UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

RAZONES JURÍDICAS PARA QUE LA MATERNIDAD SUBROGADA FORME PARTE DE UN DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Por:

Bach. Segundo Reynaldo Vásquez Medina

Bach. Yhoél Mauricio Rodriguez Alcántara

Asesor:

Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Noviembre - 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

RAZONES JURÍDICAS PARA QUE LA MATERNIDAD SUBROGADA FORME PARTE DE UN DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Por:

Bach. Segundo Reynaldo Vásquez Medina

Bach. Yhoél Mauricio Rodriguez Alcántara

Asesor:

Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Noviembre - 2020

COPYRIGHT 2020 © BY:

SEGUNDO REYNALDO VÁSQUEZ MEDINA

YHOÉL MAURICIO RODRIGUEZ ALCÁNTARA

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

RAZONES JURÍDICAS PARA QUE LA MATERNIDAD SUBROGADA FORME PARTE DE UN DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Presidente: Mg. Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Secretario: Mg. Augusto Quevedo Miranda

Asesor: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

DEDICATORIA

Mis padres, hijos y familiares que son el motor y motivo, a quienes pretendo inspirar a conseguir sus sueños con dedicación y empeño, siempre con la práctica de valores para forjar una sociedad justa y correcta.

Mis padres y a Dios por ser quienes marcaron
mi sendero.

AGRADECIMIENTO

Expresamos nuestro agradecimiento a nuestra asesora de esta tesis de grado, Mg. Otilia Loyita Palomino Correa, por la dedicación y apoyo que ha brindado a este trabajo, por escucharnos y respetar nuestras ideas, dirigir las mismas a un objetivo concreto, por sus aportes valiosos y sobre todo por su amistad incondicional, que nos da la fuerza y energía que nos anima a crecer como personas y profesionales.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA i
AGRADECIMIENTO ii
INDICE DE CONTENIDOS iii
INDICE DE TABLAS Y FIGURAS vi
RESUMEN vii
ABSTRACT viii

CAPITULO I
INTRODUCCIÓN

1.1.Planteamiento del problema de investigación……....3
1.1.2.Definición del problema……6
1.1.3.1. Objetivo General 6
1.1.3.2. Objetivos específicos 6
1.1.4. Justificación e importancia de la investigación 6
1.1.4.1. Justificación teórica 6
1.1.4.2. Justificación práctica 7

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos 8
2.2. Nombre de las teorías empleadas 11
2.2.1. Teoría del delito 11
2.2.2. Teorías relacionadas al delito de trata de personas 14
2.2.3. Teorías sobre la maternidad al amparo de la gestación subrogada 15
2.3. Marco conceptual 16
2.3.1. Antecedentes de la maternidad subrogada 16
2.3.2. Concepto de maternidad subrogada 19
2.3.3. Tipos de maternidad subrogada 20
2.4. Discusión teórica 21
2.5. Definición de términos básicos 25
2.5.1. Maternidad subrogada 25
2.5.2. Razones jurídicas 25
2.6. Hipótesis 25
2.6.1. Operacionalización de variables 26

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Aspectos generales 29

3.1.1. Enfoque 29
3.1.2. Tipo 29
3.2. Aspectos específicos 29
3.2.1. Universo y muestra 29
3.2.2. Unidad de análisis 30
3.2.3. Métodos 30
3.2.4. Técnicas de investigación 32
3.2.5. Instrumentos 33
3.2.6. Limitaciones de la investigación 33

CAPÍTULO IV

INDAGAR ACERCA DEL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EXISTENTE SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

4.1. Sobre las técnicas de reproducción asistida 34
4.1.1. Antecedentes 34
4.1.2. Definición 35
4.2.3. Clases 36
4.2.4. Las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano 39
4.2.5. Las técnicas de reproducción asistida en la jurisprudencia peruana 43
4.2. Maternidad Subrogada 44
4.2.1. Variantes de la maternidad subrogada 44
4.2.2. Problemática de la maternidad subrogada a nivel nacional 47
4.2.3. Problemática de la maternidad subrogada a nivel internacional 50
4.2.4. La maternidad subrogada en la jurisprudencia nacional 55

