en el fundamento 102, en las recomendaciones finales, lo siguiente:

102. La Relatora Especial exhorta además a los Estados a que adopten las medidas siguientes con respecto a los datos:

a) Poner en marcha medidas para supervisar, registrar y recopilar de manera centralizada datos completos y desglosados sobre el grado y el alcance de los contratos de gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como en el extranjero, las órdenes parentales emitidas y los acuerdos de seguimiento llevados a cabo en consonancia con la determinación del interés superior de los niños nacidos por gestación por sustitución;

b) Garantizar la recopilación de datos sobre intermediarios y clínicas de fecundidad que facilitan los contratos de gestación por sustitución (ONU, 2019, p. 24).

Es importante la recomendación realizada en el citado informe, que con la finalidad de impedir la comisión del delito de Trata de Personas, los países tiene que adoptar medidas de supervisión, registro y recopilación de datos completos de manera centralizada y desglosados,

sobre la existencia de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida como un instrumento de ejecución de acuerdos de gestación por sustitución a nivel nacional (más aún cuando se presume de la existencia de una transacción de gestación por sustitución comercial); lo que tiene que llevarse a cabo en hospitales, centros de salud públicos o clínicas privadas.

Se considera que esta medida tiene que ejecutarse a través de un sistema de registro único a nivel nacional, donde se señale toda la información, la misma que deberá ser verificada y contrastada; precisando, que en el supuesto que exista la presunta comisión de la compra y venta de niños a través de transacciones de gestación por sustitución, como una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas, deberá asumir la competencia el Ministerio Público.

#### **6.5. Las prácticas abusivas en la ejecución de la gestación por sustitución comercial pueden constituir otros delitos colaterales al delito de Trata de Personas.**

El Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, señala en el fundamento 24, que es preocupante que la gestación por sustitución comercial no sólo constituye actualmente una compra y venta de niños, sino que en su ejecución se realizan prácticas abusivas que vulnera los derechos humanos y se cometen otros delitos colaterales, como se cita a continuación:

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 (ONU, 2018, p.8).

Como se menciona en el informe, la gestación por sustitución comercial viola los derechos fundamentales del ser humano al comercializar a los niños como si fueran mercancías, vulnerando su dignidad y concretándose en la práctica una serie de abusos. Asimismo, las prácticas abusivas en la gestación por sustitución viola normas internacionales sobre derechos humanos y también normas internacionales en materia de adopción, como es La Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

El Informe de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60 señala en el fundamento 30, los

abusos que se cometen en la ejecución de la gestación por sustitución comercial:

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 desarrollo. Sin embargo, también 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, p. 10 -11).

Es importante, que en el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica se haya sancionado penalmente a dos personas, que en el ámbito de la gestación por sustitución comercial integraban una

red criminal de venta de niños recién nacidos; incluso también ofertaban a través de un inventario la venta de niños no nacidos, por la suma de US\$ 100,000 dólares cada uno.

Con este hecho se acredita que existen organizaciones criminales que realizan transacciones comerciales de gestación por sustitución, que en realidad son una compra y venta de niños recién nacidos, que incluso los ofrecen a través de catálogos antes de nacer (como si fuera la venta de un bien futuro) por sumas de dinero elevadas; lo que en el Perú se tipifica como delito de Trata de Personas.

Por tanto nos queda claro, que para todos los países que han suscrito y ratificado la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo de Palermo”, así como, 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”, incorporando en sus respectivas legislaciones penales el delito de Trata de Personas, en la que se incluye como una finalidad de explotación la compra y venta de niños o seres humanos como es el caso del Perú, se tiene que sancionar penalmente a las personas que a través de la ejecución de una transacción comercial de gestación por sustitución realicen la compra y venta de un niño.

Los hechos descritos grafican lo importante que significa sancionar penalmente la compra y venta de niños nacidos como consecuencia de la ejecución de una transacción comercial de gestación por sustitución, utilizando como instrumento alguna de las técnicas de

reproducción asistida, lo que constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En el citado informe de la ONU se señala que: “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”. Esta declaración, evidencia que a través de la gestación por sustitución comercial se venden niños a nivel mundial y actualmente se ha convertido en una industria que mueve miles de millones de dólares, considerando a los niños como un objeto o mercancía.

El citado comentario coincide con lo que se menciona en el Boletín N° 5272, publicado en la página web del Congreso de México en septiembre del 2018, bajo el título “La maternidad subrogada es una forma disfrazada de Trata de Personas, no hay ley que la evite y sancione: López Landero”, referido a la gestación por sustitución comercial que es permitida en los Estados mexicanos de Tabasco y Sinaloa, señalando:

16-03-2015. La presidenta de la Comisión Especial de Lucha contra la Trata de Personas, diputada Leticia López Landero (PAN), afirmó que México enfrenta hoy el desafío de la **trata de personas disfrazada que significa la maternidad subrogada**, convertida en uno de los delitos más lamentables que puede cometer un ser humano contra otro. (...). En esa ocasión al presentar la obra, Rafael Estrada Michél, director general del Instituto Nacional de Ciencias Penales y consejo consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), **apuntó que la maternidad**

**subrogada convierte a la mujer en una máquina de hacer bebés, la cual puede venderse con fines de explotación. (...).**

Marcelo Bartolino Esparza, director de Asuntos Públicos de Early Institute, coautor del libro junto con Adrián Rodríguez Alcocer, resaltó la ambigüedad de conceptos respecto a la maternidad subrogada, y dijo que “es más precisa la figura de explotación”. Señaló que **el altruismo para ayudar a las parejas infértiles se mercantilizó con la compensación económica a cambio de la entrega de un bebé. (...)**

Por su parte, el coautor Rodríguez Alcocer, abogado del Early Institute, mencionó que **la maternidad subrogada se ha convertido en un negocio altamente rentable, en el cual se crean redes de explotación, condiciones que prevalecen en México, ya que no existen leyes suficientes que lo impidan y “cuando las hay no se cumplen”.**

Agregó que esta práctica ha permitido que se genere un mercado, donde se pone a la venta a las madres y a los bebés. **Las mujeres que alquilan su vientre llegan a recibir un pago de alrededor de 35 mil pesos, mientras que las clínicas que realizan este proceso médico cobran hasta 37 mil dólares, lo cual es un negocio rentable** (López, Congreso de México, 2018, p.1-2).

Es importante observar la experiencia mexicana en los Estados de Tabasco y Sinaloa donde se legisló a favor de la gestación por sustitución comercial, verificándose según la citada autora, que esta

transacción comercial es en realidad una compra y venta de niños, denominándolo “La maternidad subrogada es una forma disfrazada de Trata de Personas, no hay ley que la evite y sancione”.

En la cita, el abogado Adrián Rodríguez Alcocer señala que la maternidad subrogada se ha convertido en un negocio altamente rentable para las clínicas, las cuales cobran por el proceso médico aproximadamente treinta y siete mil “dólares americanos”, mientras que las mujeres que aceptan someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, desarrollar la gestación hasta el nacimiento de un niño y entregarlo, lo hacen por la suma de treinta y cinco mil “pesos mexicanos”, existiendo una red de explotación en México. Asimismo, se señala que hasta la gestación por sustitución de carácter altruista se terminó mercantilizando al existir un pago o compensación económica por la entrega del bebé recién nacido.

El testimonio de los citados autores coincide con lo que se plantea en el presente trabajo de investigación jurídica y lo que señala la Organización de las Naciones Unidas al afirmar que la gestación por sustitución comercial constituye una compra y venta de niños, que en el Perú es una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas; precisando además, que la gestación por sustitución altruista también puede constituir una compra y venta de niños encubierta.

En el artículo “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y Justicia Global versus Bioética liberal”, se señala:

En países como India, Tailandia, Ucrania e incluso México, la llamada gestación subrogada se ha implementado como

explotación reproductiva organizada por las agencias y clínicas beneficiarias.

Dickenson ha denunciado que la subrogación ha quedado subsumida en la tendencia global que fomenta la mercantilización de los cuerpos y compromete derechos humanos básicos en los sectores más vulnerables: «El bando a favor del alquiler de vientres enfatiza los beneficios de la práctica, entre los cuales se cuentan la diversidad de opciones reproductivas y concesiones para el pluralismo sexual. Pero aunque esas puedan ser consideraciones genuinas e importantes, no se las puede poner por encima de la necesidad de evitar la explotación de algunas de las mujeres más vulnerables del mundo». (...) Los intermediarios – agencias y clínicas – se lucran en lo que numerosas organizaciones internacionales, como Stop Surrogacy Now, Center for Bioethics and Culture en los Estados Unidos y Early Institute en México, denuncian como trata reproductiva y tráfico de bebés.

Ergas expone dos pendientes resbaladizas: la creación de un mercado de bebés por encargo, de un lado, y del otro, dada la disparidad de las legislaciones nacionales, el fenómeno de los bebés apátridas. 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).

En el citado artículo, se describe el negocio rentable que significa la comercialización de niños a través de la gestación por sustitución comercial, desarrollando esta actividad lucrativa las agencias y clínicas, quienes generalmente actúan como intermediarios; lo que se considera, constituye el delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños.

Además, el autor describe un caso más de abuso en contra de bebés nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución comercial, evidenciando la comercialización de un niño a quien se le trata como un objeto o “una mercancía defectuosa” que una pareja australiana rechaza porque el menor presenta Síndrome de Down, lo que viola su dignidad como ser humano de la manera más humillante y significa una realidad que no se puede permitir.

En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en los fundamentos 31 al 33, se mencionan otras prácticas abusivas en la ejecución de la gestación por sustitución de carácter comercial, precisando:

31. En otra causa de California, Cook c. Harding, 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”.

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”.

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 niños (ONU, 2018, p.11).

En el mismo sentido, el autor del libro “Bioética y Derecho Privado, fragmentos de un diccionario”, hace el comentario siguiente:

La doctrina norteamericana sugiere recorrer la vía de la reglamentación de los contratos de surrogate motherhood con el propósito de tutelar los derechos individuales de los diversos contrayentes (por ejemplo, el derecho a la gestante de recurrir al aborto), así como de asegurar el regular cumplimiento. En toda otra perspectiva, los proyectos legislativos de normatividad de la fecundación asistida en nuestro ordenamiento sancionan con la nulidad los acuerdos de maternidad subrogada y atribuyen el status de madre a la mujer que alumbró (Busnelli, 2003, p.12-13).