CAPÍTULO V

ANALIZAR DESDE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS LA FIGURA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LOS PARÁMETROS DE LA TEORÍA DEL DELITO

5.1. El delito de trata de personas a la luz de la teoría del delito 59
5.2. Hacia una teoría del delito de la maternidad subrogada 71
5.2.1. Pronunciamientos de los comites de bioética 71

CAPÍTULO VI

COMPARAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PERÚ CON LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

6.1. Países que permiten la práctica de la maternidad subrogada 83
6.2. Países que prohiben la práctica de la maternidad subrogada 92
6.3. Países donde no existe pronunciamiento de la maternidad subrogada 98

CAPÍTULO VII

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1. Presentación de resultados 102

7.1.1. Las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano 102
7.2. Discusión de resultados..... 123
7.3. Contrastación de la hipótesis 125

CAPITULO VIII

PLANTEAR UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN DELITO

8.1. Propuesta de proyecto de ley 128
6.2 Disposiciones finales 130
8.2. Exposición de motivos 130
8.3. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional 131
8.4. Análisis costo beneficio 131
CONCLUSIONES 132
RECOMENDACIONES 134
LISTA DE REFERENCIAS 135

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Operacionalización de variables 27

INDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Razones jurídicas para regular a la maternidad subrogada como delito 127

RESUMEN

La presente tesis se despliega sobre la base de la siguiente pregunta ¿Cuáles son las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano?, a efectos de brindar respuesta a dicha interrogante se llega al objetivo general que es establecer las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano.

Para llegar a este objetivo se han señalado una serie de acciones calificadas como objetivos específicos que van al permitir el objetivo general, siendo entre ellos: indagar acerca del marco normativo y jurisprudencial nacional e internacional existente sobre las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada, analizar desde el delito de trata de personas la figura de la maternidad subrogada bajo los parámetros de la teoría del delito, comparar la situación jurídica del Perú con la legislación comparada sobre la maternidad subrogada, para finalmente plantear una propuesta legislativa sobre la tipificación del delito de la maternidad subrogada.

Para ello, se ha logrado una investigación de tipo cualitativa, básica y descriptiva, con un diseño no experimental. El método a utilizar será de tipo dogmático y hermenéutico.

Los resultados a los que llegamos fue claramente determinar las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano, los mismos que luego de un arduo estudio e investigación son el de la vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos, la protección del derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido, la lesión de la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas).

Palabras Claves:

Maternidad subrogada, derecho penal, trata de personas, dignidad, instrumentalización.

ABSTRACT

This thesis is deployed on the basis of the following question: What are the legal reasons for classifying surrogacy as a crime in the Peruvian Penal Code? In order to provide an answer to this question, the general objective is to establish the reasons laws to classify surrogacy as a crime in the Peruvian Penal Code.

To reach this objective, a series of actions classified as specific objectives have been indicated that will allow the general objective, among them: to inquire about the existing national and international normative and jurisprudential framework on assisted reproduction techniques and surrogacy, analyze From the crime of trafficking in persons the figure of surrogacy under the parameters of the crime theory, compare the legal situation of Peru with the comparative legislation on surrogacy, to finally make a legislative proposal on the classification of the crime of surrogacy.

For this, a qualitative, basic and descriptive research has been achieved, with a non-experimental design. The method to be used will be dogmatic and hermeneutical.

The results we reached were clearly to determine the legal reasons for classifying surrogacy as a crime in the Peruvian Penal Code, the same ones that after an arduous study and investigation are the violation of the right to dignity of women by being instrumentalized for reproductive purposes, the protection of the right to life and health of the woman and the identity of the minor born, the damage to morals and good customs (legal ethical implications).