Como lo mencionan los citados autores, en los países en los cuales se encuentra regulada la gestación por sustitución comercial, como en el Estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica, se realizan prácticas abusivas que violan los derechos humanos, como es el aborto selectivo; lo que es una práctica abusiva y totalmente violatoria del

derecho fundamental a la vida, pretendiendo regular legislativamente quién decide el aborto (la muerte del concebido), si los aspirantes a progenitor o la mujer que desarrolla la gestación por sustitución, como si el concebido no fuera “sujeto de derecho”, considerándolo como un simple objeto o mercancía que pueden descartar en cualquier momento. Como sabemos en el Perú el aborto constituye un delito tipificado en los artículos 114 al 116 del Código Penal.

Otra de las prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial es el abandono de los niños nacidos como consecuencia de este tipo de transacción comercial, ya sea porque presentan algún tipo de discapacidad o porque simplemente los aspirantes a progenitor se desistieron de adquirirlo, como si se tratara de una mercancía que ya no es de su interés. En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento 29, se señala lo siguiente:

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 (ONU, 2018, p. 10).

Como se menciona, estas prácticas abusivas en la gestación por sustitución comercial están documentadas por la Organización de las Naciones Unidas; precisando, que en el Perú la compra y venta de un niño y su posterior abandono, constituye no sólo el delito de Trata de Personas, sino además, el delito de Exposición o Abandono a Personas Incapaces (art.125 Código Penal) existiendo un Concurso real de delitos.

En la gestación por sustitución comercial cuando se produce el nacimiento de un niño, la mujer tiene que renunciar a la filiación con respecto al bebé, lo que generalmente se realiza a través de un Proceso de Adopción ilegal (porque existe una compra y venta del niño).

En este caso, si el médico que atendió el parto consigna en el “certificado de nacido vivo” a los aspirantes a progenitor como padres del menor (sin considerar como madre a la mujer que desarrollo la gestación y el parto); y posteriormente, se inscribe así en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), se configura el delito de Alteración o Supresión de la Filiación del Menor (art.145 CP), el delito Contra el Estado Civil – Fingimiento de Estado de Gravidéz o Parto (art. 144 CP) y el delito Contra la Fe Pública – Falsedad Ideológica (art. 428 CP) en agravio del niño y del Estado; además del delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, según cada caso concreto.

Se puede actuar como autor o como un agente que promueve el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños a través de la gestación por sustitución comercial, mediante propaganda publicitaria, en medios de comunicación masivos o redes sociales, como se expone en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, señalando en el fundamento 30º lo siguiente: “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**” (ONU, 2018, p.10-11).

Por ejemplo, tiene la calidad de autor del delito de Trata de Personas la persona o personas que “retiene” a un niño (nacido como consecuencia de una gestación por sustitución comercial) en el centro médico donde se produjo su nacimiento y lo “entrega” a los aspirantes a progenitor, quienes lo “reciben”; registrándose en el certificado de nacido vivo a estos últimos como padres a pesar de saber que no lo son, para facilitar su salida del país.

En Argentina, el Código de Ética en Reproducción Asistida de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) señala:

9.1 La subrogación comercial no es éticamente aceptable. Por tanto, los centros de reproducción asistida y/o profesionales no deben intervenir cuando hay un arreglo económico de por medio.

9.2 Sólo en casos excepcionales se podrá considerar la subrogación altruista por los centros de reproducción asistida y/o

profesionales, cuando exista una clara y documentada indicación médica, cuando se haya realizado una correcta evaluación psicológica y social del caso, cuando exista un claro entendimiento de las implicancias médicas, éticas, sociales y legales (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, 2012, p 11).

Es importante que el Código de Ética argentino realice esta prohibición expresa a los centros de reproducción asistida y a los profesionales de la salud, teniendo en cuenta que la gestación por sustitución comercial es una compra y venta de niños, según la definición internacional de los Derechos Humanos de la ONU.

#### **6.6. Las adopciones ilegales como una forma de compra y venta de niños, conforme a las Convenciones Internacionales.**

El “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”, establece en el artículo 3 literal a. ii) lo siguiente:

Artículo 3: 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:

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.

El Perú todavía no ha cumplido con la obligación, como Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, de incluir en su legislación penal la compra y venta de niños a través de las adopciones ilegales, que violan los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de adopción.

En la gestación por sustitución comercial el principal objetivo es que la mujer que desarrolló la gestación entregue al niño a los aspirantes a progenitor, renunciando a la filiación a través de un Proceso de Adopción a cambio del pago de una suma de dinero u otro beneficio económico, violando las normas nacionales e internacionales sobre esta materia, lo que constituye una compra y venta, que es una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

En el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento número 24 al 26, se señala lo siguiente:

24. (...) 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 biológicos. Ante ello, la comunidad internacional insistió en que el interés superior del niño fuera la “consideración primordial” en la esfera de la adopción, creó normas que exigían la regulación estricta de los aspectos financieros de la adopción internacional, procuró proteger a las familias biológicas vulnerables y negó que los candidatos a progenitor adoptivo tuvieran derecho a tener un hijo. 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 cumplimiento.

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 (ONU, 2018, p. 8-9).

Coincidiendo con el citado informe, se afirma que la industria de la gestación por sustitución de carácter comercial viola la prohibición internacional referida a la comercialización de niños y las normas de derechos humanos, pretendiendo legitimar prácticas ilícitas que distorsionan los Procesos de Adopción, obligando a la mujer que desarrolló la gestación por sustitución a entregar en adopción el niño nacido a través de la utilización de alguna de las técnicas de reproducción asistida (traslado jurídico del niño) a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero u otro beneficio. En el citado Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento número 48, se señala:

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 progenitor (ONU, 2018, p. 14-15).

La renuncia a la filiación con respecto a un niño a cambio del pago de una suma de dinero o algún beneficio económico, conforme se pacta en la gestación por sustitución comercial, constituye una compra y venta; siendo aún más reprochable, si la renuncia a la filiación es a través de un Proceso de Adopción, violando las normas legales que lo regulan y transgrediendo 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. El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, fundamento 37 señala:

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 nacional. 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 niños (ONU, 2018, p.12).

El Perú tiene la obligación de cumplir estrictamente con lo establecido en la Convención de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, adoptando una política criminal adecuada para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para formar familias, utilizando como un mecanismo la gestación por sustitución comercial, que constituye claramente una compra y venta de niños y una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas, conforme a nuestra legislación penal.

La Convención de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de la Organización de las Naciones Unidas del 29 de mayo de 1993, señala lo siguiente:

**ARTÍCULO 1o.** El presente Convenio tiene por objeto:

**a)** Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional; **b)** 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;**

**c)** Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio. (...)

**ARTÍCULO 4o.** Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: **a)** Han establecido que el niño es adoptable;

**b)** Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

**c)** Se han asegurado de que: 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen. 2. Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito. **3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados,** y 4. **El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño;** y

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, 1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario. 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño. 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y **4. El**

**consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. (...)**

**ARTÍCULO 15.1.** Si la autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. 2. Esta autoridad central transmitirá el informe a la autoridad central del Estado de origen.

Es importante resaltar, que la Convención de La Haya establece que en el Proceso de Adopción se debe tener en cuenta fundamentalmente el “Principio del interés superior del niño” y el respeto a sus derechos constitucionales; cada Estado debe incluir en su legislación mecanismos para evitar que esta institución jurídica no sea utilizada de manera fraudulenta, sobre todo cuando se produce la sustracción, la venta o el tráfico de niños y se utilice para cambiarle la identidad y la filiación ilegalmente.

En el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) establece en el título II el procedimiento de Adopción, precisando:

**Artículo 115º Concepto.** La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial

entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Es importante que la Convención de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional establezca los principios rectores en materia de Adopción como son:

a). El consentimiento de la persona o pareja que entrega su hijo en adopción debe ser gratuito, libre y voluntario; vale decir, que no se haya obtenido mediante el pago de dinero o alguna compensación económica. Asimismo, no puede obligarse a los padres del menor a conceder el consentimiento para la adopción a través de un acuerdo o transacción comercial de gestación por sustitución, puesto que, constituye una evidente compra y venta que contraviene la Convención de la Haya.

b). El consentimiento para la adopción debe darse únicamente después del nacimiento del niño, no pactándose antes como sucede en la transacción comercial de gestación por sustitución.

c). Se reconoce como madre a la mujer que desarrolló la gestación hasta el nacimiento del niño (independientemente que quién aportó el material genético).

En el Perú, el Decreto Legislativo 1297 “Para la protección de niñas, niños y adolescentes, sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos” y su reglamento, D.S. 001-2018-MIMP, establece que **el procedimiento de adopción es gratuito y confidencial** y señala la

prohibición que el solicitante de la adopción tenga contacto con los padres biológicos del menor que será entregado en adopción (artículos 135 y 143).

El D.S. 001-2018-MIMP del 2018 señala en el artículo 4 las circunstancias o supuestos de desprotección familiar:

**Artículo 4. (...)**

**b. Amenaza o afectación grave para la vida, salud e integridad física** de la niña, niño o adolescente. Entre otros:

**b.2 Cuando la niña, niño o adolescente haya sido identificada/o como víctima del delito de trata de personas** y dicha situación se vincule al incumplimiento de los deberes de cuidado de los integrantes de la familia de origen (...). **Corresponde al Ministerio Público** determinar la participación o no de la familia de origen en el delito.

También son supuestos de desprotección familiar: el **Trabajo infantil** en situación de calle o aquel que suponga una afectación de derechos que revista gravedad; la inducción a **la mendicidad, delincuencia, explotación sexual, trabajo forzoso o cualquier otra forma de explotación** de similar naturaleza o gravedad, que son formas de explotación, tipificado en el delito de Trata de Personas.

En el caso que los padres o tutores de un menor presten su consentimiento para entregarlo en adopción (traslado del control jurídico) a cambio de una suma de dinero o cualquier otro beneficio, se configura una compra y venta (definición prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo), que constituye una finalidad de

explotación en el delito de Trata de Personas (art. 153 CP); por tanto, es importante tipificar de manera específica esta situación en el Código Penal, sobre todo en el supuesto de **Adopción en vía de Excepción** (artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por el Decreto Legislativo 1297), donde existe un vínculo de parentesco entre el adoptante y el menor o con uno de sus padres biológicos.