Key Words:

Surrogacy, criminal law, human trafficking, dignity, instrumentalization

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La técnica de la reproducción humana asistida, denominada como maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución ha sido y viene siendo por muchos una institución que ha generado división respecto a quienes están a favor y en contra de esta técnica, quienes propugnan a favor señalan que se debe tutelar el derecho de autonomía, desarrollo de la personalidad que no son otra cosa que los derechos sexuales y reproductivos reflejados en el deseo de ser padres; sin embargo, son más doctrinarios jurídicos los que se encuentran en contra de esta práctica; puesto que, de permitirse se considera lesivo a los derechos fundamentales de la mujer y del menor, ya que se reduce a la mujer como un objeto, instrumento y medio para la obtención de un fin, denigrándose de esta manera y lesionando la dignidad, este derecho se encuentra por encima de todos los derechos incluido el de los derechos sexuales y reproductivos, similar situación ocurre en el caso del menor nacido, que es un medio para un fin que no es otra que satisfacer una necesidad o deseo personal de los comitentes de ser padres.

Esta institución, además guarda estrecha relación con el delito de maternidad subrogada y que desde la teoría del delito presentan elementos y características comunes que hacen de ella la necesidad de ser regulado como agravante dentro del delito de trata de personas, es por ello, que en esta tesis se analizan no solo las cuestiones teóricas de la maternidad subrogada sino también los fundamentos por los cuales el ordenamiento jurídico peruano debe regularlo como delito, siguiendo una metodología de la investigación jurídica y luego de realizar el planteamiento del problema, nos ha llevado hasta la hipótesis y delimitación de los objetivos específicos que se desarrollarán en los capítulos siguientes. En el Capítulo I y III se ha desarrollado todos los aspectos metodológicos de la investigación jurídica desde el planteamiento del problema hasta los métodos y técnicas de procesamiento de datos e instrumentos a utilizar, que nos servirán para contrastar la hipótesis.

Por su parte, en el Capítulo II está dedicado al abordaje del marco teórico, en el Capítulo IV se indaga acerca del marco normativo y jurisprudencial nacional e internacional existente sobre las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada.

En el Capítulo V se realiza un análisis desde el delito de trata de personas y la figura de la maternidad subrogada bajo los parámetros de la teoría del delito, en el Capítulo VI se realiza una comparación de la situación jurídica del Perú con la legislación comparada sobre la maternidad subrogada, y el Capítulo VII está destinado a los resultados y discusión de los mismos, que demuestran la veracidad de nuestra hipótesis, mientras que en el Capítulo VIII se plantea una propuesta legislativa de incorporación de la maternidad subrogada como delito. Finalmente, se indican las conclusiones y recomendaciones de la presente tesis.

1.1. Planteamiento del problema de investigación

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

Los avances médicos genéticos han tenido éxito en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, puesto que con el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida entendida como "el 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 captación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc." (Santamaría Solís, 2000, p. 37), así hoy en día es plenamente permitible -al menos en nuestro país- la fecundación in vitro como medio por el cual se garantiza a la mujer o pareja a procrear a sus menores hijos, mediante el proceso de inseminación, entre otras técnicas.

El fundamento, para la realización de este tipo de actividades se sustenta en los denominados derechos sexuales y reproductivos, que no es otra cosa que la facultad o libertad reproductiva que la persona tiene para decidir procrear pero, valiéndose del uso o apoyo de la tecnología, como bien expresa la definición antes señalada estas técnicas lo que buscan es en cierto substituir el proceso biológico natural de procreación humana, ya sea por situaciones de infertilidad o estelaridad en hombres o mujeres, este tipo de tratamiento son aceptables en nuestro país según así lo dispone el artículo 7° de la Ley General de Salud, no obstante, existe un vacío respecto a una técnica que está siendo objeto de debate en muchos países del mundo, y nuestro país no es la excepción.

La maternidad subrogada, llamada gestación por sustitución o conocida coloquialmente como vientre de alquiler, es una técnica de reproducción asistida extra corpórea, quiere decir que "el embrión obtenido in vitro no siempre se desarrolla en el útero de la madre

biológica sino en el de otra mujer" (Monge, 1988, p. 70), y como consecuencia de ello, es que se han presentado diversos supuestos en los cuales opera esta figura de la maternidad subrogada, esto es, los gametos de los padres biológicos, gametos del padre biológico, gameto femenino de un tercero donante y la mujer vientre de alquiler.

Todas estas situaciones han generado una serie de debates desde el punto de vista ético jurídico, pues si partimos de las teorías romanas, estas postulaban que la maternidad se atribuía a la mujer que da a luz al menor, situación que no encaja para esta nueva forma de reproducción asistida ya que el menor procreado tendría hasta tres madres.

Otro problema que acarrea esta técnica es el medio y fin que se persigue, y es justamente en este extremo en donde se encuentra nuestra investigación, puesto que para hacer viable y efectiva esta técnica es necesario recurrir al uso del vientre de una tercera mujer, y es justamente donde se ve a esta última como un medio o instrumento para procrear lesionando su derecho a la dignidad, bien se indica que "la maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad humana, ya que, en definitiva, mercantiliza, instrumentaliza, cosifica, discrimina y disgrega la unicidad personal de la mujer gestante" (Aparisi Miralles, 2017, p. 163).

Aunado a ello, estas consecuencias lesionan el derecho a la identidad del menor recién nacido que como hemos precisado, existe una discordancia respecto a quien será la madre del menor.

Sumado a este tipo de evidencias doctrinarias, se tiene que nuestro país no es ajeno a la utilización de estas prácticas, para ello debemos señalar que existe un vacío legislativo en nuestro ordenamiento ya que la maternidad subrogada no está ni permitida, ni prohibida, simplemente no existe regulación al respecto, el único amparo normativo es el artículo 7° de la Ley General de Salud que a cuya letra señala que "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso

de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos", como se advierte el único requisito es que para la aplicación de las TERAS (entiéndase técnicas de reproducción asistida) es que haya una misma identidad entre la madre genética y la madre gestante, en consecuencia se podría interpretar que la maternidad subrogada se encuentra prohibida en nuestro país, pero no existe regulación concreta, y es justamente lo que se busca con la presente investigación es que desde la teoría del delito y del derecho penal este tipo de prácticas sean sancionadas por lesionar bienes jurídicos tanto de la madre gestante como del menor de edad. De allí que, se considera que este delito debe ser abordado desde el delito de trata de persona, pues justamente desde la postura que aquí se plantea existe una doble instrumentalización la mujer que es captada para el vientre de alquiler y el menor que es utilizado como fin, esto es, los progenitores son quienes escogen el derecho a tener hijos con ciertas cualidades físicas inclusive (menor diseñado), situación que atenta contra la dignidad e identidad del menor gestado.

A pesar del escenario jurídico descrito y de la presunta prohibición, los vientres por alquiler se vienen dando en nuestro país a partir de clínicas o centros de fertilización, lo que ha ocasionado que a la fecha en el Perú exista el primer caso resuelto por la Corte Suprema, abordados desde el derecho civil y familia, referida en la sentencia de fecha 06 de diciembre del 2011 contenida en la Casación N° 563-2011. En consecuencia, la maternidad subrogada es un tema complejo que vista desde el derecho penal debe ser sancionada por atentar bienes jurídicos constitucionales y que en esta investigación se demuestra.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano?

1.1.3. Objetivos

1.1.3.1. Objetivo General

Establecer las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano.

1.1.3.2. Objetivos específicos

a) Indagar acerca del marco normativo y jurisprudencial nacional e internacional existente sobre las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada.

b) Analizar desde el delito de trata de personas la figura de la maternidad subrogada bajo los parámetros de la teoría del delito.

c) Comparar la situación jurídica del Perú con la legislación comparada sobre la maternidad subrogada.

d) Plantear una propuesta legislativa sobre la tipificación del delito de la maternidad subrogada.

1.1.4. Justificación e importancia de la investigación

1.1.4.1. Justificación teórica

Metodológicamente, la justificación teórica es entendida para Sergio Chavarría como "la acción de argumentar el deseo de verificar, rechazar, confrontar o aportar aspectos de alguna teoría, contrastar resultados o desarrollar epistemología del conocimiento, provocando el debate académico y la reflexión sobre el conocimiento existente"

(Chavarría Puga, 2016, p. 3), aplicando este conocimiento a la presente tesis, es que aquí se va sustentar a partir de la teoría del delito y de la dignidad de la persona humana el ¿por qué? la maternidad subrogada debe ser considerada como delito, para ello se contrasta con las corrientes que postulan el derecho a la felicidad, derechos sexuales y reproductivos, así como el libre desarrollo de la personalidad que tendría la mujer que aspira a ser madre. Así, desde un enfoque teórico se contribuye a las áreas del derecho penal y constitucional que a la fecha en nuestro país es una zona gris, por cuanto hay un vacío en su regulación, para proponer finalmente su prohibición expresa como delito.