El reglamento establece como sanción grave de los administrados y de los organismos acreditados y/o sus representantes: **“realizar o promover actos de corrupción y/o tráfico de influencias”** (art. 216.1.3 y 216.2.3 literal c), actos que constituyen un delito.

El Código de los Niños y Adolescentes, debería establecer expresamente que el consentimiento para la adopción sólo puede otorgarse después del nacimiento del niño, como lo establece la Convención de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional; asimismo, que constituye una compra y venta el otorgar el consentimiento para entregar en adopción a un niño a cambio de una suma de dinero o cualquier otro beneficio, porque transgrede la mencionada Convención. Cabe precisar, que la norma administrativa nos remite al Código Penal en el caso de existir alguna conducta prevista como delito; razón por la cual, se propone que se tipifique con claridad que la adopción ilegal constituye una compra y venta de niños y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

Con respecto a la gestación por sustitución, se señala: “(...) la admisión de esta técnica supone, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se obvian los requisitos

que la ley requiere para que la misma pueda ser concedida (...)” (Sambrizzi, 2001, p. 115).

Coincidiendo con la opinión del citado autor, se considera que a través de la gestación por sustitución comercial se obvian los requisitos de idoneidad que deben tener los aspirantes a progenitor, no sometándose a ninguna evaluación ante una autoridad, lo que constituye una vulneración a los derechos del menor.

La Convención de la Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece, que para llevar a cabo la Adopción de un niño, debe existir una evaluación por parte de las autoridades de cada país, para determinar si los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, si tienen la capacidad jurídica para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, entre otros parámetros de evaluación, para efecto de garantizar que el niño se desarrolle física y psicológicamente en un ambiente adecuado, respetándose sus derechos constitucionales.

El Código de los Niños y Adolescentes (modificado por el Decreto Legislativo 1297) establece estos requisitos de idoneidad que deben tener los adoptantes, recogiendo los principios rectores de la Convención de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional; sin embargo, en la gestación por sustitución no se toman en cuenta y ninguna autoridad ejerce el control sobre ello.

**6.7. Análisis de la Casación Exp. 563-2011- Lima, emitida por la Corte Suprema de la República, Sala Civil Permanente, con carácter no vinculante, con respecto a una transacción de gestación por sustitución comercial.**

Desde un punto de vista del Derecho Penal, se analizarán los hechos descritos en la Sentencia de Casación en materia Civil, con respecto a una transacción de gestación por sustitución comercial.

**Recurso de Casación presentado por:** Isabel Zenaida Castro Muñoz contra la sentencia del 30/11/2010, que confirma la apelada del 15/04/2010, en la que se declara fundada la Demanda de Adopción por Excepción, declarando a una menor como hija de Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el 26/12/2006.

**Demanda de Adopción** presentada por: 1). Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone (aspirantes a progenitor) y 2). Isabel Zenaida Castro Muñoz (madre biológica) y Paúl Frank Palomino Cordero.

**Hechos:** a). El acuerdo denominado “vientre de alquiler” (gestación por sustitución comercial) fue pactado verbalmente por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero.

b). Ejecución: Isabel Zenaida Castro Muñoz fue inseminada artificialmente en la Clínica Miraflores (según lo dicho por Giovanni Sansone), siendo fecundado su óvulo con el espermatozoides de Giovanni Sansone, quedando embarazada y desarrollando la gestación hasta el nacimiento de una niña el 26/12/2006; en cuya Partida de Nacimiento

figura como hija de Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero.

c). La niña fue “**entregada**” por Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero a Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, quienes la “**recibieron**” el 04/01/2007, (cuando contaba con nueve días de nacida). Se acredita con el acta de entrega provisional de la menor, con firma legalizada ante Notario. Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone entregaron la suma de US\$ 19,800.00 dólares americanos a favor de Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero, quienes renunciaron a la filiación a través de un Proceso de Adopción.

d). El Proceso de Adopción Civil: Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño presentan una “Demanda de Adopción por excepción” con respecto a una niña, argumentando que Paúl Frank Palomino Cordero es sobrino de esta última. Los demandados son Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero, quienes se allanan a la demanda. Posteriormente, Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste de dar su hija en Adopción, sin embargo, el Juez lo tuvo por no presentado. Se realizó una prueba de ADN, concluyendo que el padre biológico de la niña es Giovanni Sansone y no Paúl Frank Palomino Cordero. El Juez declara fundada la demanda de Adopción.

La Sala Superior confirma la sentencia que declara fundada la demanda de Adopción, señalando en el tercer considerando lo siguiente:

TERCERO: IV. d). Se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente procreó a la niña, aceptando ser

inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad **(...) un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.**

En el análisis que realizan los magistrados de la Corte Suprema y que se plasma en la resolución judicial de Casación se señala:

**OCTAVO:** (...) se encuentra acreditado que: i). los demandantes y los demandados **acordaron** que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor (...) **para que luego ésta sea entregada a los demandantes**, lo que se concretó.

**DÉCIMO:** (...) nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, **además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de la gestación de la**

**demandada y en otros casos como una “ayuda económica”** quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista de los sentimientos de padres que aluden tener (...)

**UNDÉCIMO:** (...) se tiene las copias certificadas del proceso penal N°42961-2009 (...) **el veintiocho de septiembre del dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor (...) el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor (...) con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habrían recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos (...) se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño (...) la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos con respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la

amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**” (...).

**Análisis:**

a). Se considera que el caso descrito es una gestación por sustitución comercial, teniendo en cuenta, que Isabel Zenaida Castro Muñoz (con aceptación de Paúl Frank Palomino Cordero) fue inseminada con el esperma de Giovanni Sansone y desarrolló la gestación hasta el nacimiento de una niña que fue entregada a los nueve días de nacida, en enero del 2007, renunciando a la filiación a través de un Proceso de Adopción y recibiendo una suma de dinero.

Dina Felicitas Palomino Quicaño dice que entregó varias sumas de dinero a Isabel Zenaida Castro Muñoz por “diferentes motivos”, mientras que esta última señala que el dinero lo recibió como una ayuda económica (recibió la suma de US\$19,800.00). Se entiende que se materializó la gestación por sustitución de carácter comercial, como se señala en el décimo considerando de la resolución; recibiendo Isabel Zenaida Castro Muñoz sumas de dinero mensuales durante la etapa de gestación, denominándolo: “ayuda económica”, expresando los magistrados que existió un evidente interés económico.

b). Los hechos ocurrieron en el 2006, cuando en el Perú no se encontraba tipificado el delito de Trata de Personas (art.153 del CP).

c). Tomando como referencia la definición que establece la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo: “**Artículo 2:**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 (...)”. Se opina, que los hechos narrados en la Sentencia plasman la compra y venta de una niña.

En tal sentido, si los hechos hubieran ocurrido actualmente, se habría consumado el delito de Trata de Personas, (art.153 del CP) al haberse desarrollado la conducta típica; puesto que, la madre biológica “entrega” a la niña a los aspirantes a progenitor, quienes “la recibieron” concediendo el pago de una suma de dinero, renunciando a la filiación a través de un Proceso de Adopción.

d). Analizando el Proceso de Adopción con la legislación actual, desde nuestro punto de vista, Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone habrían cometido el delito de Fraude Procesal en grado de tentativa (art. 416 CP) en agravio del Poder Judicial, porque presentan la Demanda de Adopción por Excepción con respecto a la niña, argumentando que esta última es hija biológica de Paúl Frank Palomino Cordero a pesar de saber que el padre biológico era Giovanni Sansone, (aportante del esperma utilizado en la inseminación artificial), lo que se acreditó con la Pericia de ADN. Se opina, que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero habrían cometido el mismo delito al allanarse a la demanda.

Se llega a la conclusión que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino habrían cometido el delito de “Alteración o supresión de la filiación del menor” (art. 145 del CP) en agravio de la niña, al atribuirle una falsa filiación; además, habrían cometido el delito Contra la Fe Pública – Falsedad Ideológica (art. 428 del CP) en agravio del RENIEC (en aquella época la Municipalidad Distrital del lugar de nacimiento de la niña), al hacer insertar en la Partida de Nacimiento de la menor (instrumento público) como padre biológico a Paúl Frank Palomino sabiendo que no lo era, utilizando dicho documento público al presentarlo ante la judicatura.

Según la resolución judicial la renuncia a la filiación con respecto a la niña a través de un Proceso de Adopción sucedió después de haberle entregado dinero a la madre biológica, lo que se corrobora con lo manifestado por Dina Felicitas Palomino Quicaño, quien señaló que Isabel Zenaida Castro Muñoz le pedía dinero amenazándola con frustrar la Demanda de Adopción. Es evidente, que en el Proceso de Adopción se transgredió las normas que lo rigen, teniendo en cuenta que el consentimiento de los padres para dar en adopción a un hijo tiene que ser gratuito y no después de haber recibido alguna suma de dinero, lo que se considera como una compra y venta.

e). Los Jueces Civiles, Constitucionales y de otras especialidades, tienen la obligación legal de remitir copias certificadas al Ministerio Público ante la presunta comisión de un delito (Omisión de Denuncia, art. 407 del CP).

f). Se tiene claro, que los magistrados de la Corte Suprema al resolver la Casación planteada se han pronunciado en salvaguarda del

interés superior de la niña y para que no se siga vulnerando sus derechos constitucionales a la identidad y a la filiación, ante un hecho consumado, como es el haber nacido como consecuencia de una gestación por sustitución comercial. Es importante subrayar, que en esta resolución judicial de ninguna manera se otorga validez o legalidad a la gestación por sustitución comercial; más aún, cuando en realidad se considera una compra y venta de niños, lo que constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas.

El Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en el fundamento 75 y 76, concluye:

**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 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 (ONU, 2018, p.21).

Se tiene que dar cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y específicamente la obligación de **prohibir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución**; precisando, que nuestro país tiene que adoptar una política criminal más efectiva para sancionar penalmente a todos aquellos que realicen la compra y venta de niños a través de transacciones comerciales de gestación por sustitución y adopciones ilegales, lo que constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, así como, una práctica violatoria de las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos.