1.1.4.2. Justificación práctica

En tanto la justificación práctica se encuentra guiada por los siguientes criterios "conveniencia, relevancia social, implicaciones prácticas, valor teórico, utilidad metodológica, viabilidad y factibilidad" (Méndez Carlos, 1995, p. 92), aplicable a la presente investigación se tiene que la maternidad subrogada es un tema realmente controversial y complejo en el mundo y en el Perú, y es en este último donde se presenta un vacío legislativo y debate sobre las posturas a favor y en contra que existen.

Asimismo, este tema se encuentra rodeado de diversas implicaciones prácticas y éticas, ya que de aceptarse este tipo de casos en nuestro país tendría que existir una reforma no sólo a la Ley General de Salud, sino también a la teoría de maternidad aceptada en nuestro país que como se señaló, se encuentra regido por el derecho romano, entonces se puede advertir que la presente tesis es plenamente viable que sea realizada, dada su relevancia e impacto que tendrá en nuestro país.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos

La maternidad subrogada es un tema de larga data en el mundo, pero lamentablemente poco estudiado en nuestro país, de allí que a efectos de dotar de confiabilidad a la presente investigación sea creído conveniente citar los trabajos de investigación existentes a nivel internacional hasta llegar a nivel regional.

Así, partimos a nivel internacional por la tesis de posgrado presentada ante la Universidad Autónoma de Madrid en el año 2018 por el Bach. Miguel Ángel Torres Quiroga titulado "Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada" con la que se busca obtener el grado de doctor, esta tesis desde un enfoque eminentemente filosófico y siguiendo una metodología descriptiva y propositiva plantea como objetivo principal criticar la maternidad subrogada que es aceptada desde el socialismo y la justicia, así se cita como principal conclusión arribada que,

> la toma de una decisión podría no ser libre desde que la falta de dinero y la incapacidad para acceder a bienes básicos figuran entre las razones principales de las madres gestantes. Propongo y defiendo que el contrato de subrogación desafía los derechos básicos de las mujeres de dos maneras: 1) Desde que queda aceptada la 'explotación consentida mutuamente' como una transacción cualquiera entre individuos libres, se fortalece la idea de que la falta de dinero no es lo mismo que la capacidad de ejercer la libertad. No hay que olvidar que la visión del socialismo según Cohen conecta la falta de dinero con la falta de libertad; y 2) Una vez que se puede renunciar a los lazos maternales gestacionales por contrato (Torres Quiroga, 2018, p. 340)

Otra tesis de carácter internacional es la realizada en la ciudad de Santiago de Chile, en esta ocasión es de pregrado presentada en el año 2012 por Cristóbal Antonio Santander ante la Universidad Alberto Hurtado titulada "El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentando a la dignidad?", esta investigación sigue un método de investigación documental, axiológico y comparativo, haciendo un análisis del panorama social y legislativo que existe en su país, arribando a las siguientes conclusiones:

La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo, un porcentaje importante de la misma no lo posee, generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al derecho a procrear (Antonio Santander, 2012, p. 72).

Como se puede advertir las citadas investigaciones son solo algunas que se han realizado a nivel internacional, se ha creído conveniente escoger tesis tanto del continente europeo como de centro américa para demostrar que en ambos se mantiene una postura de rechazo a este tipo de prácticas. Los avances de investigación en el Perú se encuentra marcada por diversos estudios como los de Josúe Zaldivar Cerca (2013, p. 145) que aborda la temática de estudio desde el derecho de familia y la tesis de Jatil

Musbaj Percy (2018, p. 90) afirma la existencia de este tipo de prácticas en nuestro país y realiza un estudio pero desde el punto de vista del derecho económico, esto es, la maternidad subrogada puede ser abordada desde diversas ramas del derecho, de allí que a efectos de ahondar sobre este tema se cita las siguientes tesis que refutan la postura que aquí se plantea, no obstante, ello contribuirá a la presente investigación.

Se tiene la tesis de pregrado presentada por la Bach. Betsy Labán Cruz, que en su investigación titulada "La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil" presentada ante la Universidad Cesar Vallejo, se vale de un enfoque teórico, cualitativo y descriptivo para arribar como conclusiones,

> En el Perú, no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. A pesar de ello es una práctica real que siempre ha existido en nuestra sociedad y que en las últimas décadas se ha presentado con mayor protagonismo. Esta situación se explica en razón de las controversias que pueden llegar a suscitarse por la utilización de esta técnica y sobre todo porque han llegado hasta las máximas instancias judiciales, lo que demuestra la necesidad de una urgente respuesta (Laban Cruz, 2017, p. 63)

Una investigación contrario sensu es la tesis de posgrado presentada por la Bach. Marlene Susana Velásquez Vargas ante la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez titulada "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad en el Código Penal Peruano" en el año 2015, que para ello se valió de un enfoque cuantitativo, en la medida que aplicó encuestas a la población, médicos y jueces civiles, para concluir que,

> Pese a existir una incorporación de acápites en sistemas jurídicos extranjeros que ya contemplan la sanción penal de la Maternidad Subrogada aún en nuestra legislación se mantiene reinantes en el campo de la filiación "Mater semper certa est" y "Partus sequitur ventrem", se determina que madre legal es aquella de donde ha nacido el hijo.
>
> La falta de legislación conlleva a las técnicas de reproducción humana asistida, además de generar incertidumbre en las situaciones jurídicas respecto de la filiación correspondiente a los padres y los hijos nacidos mediante estos métodos y obviamente a través de subrogación materna, ha creado también un culto de clandestinidad e impunidad sobre esta práctica (Velásquez Vargas, 2015, p. 147)

Finalmente, se ha realizado una búsqueda en las principales universidades de la región de Cajamarca, no habiendo encontrado antecedentes sobre la maternidad subrogada.

2.2. Nombre de las teorías empleadas

2.2.1. Teoría del delito

Si se propone que la maternidad subrogada sea considerada como delito, resulta inevitable remitirnos a la teoría del delito como punto fundamental del derecho penal y los elementos que esta lo conforman, este conjunto de elementos lo que buscan es determinar qué tipo de conductas son consideradas como ilícitos penales y por consiguiente deben ser pasibles de sanción, entonces la consecuencia jurídica es "la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana" (Muñoz Conde, 2002, p. 203). Los elementos que la componen son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ahora bien, se precisa que un delito no solo sucede por la realización de un determinado acto, esto es un hacer, sino también se

configura por una omisión o un dejar de hacer o no hacer, claro que los delitos por omisión deben estar expresamente señalados en el código sustantivo.

2.2.1.1. Acción

Es la "conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo" (Welzel, 1987, p. 53), como se indicó la acción no es otra cosa que el movimiento del sujeto activo destinado a desplegar su comportamiento para un determinado fin, que es sancionado por el derecho penal.

2.2.1.2. Omisión

Doctrinariamente es definido como "la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave. Es el comportamiento voluntario de no hacer algo que se esperaba que el sujeto hiciese. Esta acción negativa u omisión vulnera la norma imperativa" (Muñoz Conde, 2002, p. 237), este factor queda descartado para los casos de maternidad subrogada y es aplicado normalmente cuando estamos ante delitos por omitir ayuda a una persona en situación de peligro, etc.

2.2.1.3. Tipicidad

Es el principal elemento de la teoría del derecho penal, y es tal su trascendencia que la falta de este elemento, hace innecesaria la aplicación del ejercicio del ius puniendi, por cuanto no es considerado como delito; es entendido como,

> la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecúa es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social (Muñoz Conde, 2002, p. 132).

Esta actividad corresponde al Poder Legislativo quien determina que acto humano debe ser tipificado como delito y por ende cualquier conducta que se despliegue en la sociedad y esta sea igual a la que describe el tipo penal, para señalar que se ha superado el primer elemento de la teoría del delito.