**CAPÍTULO VII: PROPUESTA LEGISLATIVA EN ATENCIÓN A LAS  
CONVENCIONES INTERNACIONALES SUSCRITAS Y RATIFICADAS  
POR EL PERU.**

**7.1. Propuesta de modificación del artículo 153° del Código Penal**

El delito de Trata de Personas incluye como una finalidad de explotación la compra y venta de niños, niñas y adolescentes, razón por la cual, se tiene que incluir en el mencionado tipo penal lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que señala:

**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 el 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 que preste su consentimiento para la adopción de un niño, en violación de los

instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.

En tal sentido, se propone incluir lo siguiente:

**1. Las acciones o verbos:** Ofrecer, aceptar y negociar, por cualquier medio un niño. Es importante establecer la definición de las acciones que desarrolla el sujeto activo del delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de niños.

**a). La acción de ofrecer:** El diccionario señala:

**OFRECER:** Prometer, obligarse. Proponer. Dar voluntariamente algo. Manifestar, publicar, exhibir (...)” (Cabanellas 1979, tomo IV pág. 667). También es sinónimo de “oferta” que significa: “Propuesta o promesa de dar, hacer, cumplir o ejecutar. Iniciativa contractual. Objeto o cosa que se da como regalo. Mercadería que se propone en venta como precio rebajado (Cabanellas 1979, tomo IV pág. 659).

Con relación al delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, una niña o un adolescente, la acción de ofrecer se produce cuando una persona manifiesta su voluntad de entregar o hacer algo a favor de otra persona, pretendiendo obtener una retribución en dinero o algún otro beneficio. Por ejemplo: Una persona ofrece entregar o trasladar el control físico o jurídico que ejerce sobre un niño a otra persona o grupo de personas a cambio de dinero o algún beneficio.

Este ofrecimiento de la venta de un niño, una niña o un adolescente se puede realizar directamente de una persona a otra o públicamente a través de redes sociales o anuncios publicitarios a través de medios de comunicación. Asimismo, el ofrecimiento puede ser verbal o escrito.

**b). La acción de aceptar:** El diccionario señala el significado: “**ACEPTACIÓN:** Manifestación de consentimiento concorde con un ofrecimiento o propuesta. Aprobación, asentimiento. Acogimiento favorable de un plan o proyecto (...).” (Cabanellas 1979, tomo I pág. 99)

La compra y venta de un niño como finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, parte de un concepto básico como es la entrega de un niño o una niña a cambio de una retribución en dinero o algún otro beneficio. Por tanto, esta acción se refiere a aceptar la propuesta u ofrecimiento de venta de un menor de edad.

Es importante señalar, que en esta nueva estructura, el delito de Trata de Personas se consuma cuando el sujeto activo, ya sea en calidad de vendedor o comprador, realiza alguna de las acciones típicas con la finalidad de explotación a un menor de edad. En el caso del vendedor, se consumará el delito cuando realice el ofrecimiento de venta de un niño, independientemente si el comprador acepta o no este ofrecimiento. Asimismo, cuando el comprador haga el ofrecimiento para comprar un niño, se consumará el delito de Trata de Personas independientemente que se acepte dicha propuesta.

En este contexto, cuando una de las partes realice la acción de “ofrecer” la venta de un niño o una niña y la otra parte realice la acción de

“aceptar” el ofrecimiento, queda efectuado el acuerdo de voluntades o la compra y venta y configurado el delito de Trata de Personas, teniendo como coautores tanto al vendedor como al comprador; sin necesidad de realizar la entrega física del menor, ni tampoco el pago del precio de venta, puesto que, esto último forma parte de la finalidad de explotación (la definición de compra y venta de un niño es la entrega de este último a cambio de dinero o algún beneficio) como parte de la tipicidad subjetiva del delito.

**c) La acción de negociar:** El significado literal de la palabra es el siguiente: “**NEGOCIAR:** Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro (...)” (Diccionario Enciclopédico Quillet 1978, p. tomo IV 375).

Con respecto a la compra y venta de niños, la acción de negociar o la “negociación” se refiere al intercambio de propuestas que pueden realizar, tanto el vendedor como el comprador, dependiendo de quién tome la iniciativa para lograr llegar a un acuerdo concreto, que en esencia será la entrega del niño a cambio de una retribución o algún otro beneficio. Lo que se podrá negociar, por ejemplo, es la forma de la entrega del niño, el lugar, el monto del precio de venta y si se hará en un solo momento o de manera fraccionada, entre otros acuerdos.

La acción de negociar es una conducta propia y frecuente en la compra y venta de niños, ya que incluye la interacción delictiva entre el vendedor y el comprador como autores del delito, quienes comparten una misma voluntad criminal. Así también, esta acción de negociar permitirá que tanto el vendedor como el comprador no puedan eludir su

responsabilidad, alegando, por ejemplo, que todavía no existía una aceptación a la propuesta de venta de un niño o porque se encontraban en la etapa de negociación; o también, que no existía cabalmente un ofrecimiento porque se plantearon otras propuestas paralelas, ya que se encontraban realizando las negociaciones.

En este contexto, se consuma el delito de Trata de Personas con la negociación de la venta de un niño entre el vendedor y el comprador, así no se llegue a concretar la aceptación a la propuesta.

Estas tres acciones que se proponen incluir en el delito de Trata de Personas forman parte de la tipicidad objetiva, siendo suficiente que el sujeto activo realice alguna de ellas.

(...) la técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 153 del Código Penal, permite identificarlo como un tipo penal alternativo, integrado por seis conductas típicas de igual equivalencia antijurídica. Al respecto, es importante precisar que, para que opere la tipicidad del delito será suficiente que el agente realice – cuando menos -, una de las distintas acciones criminalizadas (Prado, 2016, p. 385).

Coincidimos con el autor citado, al señalar que el sujeto activo del delito de Trata de Personas puede realizar una o más conductas descritas en el tipo penal de manera alternativa; pero también de la siguiente manera : “Esta clase de delitos se representa, pues, siempre como una progresión de acciones materialmente independientes pero concatenadas entre sí **por el resultado final que persiguen sus autores**

**y partícipes: facilitar o proveer la explotación de seres humanos (...)**”

(Prado, 2016, p. 383).

Conforme lo señala el citado autor, el sujeto activo puede desarrollar las acciones descritas en la norma de manera secuencial para lograr su objetivo de someter a la víctima con fines de explotación. En el caso concreto de la compra y venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas, las acciones de ofrecer la venta de un menor, la aceptación a este ofrecimiento y la negociación, son conductas que desarrolla el sujeto activo de manera alternativa o conjunta, cuya finalidad es la entrega o el traslado del control físico que se ejerce sobre el menor a cambio de una remuneración, retribución o cualquier otro beneficio (tipicidad subjetiva).

**2). Se deberá precisar el sentido correcto de la acción de trasladar**, completando la oración siguiente: “trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre una persona, un niño, una niña o un adolescente”. Como ya se desarrolló en los capítulos precedentes, dentro del contexto del delito de Trata de Personas, la acción de trasladar se interpreta como “entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima”.

**3). Con respecto a los medios empleados por el sujeto activo** se deberá incluir la frase: “(...) la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad o **el control** sobre otra”.

Esta frase es la que propone el Protocolo de Palermo a todos los países miembros y que le da el sentido correcto al texto que define el delito de Trata de Personas, sobre todo en los casos de compra y venta

de seres humanos. Asimismo, se propone que se agregue la palabra “**el control**”, que puede ser de facto (el control lo puede ejercer una persona sobre otra a través de la privación de libertad, violencia o amenaza, entre otras formas) y no solamente quien representa la figura de una autoridad para la víctima, como son sus padres, tutores o profesores.

**4). La definición de compra y venta de niños** que establece la Convención sobre los Derechos del Niño es la siguiente:

“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 una remuneración o de cualquier otra retribución”.

**5)** Debe modificarse la estructura gramatical del primer párrafo del artículo 153 del Código Penal.

Con las modificaciones expuestas, el artículo 153° del Código Penal quedaría redactado de la siguiente manera:

**Artículo 153° Trata de Personas:**

1. El que **ofrece, acepta, negocia**, capta, transporta, acoge, recibe o retiene a otro o **traslada el control físico y/o jurídico que ejerce sobre una persona a otra**, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, **la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad o el control sobre otra**, 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. El **ofrecimiento, aceptación, negociación**, captación, transporte, acogida, recepción, retención de **un niño, una niña o un adolescente** o el **traslado del control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor** con fines de explotación se considera Trata de Personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. **“Por venta de niños, se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño, una niña o un adolescente es entregado por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración, de cualquier otra retribución, beneficio o la promesa de ello”.**
6. 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.

## **7.2. El bien jurídico del delito de Trata de Personas: Es la dignidad del ser humano.**

Con respecto al bien jurídico del delito de Trata de Personas, se considera que es la dignidad del ser humano, como se ha desarrollado en los capítulos precedentes; por tal motivo, debe modificarse el Código Penal peruano con la finalidad que este delito sea excluido del Título IV referido a los “Delitos contra la libertad” y crear un nuevo Título referido a los “Delitos que atentan contra la dignidad del ser humano” o como en el Código Penal francés, cuyo capítulo V de la sección I bis, se titula “De los delitos que atentan contra la dignidad de las personas” .

Con respecto al bien jurídico, la doctrina señala:

En relación a la intensidad del ataque al bien jurídico se diferencia entre **delito de lesión y de peligro**, según si se afecta realmente al bien jurídico o si sólo existe la probabilidad de daño (peligro real que afecta al bien jurídico) (Villavicencio 2006, p.311).

Teniendo en cuenta la clasificación que menciona el autor citado, la Trata de Personas es un delito de lesión, considerando que la dignidad del ser humano es lesionada cuando el sujeto activo desarrolla la conducta criminal, tratando a la víctima como un objeto. En el supuesto de la compra y venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación, se verifica claramente, que el tratante considera a los menores como una simple mercancía, como objetos o un bien patrimonial de propiedad de alguien.

### **7.3. Precisar la compra y venta de niñas, niños y adolescentes como una finalidad de explotación del delito de Trata de Personas.**

Es importante precisar, que el delito de Trata de Personas previsto en el artículo 153 del Código Penal, como tipo penal base, incluye como una de las acciones el verbo “trasladar” el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre un niño, una niña o un adolescente, formando parte de la **tipicidad objetiva**; sin embargo, cuando la “finalidad de explotación es específicamente la compra y venta de niños”, pasa a formar parte de la **tipicidad subjetiva**, puesto que, esta compra y venta se define como “el traslado” del control físico o jurídico que se ejerce sobre el niño, niña o adolescente a cambio del pago de una suma de dinero o algún beneficio.

En el tipo penal base (art. 153 del CP), la acción de trasladar el control físico o jurídico que se ejerce sobre un niño, una niña o un adolescente, debe mantenerse dentro de la **tipicidad objetiva**, teniendo en cuenta, que en general, hay diferentes formas de explotación, pudiendo realizarse el traslado del control físico o la entrega de un niño, para ser explotado sexual o laboralmente, entre otras formas.

Por ejemplo, un hombre (sujeto activo) realiza el traslado del control físico que ejerce sobre su hijo a otra persona, para dedicarlo a la mendicidad, varias horas diarias; pero al terminar el día, esta persona devuelve el niño a su padre, con la ganancia del día. En este supuesto, la acción de entregar o trasladar el control físico que se ejerce sobre el niño, forma parte de la tipicidad objetiva, porque es entregado con la finalidad

de ser explotado a través de la mendicidad; se podría decir, que su padre lo alquila de manera temporal, como si fuera un objeto, pero no existe la finalidad de vender al niño como una forma de explotación (entendiéndose la venta de un niño como la entrega definitiva del menor a cambio de una retribución o cualquier otro beneficio o la promesa de ello).

En esta nueva estructura del delito de Trata de Personas que se plantea (adicionando el artículo 153- k en el Código Penal), cuando **la finalidad de explotación específicamente es vender un niño o una niña**, incluyéndose como acciones el “Ofrecer, aceptar o negociar”, la conducta de “trasladar” el control físico o jurídico sobre el menor no formaría parte de la tipicidad objetiva, como una acción del sujeto activo; sino que **formaría parte de la tipicidad subjetiva del delito de Trata de Personas** porque corresponde a la definición de compra y venta (definición que establece el Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño), como una finalidad de explotación.

Entonces, cuando la finalidad de explotación es específicamente la compra y venta de un niño, una niña o un adolescente, la entrega o traslado del control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor, forma parte de la tipicidad subjetiva y no es una acción propia de la tipicidad objetiva, como se presenta en la propuesta del artículo 153-K.

#### **Artículo 153-k) Explotación a través de la compra y venta de niños, niñas y adolescentes.**

1. El que **ofrece, negocia, acepta**, capta, transporta, acoge, recibe, retiene a un niño, una niña o un adolescente o realiza cualquier acto o

transacción, en el territorio de la república o para su salida o entrada al país, **con la finalidad** de trasladar el control físico o jurídico que ejerce sobre el menor a favor de una o más personas a cambio de la concesión de una suma de dinero, remuneración, retribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, será reprimido con pena privativa de la 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.

2. El que negocia, acepta, capta, transporta, acoge, recibe, retiene, a un niño, una niña o un adolescente o realiza cualquier acto o transacción, en el territorio de la república o para su salida o entrada al país, **con la finalidad** que le trasladen el control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor a cambio de la concesión de una suma de dinero, remuneración, retribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, será reprimido con pena privativa de la 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. El agente que actúa como intermediario para que una o más personas ofrezcan, negocien, acepten, capten, transporten, acojan, reciban o retengan a un niño, una niña o un adolescente o realicen cualquier acto o transacción, en el territorio de la república o para su salida o entrada al país, **con la finalidad** que se traslade el control físico o jurídico que se ejerce sobre el menor a cambio de la concesión de una suma de dinero, remuneración, retribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

4. El agente que promueve, favorece, financia o facilita el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño, una niña o un adolescente, será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

5. La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando:

a). Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.

b). La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente de alguna discapacidad física o mental.

c). El agente es parte de una organización criminal.

#### **7.4. La compra y venta de niños, niñas y adolescentes, como una finalidad de explotación a través de Procesos de Adopción ilegales.**

#### **Artículo 153- L) La compra y venta de niños, niñas y adolescentes, como una finalidad de explotación a través de Procesos de Adopción ilegales**

1. El que ofrece, negocia, acepta, capta, transporta, recibe, acoge o retiene un niño, una niña o un adolescente, en el territorio de la república o para su salida o entrada al país, **con la finalidad** de dar su consentimiento y/o entregarlo en adopción a cambio de una suma de dinero, remuneración, retribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, en violación de las normas nacionales o instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, será reprimido con

pena privativa de la 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.

2. El que negocia, acepta, recibe, capta, transporta, acoge o retiene un niño, una niña o un adolescente, en el territorio de la república o para su salida o entrada al país, **con la finalidad** que le sea concedido el consentimiento y entregado en adopción a cambio de una suma de dinero, remuneración, retribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello, en violación de las normas nacionales o instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, será reprimido con pena privativa de la 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. El que en calidad de intermediario, induce indebidamente a alguien a que preste su consentimiento o entregue en adopción un niño, una niña o un adolescente, en violación de las normas nacionales o instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

4. La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años e inhabilitación según el artículo 36°, incisos 1°, 2°, 3°, 4° y 5°, cuando:

a). Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.

b). La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente de alguna discapacidad física o mental.

c). El agente es parte de una organización criminal.

d). El agente es un funcionario público, servidor público o cualquier persona que labore o se encuentre vinculada a la oficina o programas de adopciones.

Con respecto a la propuesta del artículo 153°L, se precisa lo siguiente: En el punto 1) y 2) se propone legislar lo que se considera el traslado del control jurídico que se ejerce sobre un niño, una niña o un adolescente, a través de un Proceso de Adopción, a cambio de la concesión de una suma de dinero o cualquier otro beneficio o la promesa de ello, lo que constituye una compra y venta. Esta conducta se evidencia en la Casación 563-2011- Lima, emitida por la Corte Suprema de la República Sala Civil Permanente, que ya se ha analizado.

El punto 3) plasma lo que establece el Protocolo facultativo sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 3, inciso 1, literal a. ii), el cual señala que los países miembros deben incluir como mínimo en su legislación interna la conducta del intermediario; que si bien podría subsumirse en la figura del cómplice (artículo 25 del Código Penal), se considera que debe legislarse de manera específica.

Con respecto a la frase: “inducir indebidamente a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño”, se puede subsumir en la conducta del instigador previsto en el artículo 24 del Código Penal, sin embargo, se considera que debe legislarse de manera específica en la Trata de Personas.

En tal sentido, se ha mantenido los verbos rectores que corresponden a la tipicidad objetiva del delito de Trata de Personas,

siendo **la finalidad** el prestar el consentimiento o entregar un niño, una niña o un adolescente en adopción a cambio de la concesión de una suma de dinero, remuneración, contribución, cualquier otro beneficio o la promesa de ello.

#### **7.5. La compra y venta de niños y niñas, como una finalidad de explotación, mediante la gestación por sustitución comercial.**

Como se ha mencionado en el capítulo precedente, la compra y venta de un niño o una niña que se realiza a través de la ejecución de la gestación por sustitución comercial, se inicia cuando una mujer decide procrear a un niño o una niña con la exclusiva finalidad de venderlo, planificándolo con nueve meses de anticipación (como si fuera la venta de un bien futuro); para cuyo efecto, realiza actos dirigidos directamente a la comisión del delito, como es el pactar la transacción comercial de gestación por sustitución, prestar su consentimiento para que se le practique alguna de las técnicas de reproducción asistida, concibe y desarrolla la gestación hasta el nacimiento.

Se consuma el delito de Trata de Personas cuando “traslada el control físico” que ejerce sobre el menor a favor de los aspirantes a progenitor, quienes “lo reciben” a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero, retribución u otro beneficio o la promesa de ello.

Como se observa, en el caso de la gestación por sustitución comercial se invierte la secuencia tradicional en la comisión del delito, realizándose primero los actos de explotación, como es pactar este

acuerdo que constituye un acto o transacción de compra y venta de un niño (tipicidad subjetiva) y luego se desarrollan las “acciones” descritas en la norma penal o conducta típica (tipicidad objetiva), existiendo toda una planificación del delito de Trata de Personas.

En la primera etapa de la gestación por sustitución comercial se desarrollan actos que acreditan la finalidad de explotación (la compra y venta de niños); además, de ser actos previos a la ejecución de la acción típica del delito de Trata de Personas, que están dirigidos directamente a su consumación, los cuales se consideran como actos preparatorios. Con respecto a los actos preparatorios la doctrina sostiene:

En relación a la penalidad, la regla general es que **los actos preparatorios** son atípicos, por ende, **impunes**. (...) En algunos casos, el legislador hace excepciones a esta regla de impunidad y decide sancionar tales acciones preparatorias que se dirigen inequívocamente al delito, especialmente en los casos de preparación de delitos graves y cuando la lucha eficaz contra ciertas formas de criminalidad requiera << una injerencia prematura>>. (...) Si bien se estipula de manera genérica que los actos preparatorios no trascienden ningún tipo de efectos negativos, ya sea de peligro o de lesión, en perjuicio de los bienes jurídicos tutelados, el legislador en muchas ocasiones ha considerado anticiparse al resultado típico por la importancia que tiene la protección de algunos bienes jurídicos (Villavicencio, 2006, p.418-419).

Coincidiendo con el citado autor, en algunos supuestos el legislador hace excepciones a la regla de impunidad de los actos preparatorios, sobre todo cuando estos actos se dirigen inequívocamente a la comisión de un delito.

Con respecto a la transacción comercial de gestación por sustitución que constituye una compra y venta de niños, se propone que debe sancionarse los actos previos o actos preparatorios, que se dirigen inequívocamente a la comisión del delito de Trata de Personas, como son: “Cuando se ofrece, acepta o negocia la gestación por sustitución comercial y una mujer permite que se le practique alguna de las técnicas de reproducción asistida, concibe y desarrolla la gestación hasta el nacimiento de un niño o niña, con la finalidad de entregarlo (venderlo)”.