2.2.1.4. Antijuridicidad

Este elemento no es otra cosa que la conducta realizada, que lesiona las normas que rigen el ordenamiento jurídico, de manera concreta vulnere bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, es la "contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico" (Hurtado Pozo, 2005, p. 406). El citado autor, señala que el criterio para determinar la antijuridicidad será el ordenamiento jurídico, pero se va más allá de ello pues esta lesión debe estar relacionada con bienes jurídicos y su protección constitucional, y de manera conexa con la moral y buenas costumbres.

2.2.1.5. Culpabilidad

Habiéndose superado el segundo elemento, se llega a la culpabilidad que es definido doctrinariamente como "el autor, al momento del hecho, haya

sido siquiera capaz de actuar de modo responsable: de comprender lo ilícito del hecho y de dejarse determinar por esa comprensión, renunciando a su realización" (Zaffaroni, 2005, p. 277), este elemento está relacionado con la capacidad que tiene el sujeto activo para cometer el delito, reflejado en el conocimiento y voluntad para la comisión del mismo.

2.2.2. Teorías relacionadas al delito de trata de personas

En esta investigación se propone que la maternidad subrogada sea considerada como delito, pero incluido dentro de la figura de trata de personas, así este último se ve reflejado en teorías que se analiza a continuación.

2.2.2.1. Teoría utilitarista

El delito de trata de personas señala que "la causa del problema radica en los beneficios económicos que el delito reporta a los traficantes, la trata es un delito sumamente lucrativo que implica bajos costos, especialmente punitivos, pues las sanciones tienden a ser bajas" (Becerra Barboza, 2011, p. 3), analizada desde este extremo se advierte a este delito por el fin que se persigue que es el tráfico de niños.

2.2.2.2. Teoría de la seguridad humana

Es defendido como: las causas estructurales que hacen vulnerables a las personas a la trata de personas y por ello propone la adopción principalmente de medidas preventivas para reducir la vulnerabilidad y los riesgos para los derechos, la seguridad y la vida de las personas, teniendo presente que estos riesgos traspasan las fronteras de los países y, por lo tanto, requieren acciones conjuntas (Fernández Pereira, 2005, p. 11).

> Como se precisó, se busca tutelar el bien jurídico protegido constitucionalmente y que en el caso del delito de trata de personas al igual que en la maternidad subrogada se busca proteger la vida de las personas, dado que estamos ante un conflicto que sobrepasa las fronteras de un país, el vientre de alquiler bien puede ser contratando a la gestante en el extranjero para que el menor sea de padres de otros países, y una vez nacido sea llevado a un determinado país, y la mujer se convierte en un objeto de explotación sexual reproductiva.

2.2.3. Teorías sobre la maternidad al amparo de la gestación subrogada

Nuestro país se acoge a la teoría de que la maternidad y por ende la filiación de los hijos se encuentra determinada por el parto, en otras palabras, quien da a luz al menor es considerada madre; esta teoría tiene sus antecedentes en el derecho romano y se encuentra guiada por el principio "mater semper certa est", que entiende como "Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano" (Lamm, 2008, p. 38).

Siguiendo esa línea de pensamiento y a efectos de dotar de fundamento científico se tiene que,

> Los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la de madre, entre la de aquellas tres participaciones mencionadas (se refiere a la gestante, la que aporta el material genético a la comitente), es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartida (Rivero Hernández, 1988, p. 146).

Esta teoría es adoptada por el ordenamiento jurídico peruano, inclusive para determinar las normas sobre la presunción de paternidad, y como tal tiene sustento suficiente para adherirnos a dicha teoría.

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Antecedentes de la maternidad subrogada

Históricamente se ha señalado como primer antecedente de esta moderna técnica de reproducción asistida el acuerdo realizado en el año 1976, sosteniendo que, "este acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc, en los primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos debido a que se hacía uso de la inseminación artificial" (Lamm, 2008, p. 20), esto es, los primeros casos fueron denominados maternidad subrogada tradicional porque la gestante aportada sus propios gametos. El primer caso como referente de esta práctica se dio en el año 1984 "cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética" (Utian, 1985, p. 22), pero no fue propiamente denominada como maternidad subrogada.