Se justifica esta propuesta en virtud a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Perú, el respeto a los derechos humanos y la importancia del bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas, como es la dignidad del ser humano.

El Estado debe asumir la obligación que le impone el derecho internacional de concretar una política criminal en virtud del cual se legisle en materia penal todos los actos dirigidos a materializar la compra y venta de niños, cualquiera sea la forma o el medio empleado por los tratantes, anticipándose al resultado (artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Como se sabe, en el delito de Trata de Personas cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de un niño o una niña, el objeto material recae sobre este último, quien es también el agraviado.

En este contexto, otra de las razones por las que se propone sancionar los actos preparatorios antes mencionados, es para evitar que se materialice la concepción y nacimiento de un bebé que será entregado como si fuera una mercancía, vulnerándose su dignidad y convirtiéndose en un hecho irreversible.

Además, como queda demostrado en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, en la gestación por sustitución comercial se realizan prácticas abusivas, como por ejemplo: el abandono moral y material de los niños que nacen con alguna discapacidad o con Síndrome de Down a quienes los aspirantes a progenitor no quieren recibirlos y las mujeres que desarrollan la gestación por sustitución tampoco, alegando que desean el pago de la suma de dinero pactada y no se consideran la madre de ese niño.

Ante esta situación, es el Estado quien tiene que asumir la protección de ese niño discapacitado o con Síndrome de Down, que como consecuencia de una transacción comercial de gestación por sustitución quedó en estado de abandono, habiéndose vulnerado fundamentalmente su dignidad, su derecho a la identidad y su derecho a la filiación, generándose un problema económico y social mayor al que ya existe; debiendo el Estado destinar mayores recursos económicos, si tenemos en cuenta, que actualmente el INABIF tiene a su cargo cientos de niños en estado de abandono o desprotección familiar, cuyas necesidades no son cubiertas satisfactoriamente en todos los casos.

Con respecto a la forma de legislar, el autor que citamos señala:

La manera como el legislador decide adelantar la ejecución puede ser de dos formas: Primero, extiende un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias. Segundo, el legislador decide la tipificación independiente de algunas acciones preparatorias. Es decir, crea un delito autónomo. Ejemplo: fabricación, almacenamiento, suministro o posesión de explosivos (artículo 279 del Código Penal) (Villavicencio, 2006, p.420).

La gestación por sustitución comercial al ser una transacción de compra y venta de niños, según la definición internacional de los derechos humanos y una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, debe legislarse de manera especial en un artículo separado del tipo penal base (Artículo 153 del CP), pero dentro del mismo delito (por ejemplo, artículo 153-M del Código Penal), conforme lo detalla en autor citado en el segundo punto.

Haciendo un símil con el delito de Tráfico Ilícito de drogas, en él se sanciona no sólo la venta de drogas, sino también la fabricación de las mismas e incluso el transporte de los insumos químicos fiscalizados, sancionándose lo que se podría considerar como actos preparatorios, como se observa en el artículo 296 del Código Penal: “la producción, acopio, comercialización o transporte de las materias primas o insumos químicos controlados o fiscalizados o no controlados, para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas tóxicas ” (actos previos a la existencia de la droga); que el legislador los incluyó como parte de la conducta típica.

## CONCLUSIONES

1. Dentro del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, se encuentra la Organización de las Naciones Unidas, cuyo principal objetivo es reafirmar los derechos fundamentales del hombre, así como, la dignidad y el valor de la persona humana. En este contexto, el Estado peruano ha suscrito y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños, que establece la obligación de incluir el delito de Trata de Personas en la legislación penal de cada país miembro, precisando un estándar mínimo con relación a la tipicidad objetiva y subjetiva.
2. La Trata de Personas es un delito complejo, en cuya tipicidad objetiva se describe seis acciones o conductas que alternativamente puede realizar el sujeto activo, utilizando alguno de los medios descritos en la norma para ejercer el control sobre el sujeto pasivo, con la finalidad de explotarlo.

Se concluye que, dentro del contexto del delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153 del Código Penal, el significado de la “acción de trasladar” es “trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre el sujeto pasivo”, entendiendo como sinónimos: “la entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima”. Con respecto a los medios empleados por el sujeto activo, debe incluirse “la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio para obtener el

consentimiento de una persona que tenga autoridad o el control sobre otra”, como lo señala el Protocolo de Palermo; con el objetivo de tipificarse mejor el delito, cuando la finalidad de explotación es la compra y venta de seres humanos.

En el delito de Trata de Personas la tipicidad subjetiva incluye el dolo y la finalidad de explotación, siendo un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención, que se consuma cuando el sujeto activo desarrolla la conducta típica con la finalidad de someter a la víctima a alguna forma de explotación descrita en la norma, sin necesidad que esto último se materialice.

Es un acierto del legislador, el haber incluido en el delito de Trata de Personas a la compra y venta de niños, niñas y adolescentes como una finalidad de explotación en sí misma, teniendo en cuenta, que se vulnera su dignidad como ser humano al ser tratados como objetos o mercancía. En este contexto, se consuma el delito de Trata de Personas cuando el sujeto activo desarrolla dolosamente la conducta típica, con la finalidad de comprar o vender un niño, una niña o un adolescente.

3. Se concluye, que el bien jurídico en el delito de Trata de Personas es la dignidad del ser humano, puesto que, la conducta típica desarrollada por el sujeto activo se dirige a ejercer el control sobre el sujeto pasivo sin respetar su condición de ser humano, tratándolo como un objeto al cual puede explotar laboralmente, sexualmente, entre otras formas. Por tanto, es necesario modificar el Código Penal con la finalidad que este delito sea excluido del Título IV referido a los “Delitos contra la

libertad” y crear un nuevo Título referido a los “Delitos que atentan contra la dignidad del ser humano”.

4. En 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 para la pornografía, suscritos y ratificados por el Perú, se establece como obligación de los Estados miembros, el incorporar en su legislación penal, como mínimo, la definición de compra y venta de niños y dentro de la tipicidad objetiva las conductas de: “Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio un niño”.

El Estado peruano hasta el momento no ha cumplido con incluir en su legislación penal estos parámetros mínimos previstos en la mencionada Convención, debiendo hacerlo en el tipo penal base del delito de Trata de Personas (artículo 153 del Código Penal), teniendo en cuenta, que la compra y venta de niños, niñas y adolescentes es una finalidad de explotación. Finalmente, también es necesario que se incorpore el verbo “negociar”, por ser una conducta propia y muy frecuente cuando el vendedor y el comprador quieren llegar a un acuerdo sobre la venta de un niño, existiendo una misma voluntad criminal.

5. La acción de trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre un niño, una niña o un adolescente, descrito en el tipo penal base del delito de Trata de Personas (art. 153 del Código Penal) forma parte de la **tipicidad objetiva**, porque el sujeto activo realiza esta conducta de manera temporal ante las diversas formas de explotación; siendo distinta la situación, cuando la finalidad de explotación es la compra y

venta, porque en este caso, se traslada el control físico y/o jurídico de manera definitiva o permanente.

En este contexto, cuando la finalidad de explotación es “específicamente la compra y venta de niños”, se concluye que la acción de trasladar el control físico o jurídico que se ejerce sobre un niño hacia otra persona a cambio de una suma de dinero, remuneración, retribución o cualquier otro beneficio, forma parte de la **tipicidad subjetiva**, al ser en esencia la definición de “venta de niños” que establece el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños para la pornografía.

Por tanto, debe incorporarse en el delito de Trata de Personas un artículo adicional (153-K) con la nueva estructura que incluye los verbos: “ofrecer, aceptar y negociar” en la **tipicidad objetiva**; y dentro de la **tipicidad subjetiva** el “trasladar el control físico y/o jurídico que se ejerce sobre un niño, una niña o un adolescente” a cambio de la concesión de una suma de dinero, remuneración, retribución o cualquier otro beneficio; que definen específicamente “la compra y venta de niños” como una finalidad de explotación.

6. Se concluye que existen distintas formas de realizar la venta de niños, lo que constituye una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, entre las cuales se encuentra: a). La compra y venta de niños a través de la gestación por sustitución comercial; y b). La compra y venta de niños a través de los Procesos de Adopción, en violación a las normas nacionales o los instrumentos jurídicos internacionales que lo regulan.

7. La gestación por sustitución comercial constituye una compra y venta de niños, según la definición internacional de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, porque en su ejecución se realiza las tres conductas básicas que materializan esta compra y venta, como es: el pago o retribución, la entrega del niño y el intercambio entre la entrega del niño y el pago. En este contexto, la gestación por sustitución comercial al ser una compra y venta de niños se tipifica como una finalidad de explotación en el delito de Trata de Personas, previsto en el artículo 153 del Código Penal.
8. En el delito de Trata de Personas el sujeto activo, generalmente, desarrolla primero las acciones descritas en la norma penal que corresponde a la tipicidad objetiva (captar, transportar, trasladar, retener, acoger, recibir a la víctima) y luego desarrolla los actos de explotación.

Sin embargo, cuando se ejecuta la gestación por sustitución comercial se invierte la secuencia tradicional en la comisión de este delito, realizándose primero los actos de explotación, como es pactar este acuerdo que constituye una transacción de compra y venta de un niño (tipicidad subjetiva) y luego se desarrollan las “acciones” descritas en la norma penal o conducta típica (tipicidad objetiva); consumándose el delito de Trata de Personas cuando la mujer que desarrolló la gestación por sustitución comercial “entrega o traslada el control físico que ejerce sobre el niño” a los aspirantes a progenitor, quienes “lo

reciben” a cambio de la concesión del pago de una suma de dinero, retribución, remuneración u otro beneficio o la promesa de ello.

9. En la primera etapa de la gestación por sustitución comercial se desarrollan actos que acreditan la finalidad de explotación (la compra y venta de niños) y que además son actos previos a la ejecución de la acción típica del delito de Trata de Personas, que están dirigidos inequívocamente a su consumación, los cuales podemos considerar también como actos preparatorios.

Estos actos preparatorios son desarrollados por la mujer que decide procrear un niño o una niña con la finalidad específica de venderlo (entregarlo a cambio de recibir una suma de dinero u otro beneficio), para cuyo efecto, ofrece, acepta o negocia la gestación por sustitución comercial y ella presta su consentimiento para que se le practique alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, concibe y desarrolla la gestación hasta el nacimiento del bebé. Por tanto, se concluye que es necesario legislar incluyendo estos actos preparatorios en el delito de Trata de Personas, cuando la finalidad de explotación específica sea la compra y venta de niños o niñas.

10. Esta propuesta legislativa se justifica en virtud de dar cumplimiento a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Perú, el respeto de los derechos humanos y la importancia del bien jurídico protegido en el delito de Trata de Personas, como es la dignidad del ser humano. Se concluye, que el Estado peruano tiene que asumir la obligación que le impone el Derecho Internacional de concretar una política criminal en virtud de la cual se legisle penalmente todos los

actos dirigidos a materializar la compra y venta de niños, cualquiera sea la forma o el medio empleado por los tratantes, anticipándose al resultado (artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Otra de las razones que justifican esta propuesta, es evitar que se materialice la concepción y nacimiento de un bebé que será entregado como si fuera una mercancía, vulnerándose su dignidad y convirtiéndose en un hecho irreversible.

Finalmente, en el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/37/60, se acredita las prácticas abusivas realizadas a través de la gestación por sustitución comercial, como por ejemplo: es el abandono y la desprotección familiar de los niños o las niñas que nacen con alguna discapacidad o con Síndrome de Down a quienes los aspirantes a progenitor no quieren recibirlos y la mujer que desarrolla la gestación por sustitución tampoco, alegando que sólo desea que le paguen la suma de dinero pactada y no se considera la madre de ese niño o niña.

Ante estas prácticas abusivas, es el Estado quien tiene que asumir la protección del niño o la niña, que como consecuencia de una transacción comercial de gestación por sustitución, quedó en estado de abandono, generándose un problema económico y social mayor al que ya existe, debiendo destinarse mayores recursos económicos por parte del Estado, teniendo en cuenta, que actualmente el INABIF tiene a su cargo cientos de niños en estado de abandono y desprotección familiar.

11. Los acuerdos de gestación por sustitución gratuitos pueden constituir una compra y venta de niños encubierto, cuando:

- a) Se produce un pago excesivo por concepto de reembolsos a la mujer que desarrolló la gestación por sustitución, precisando, que este pago se caracteriza por ser no razonable y no estar detallado en el acuerdo.
- b) Se realiza un pago cuantioso a los intermediarios.

12. En virtud de las Convenciones Internacionales suscritas y ratificadas por el Perú, siendo miembro de la Organización de las Naciones Unidas, el Estado tiene la obligación de legislar en materia penal toda conducta que constituya la venta de niños, como lo es la gestación por sustitución comercial; y crear salvaguardas con fines de prevención que prohíban esta modalidad comercial, conforme lo señala el Informe de Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.A/HRC/37/60 emitido el año 2018.

13. El Estado tiene la obligación de tomar medidas para supervisar, registrar y recopilar información con datos completos de los actos o transacciones de gestación por sustitución a nivel nacional; así como, recopilar datos sobre las clínicas de fertilidad que facilitan la ejecución de estas transacciones y sobre las personas naturales y jurídicas que actúen como intermediarios (en virtud a lo establecido en el Informe A/74/162 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU).

Se concluye que es imperativo la fiscalización periódica por parte de la autoridad competente (Fiscalías de Prevención del delito o Fiscalías de Crimen Organizado Especializada en Trata de Personas) en los centros de salud públicos y privados, para prevenir, investigar o

denunciar penalmente la comisión del delito de Trata de Personas a través de la gestación por sustitución comercial, que constituye una compra y venta de niños.

14. La compra y venta de niños y adolescentes se realiza también a través de los Procesos de Adopción ilegales, precisando, que es una modalidad que se materializa cuando una persona presta su consentimiento o entrega un niño, una niña o un adolescente en Adopción a cambio de una suma de dinero o algún otro beneficio, violando las normas nacionales o internacionales en esta materia; lo que se conoce como el traslado del control jurídico sobre un niño o un adolescente y que debe incorporarse dentro del tipo penal de Trata de Personas.

## RECOMENDACIONES

1. La modificación del artículo 153 del Código Penal, que tipifica el delito de Trata de Personas y se adicione los artículos que se señala en la propuesta legislativa desarrollada en el capítulo VII, referidos específicamente a la compra y venta de niños como una finalidad de explotación.
2. El Estado a través del Ministerio de Salud o el Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, realice la creación de un **registro nacional sistematizado** para recopilar información e inscribir los datos completos de los actos o transacciones de gestación por sustitución llevadas a cabo hasta la fecha, en todo el país (de carácter comercial y gratuito); se registren también, los datos sobre las clínicas de fertilidad, centros de salud públicos o privados que realicen o faciliten la ejecución de estas transacciones de gestación por sustitución y a las personas naturales o jurídicas que actúen como intermediarios.
3. Se organice una comisión de trabajo multisectorial integrado por la Fiscal de la Nación, la Presidenta del Poder Judicial, los representantes del Ministerio de Salud, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables y la Defensoría del Pueblo, para adoptar medidas y desarrollar un procedimiento de fiscalización periódica en los centros de salud públicos y privados, con la finalidad desde el punto de vista administrativo de prevenir la comisión del delito de Trata de Personas a través de la gestación por sustitución comercial, que constituye una venta de niños.

El Ministerio Público deberá realizar una fiscalización periódica en los centros de salud públicos y privados para recabar información e investigar cuando se produzca la presunta comisión de la venta de niños a través de la gestación por sustitución comercial o venta de material genético, dándosele prioridad a estos procesos a nivel jurisdiccional.

4. La difusión a través del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables, Ministerio de Salud y el Registro de Identificación y Estado Civil (RENIEC) con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo, la Convención de la Haya relativo a la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopciones Internacionales y los Informes del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/37/60 del 2018 y A/74/162 del 2019, para que los operadores de justicia, principalmente Jueces y Fiscales penales, así como, los funcionarios públicos en general, tomen conocimiento que la gestación por sustitución comercial y las adopciones ilegales constituyen una venta de niños, según las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos y una finalidad de explotación en el Delito de Trata de Personas en el Perú.

Se señale la obligación de todos los Magistrados de las diferentes especialidades a nivel nacional y los funcionarios del RENIEC para que remitan copias certificadas al Ministerio Público al conocer de algún caso de gestación por sustitución comercial o gratuita (cuando esta última tenga elementos de ser oneroso o comercial).

## FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Basílico, R., Poviña, F. y Varela, C. (2011). *“Delitos contra la Libertad Individual”*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
2. Busnelli Francesco, D. (2003). *“Bioética y Derecho privado. Fragmentos de un diccionario”*. Prólogo de Carlos Fernández Sessarego, traducción de Olenka Woolcott Oyague y Nélvor Carreteros Torres. Lima, Perú. Editorial Jurídica Grijley EIRL.
3. Cabanellas, G. (1979). *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta SRL.
4. Diccionario Enciclopédico Quillet (1978). México Distrito Federal. Editorial Cumbre SA.
5. Gamarra Herrera, R. (2016). *“Trata de Personas: Análisis Jurídico y Jurisprudencial del Delito”*. Lima, Perú. Editado en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
6. Hurtado Pozo, J. y Prado Saldarriaga, V. (2011). *“Manual de Derecho Penal: Parte General”*. Lima, Perú. Editorial Moreno SA.
7. Lalupú Sernaque, L. A. (2013). *“Las Técnicas de Fecundación Artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana”*. Lima, Perú, Editorial San Marcos EIRL.
8. Martín Azcano, E.M. (2013) artículo cuyo título es: *“Cuestiones de actualidad en materia de reproducción humana asistida”*, en el libro de

- Echevarría Rada, T. *“Cuestiones actuales de Derecho de Familia”*. España. Edita: La Ley.
9. Morán de Vicenzi, C. y Gonzáles Pérez de Castro, M. (2013). *“Los acuerdos de maternidad subrogada, a propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la Corte Suprema”*. Lima, Perú. Revista Jurídica Thomson Reuters, La Ley, Año 1, N°7, mes: febrero, páginas: 41 al 63.
  10. Morán de Vincenzi, C. (2005). *“El concepto de filiación en la fecundación artificial”*. Lima, Perú. Editorial: Ara Editores EIRL.
  11. Mosquera Vásquez, C.C. (2017). *“Nuevos problemas jurídicos suscitados por las técnicas de procreación asistida”*. Lima, Perú. Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N°226 del mes de julio, páginas 115 al 138.
  12. Parra Vera, O.; Villanueva Hermida, M. y Enrique Martin, A. (2008). *“Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano”*. San José, Costa Rica. Editorial: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
  13. Prado Saldarriaga, V.R. (2016). *“Criminalidad Organizada Parte Especial”*. Lima, Perú. Editorial: Instituto Pacífico SAC.
  14. Sambrizzi Eduardo A. (2001). *“La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”*. Buenos Aires, Argentina. Editorial: Abeledo-Perrot.
  15. Villavicencio Terreros, F. (2006). *“Derecho Penal Parte General”*. Lima, Perú. Editorial Grijley.

## **FUENTES DE INFORMACIÓN EN PÁGINAS WEB**

Las fuentes que se mencionan y que se encuentran en las diferentes páginas web, han sido actualizadas, puesto que, por el transcurrir del tiempo algunos servidores o sitios web ya no están disponibles o las fuentes de información han cambiado a otros servidores.

## **CÓDIGOS, LEYES, DIRECTIVAS E INFORMES WEB**

16. Congreso de la República de México, Código Penal para el Distrito Federal de México (2002), 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](http://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](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/136581/codigo_penal_df.pdf)

17. 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-y-adolescentes-1.pdf>

18. Congreso de la República del Perú (1991), Decreto Legislativo 635 del 03 de abril de 1991, Código Penal.

19. Congreso de la República del Perú (1993), Constitución Política del Perú.

20. Congreso de la República del Perú (1997). Ley General de Salud 26842. Diario Oficial El Peruano, publicado el 15 de julio. Lima – Perú.

21. 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.
22. 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.
23. Congreso de la República del Perú (2016), Decreto Legislativo 1297 del 30/12/2016, que modificó el Código de los Niños y Adolescentes, con respecto a las adopciones. Recuperado de:  
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-para-la-proteccion-de-ninas-ninos-y-ado-decreto-legislativo-n-1297-1468962-4/>
24. Congreso de la República del Perú (2004), Ley 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, publicada el 24/02/2004. Recuperado de:  
<https://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/digdot/web/normas/le/ley28189.pdf>
25. Congreso de la República del Perú (2004), Ley 28251 del 08 de junio, que modifica el artículo 182 del Código Penal. Recuperado de:  
[www.diarioelperuano.gob.pe](http://www.diarioelperuano.gob.pe) , actualizado en:  
<https://www.deperu.com/legislacion/ley-28251-pdf.html>
26. Congreso de la República del Perú (2016), Ley 30473 que modifica parcialmente la Ley 28189 Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29/06/2016. Recuperado de [www.diarioelperuano.gob.pe](http://www.diarioelperuano.gob.pe)

Actualizado en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-los-articulos-2-3-y-4-y-la-disposicion-co-ley-n-30473-1398360-1/>

27 Corte Penal Internacional (1998), Estatuto de Roma A/CONF.183/9, Recuperado: [https://www.estatuto\\_de\\_roma\\_embarazo\\_forzado\\_pdf](https://www.estatuto_de_roma_embarazo_forzado_pdf) , [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

28 COUNCIL OF EUROPE, COUNSEIL DE L'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 <https://www.mscbs.gob.es/ssi/igualdadoportunidades/internacional/consejoeu2/doc/ConveniodeConsejoEuropaTrata.pdf> , actualizado en <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

29 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](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_05_2011.pdf)

30 Hague conference on private international law conference del Haye De Droit International Privé (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](https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf)

- 31 Ministerio Público Fiscal, República Argentina (2013), “Nueva ley de Trata de Personas Procuraduría para el Combate de la Trata y Explotación de Personas”. Recuperado de :  
[https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2016/06/nueva\\_ley\\_de\\_trata\\_de\\_personas.pdf](https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2016/06/nueva_ley_de_trata_de_personas.pdf)
- 32 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC (2010). “Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas”, Costa Rica. Recuperado de la página: [www.unodc.org](http://www.unodc.org) actualizado en  
[https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf)
- 33 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: [www.unodc.org](http://www.unodc.org) actualizado en  
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- 34 Organización de las Naciones Unidas (1948) “Declaración Universal de Derechos Humanos”. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de:  
[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- 35 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.html>

- 36 Organización de las Naciones Unidas (1976) “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de:  
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- 37 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>
- 38 Organización de Estados Americanos OEA (1948). “Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”. Colombia. Recuperado de  
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- 39 Organización de Estados Americanos OEA (1969). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José de Costa Rica. Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- 40 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” 37º 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>
- 41 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos (2019) “Informe A/74/162 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” 74º período de sesiones, 15 de julio de 2019, EEUU. Recuperado de:

<https://documents-ddsny.un.org/doc/undoc/gen/n19/216/52/pdf/n1921652.pdf?openelement>

actualizado en: <https://undocs.org/sp/A/74/162>

42 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>

43 Parlamento de Francia (1994). Ley 94-653 “Relativa al respeto del cuerpo humano” que modifica el Código de Salud Pública, el Código Civil y el Código Penal francés, suscrito por el presidente Francois Mitterrand. París - Francia. Diario Oficial el 29 de julio de 994.

44 Parlamento de Francia (2004). Código Civil francés en español. Recuperado de:

[https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/./code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/./code_41.pdf)

[https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/code\\_41%20\(2\).pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/version/2/file/code_41%20(2).pdf)

45 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.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)

46 Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (2012). “Código de Ética en Reproducción Asistida”, Argentina. Recuperado de:

[www.samer.org.ar/pdf/codigo\\_de\\_etica\\_de\\_reproduccion.pdf](http://www.samer.org.ar/pdf/codigo_de_etica_de_reproduccion.pdf)

47 UNICEF, Unidos por la Infancia (2006), “Convención sobre los Derechos del Niño”. Madrid, España. Recuperado de:

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

#### **LIBROS WEB:**

48 Ezeta, F., OIM México, con la coedición de la Organización Internacional para las Migraciones, Comisión Interamericana de Mujeres, Instituto Nacional de Migración y el Instituto Nacional de las Mujeres (2006). “Trata de Personas: Aspectos Básicos”. México. Recuperado de:

[https://onu/trata\\_de\\_personas/internacional/mexico.pdf](https://onu/trata_de_personas/internacional/mexico.pdf) actualizado en:

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/44029/Libro\\_la\\_Trata\\_de\\_Personas\\_Aspectos\\_Basicos.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/44029/Libro_la_Trata_de_Personas_Aspectos_Basicos.pdf)

49 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. Recuperado de:

<https://www.ielat.es/inicio/repositorio/normas%20working%20paper.pdf>

actualizado en:

[https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/27922/trata\\_hernandez\\_IELATPD\\_2014\\_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/27922/trata_hernandez_IELATPD_2014_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

50 Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). “Denuncias de Trata de Personas, presuntas víctimas (as) y presuntos imputados (as) 2010-2016”. Lima, Editado por el INEI, recuperado de [www.inei.gob.pe](http://www.inei.gob.pe)

actualizado:

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_trata\\_de\\_personas.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_trata_de_personas.pdf)

51 Monje Álvarez, C. A. (2011). “Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa, guía didáctica”. Colombia. Recuperado de <https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/Guia-didactica-metodologia-de-la-investigacion.pdf>

52 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>

53 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](https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf)

54 Veiga, A. (2015). “La Reproducción Asistida: Treinta años después del nacimiento de Victoria Anna”, primer capítulo del libro “Treinta años de

Técnicas de Reproducción Asistida”. Cuaderno número 35, España.

Fundación Víctor Grífols i Lucas Recuperado de:

[https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56338/2/q35\\_web.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56338/2/q35_web.pdf)

<https://www.fundaciogrifols.org/es/web/fundacio/monographs>

## **ARTÍCULOS WEB**

55 Carrasco Andrino, M. (2010). “Protección Penal de la Filiación”.

España. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica ISSN

1695-0194, fecha de publicación 10/08/10. Recuperado de:

<https://criminet.ugr.es/recpc> actualizado:

[criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf](https://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf)

56 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://creativecommons.org/licenses/by-ncnd/4.0/>

Actualizado en:

[https://www.researchgate.net/publication/318395893\\_Contra\\_la\\_llamada\\_gestacion\\_subrogada\\_Derechos-](https://www.researchgate.net/publication/318395893_Contra_la_llamada_gestacion_subrogada_Derechos-humanos_y_justicia_global_Versus_bioetica_neoliberal)

[ada\\_gestacion\\_subrogada\\_Derechos-](https://www.researchgate.net/publication/318395893_Contra_la_llamada_gestacion_subrogada_Derechos-humanos_y_justicia_global_Versus_bioetica_neoliberal)

[humanos\\_y\\_justicia\\_global\\_Versus\\_bioetica\\_neoliberal](https://www.researchgate.net/publication/318395893_Contra_la_llamada_gestacion_subrogada_Derechos-humanos_y_justicia_global_Versus_bioetica_neoliberal)

57 López Landero, L. (2015) “Maternidad Subrogada es una forma

disfrazada de Trata de Personas; no hay ley que la evite y sancione”,

Congreso de México, Boletín 5272. Recuperado de:

[www.5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2015](http://www.5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2015)

[/Marzo/16/5272-Maternidad-subrogada-es-una-forma-disfrazada-de-](http://www.5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2015)

[trata-de-personas-no-hay-ley-que-la-evite-y-sancione-Lopez-Landero](http://www.5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2015)

actualizado en: [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

- 58** 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. Recuperado de: <https://dx.doi.org/1018800/derechopucp.201601.016>  
Actualizado en: <https://www.pucp.edu.pe/profesor/yvan-montoya-vivanco/publicaciones>
- 59** Penasa, S. (2010). “La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. Procedimiento”. Revista Bioética y Derecho, N°18, Italia. Recuperado [http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd18\\_artpenasa.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd18_artpenasa.pdf)  
Actualizado en:  
[https://www.researchgate.net/publication/254486470\\_La\\_fragil\\_rigidez\\_de\\_la\\_ley\\_italiana\\_d\\_e\\_reproduccion\\_asistida\\_contra\\_la\\_rigida\\_flexibilidad\\_del\\_modelo\\_espanol\\_contenidos\\_vs\\_procedimiento](https://www.researchgate.net/publication/254486470_La_fragil_rigidez_de_la_ley_italiana_d_e_reproduccion_asistida_contra_la_rigida_flexibilidad_del_modelo_espanol_contenidos_vs_procedimiento)
- 60** Santamaría Solís, L. (2000). “Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Aspectos Bioéticos”, Cuadernos de Bioética 2000/1, España. Recuperado de: [aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf](http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf)

## **JURISPRUDENCIA WEB**

- 61** Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República (2011), VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 del 06 de diciembre, Lima. Recuperado de: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)
- 62** 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](http://www.pj.gob.pe)

63 Poder Judicial. Corte Suprema de la República, Sala Civil Permanente (2011). Casación Exp.563-2011 Lima del 06 de diciembre. Recuperado de: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

64 Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (2019), Casación Exp.706-2018, Madre de Dios, del 01 de agosto. Recuperado de: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

65 Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (2019), Casación Exp.1876-2018 Madre de Dios, del 07 de junio. Recuperado de: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

66 Poder Judicial. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (2017) Sentencia Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, del 21 de febrero del 2017. Recuperado de [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

67 Tribunal Constitucional (2010), Sentencia Exp. 02079-2009-PHC/TC del 09 de septiembre. Recuperado de: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

68 Tribunal Constitucional (2014), Sentencia Exp. 05312-2011-PA/TC Huánuco del 21 de julio. Recuperado de: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

## **TESIS**

69 Burstein Augusto, M.G. (2013). *“Los derechos del embrión In vitro frente a la paternidad. Ilegitimidad de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas”*, (Tesis de Maestría en Derecho). Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Recuperado de: [tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4935?show=full](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4935?show=full)

- 70 Del Águila Tuesta, F. R. (2013). *“La regulación de la Bioética en el comercio genético en el Perú”*, (Tesis de Maestría en Derecho). Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.
- 71 Ramos Lorenzo, J.M. (2013). *“Incidencia de las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación nacional”*. (Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho). Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.