Este hecho significó un avance para los tratamientos médicos de fertilización y medicina reproductiva apoyada por la libertad sexual reproductiva, puesto que significaba la posibilidad de que se pudiera concebir y dar a luz a un hijo genéticamente propio, es decir, con los mismos óvulos (material genético de la madre) sin que sea la madre quien lleve a cabo el proceso de gestación, ésta situación generó sin duda una serie de posiciones a favor y en contra, sobre todo por parte de los comités de bioética.

Así, el primer caso a nivel mundial de maternidad subrogada se dio a mediados del año 1980, conocido como el caso Baby M, cuyos presupuestos fácticos se basan en que,

> el señor Stern, bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la

> custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita (Diario El País, 1987, p. 7)

Este es considerado el primer caso, cuyas características podemos identificar que desde sus inicios se le atribuye un carácter contractual, y remitiéndonos a las normas civiles, el contrato se caracteriza porque hay un intercambio de contenido patrimonial. Asimismo, existe una obligación por parte de la gestante que lesiona la teoría de maternidad y filiación, pues se obliga a la mujer a renunciar a todos los derechos filiatorios del menor, convirtiéndose a su vez a la mujer en un instrumento. A partir de este primer caso, es que luego han surgido los denominados maternidad subrogada altruista en la que la gestante accede voluntariamente y sin mediar dinero de por medio a dar su vientre para la concepción de esta nueva vida, entre ellos existen los siguientes:

> la madre de la mujer, la propia abuela del niño quien se ofreció a llevarlo en su vientre nada menos que a los 61 años. Tras seis tratamientos de fecundación in vitro, la muerte de gemelos en un parto prematuro y un aborto, Sara Connell y su marido comenzaron a plantearse la maternidad subrogada. Cuando la madre de ella se ofreció creyeron que les estaba haciendo el mayor regalo del mundo. Sára lo cuenta todo en su libro Bringing in Finn sobre cómo su madre trajo al mundo a su hijo (LegisPe, 2016, p. 1).

El caso que a continuación se señala ha generado el debate de comités de bioética y los defensores de los derechos LGBTI por dar el siguiente caso polémico,

> Ha sido un caso polémico puesto que Kyle Casson fue, a los 27 años, el primer hombre en el Reino Unido en tener un bebé mediante una maternidad subrogada.

> El óvulo fecundado de una donante anónima y su esperma se implantó en el vientre de su madre, de 46 años. Según la ley, podría ser su hermano, ya que es un hijo nacido de su madre, pero finalmente consiguió que se le reconociera como hijo y pudo adoptarlo (LegisPe, 2016, p. 1).

Lo expuesto advierte la manera cómo ha ido evolucionando esta figura que viene siendo objeto de crítica y sanciones en algunos países, y nuestro país no es ajeno a esta situación, pues como veremos en el acápite correspondiente, existen países que permiten esta práctica en la medida que sea altruista, pero en todos ellos se presenta el mismo común denominador que es la instrumentalización de la mujer y poder comprar un bebé genéticamente modificado (ya sea con los propios gametos de los padres o terceros donantes) para poder ser inclusive dados a padres que residen en países o lugares distintos, estamos ante una realidad que ha trascendido fronteras a pesar de los vacíos legislativos.

2.3.2. Concepto de maternidad subrogada

Especialistas en derecho genético han propuesto la siguiente definición,

> la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y dar a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte (Coleman, 1982, p. 75)

La definición ha cambiado de acuerdo al contexto, se incluyen ahora los términos altruista y contractual, e inclusive se identifican a partir de dicha definición a los siguientes sujetos:

Los comitentes que son una pareja heterosexual y estar casada, que aspiran a convertirse en padres, en la mayoría de casos es el hombre el que aporta su material genético y la mujer debe padecer de infertilidad y debe aportar su material genético.

La gestante es la mujer quien alquila su vientre para que allí se dé la concepción y desarrollo de este nuevo feto.

La mujer donante, existen casos en que es una tercera mujer quien dona su material genético debido a que la madre no puede darlos, por imposibilidad médica diagnosticada.

Otra definición que se ha propuesto es que la maternidad subrogada, gestación de sustitución o "alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste" (Gómez Sánchez, 1994, p. 136).

Estas definiciones poseen como elementos comunes en que se identifica a los comitentes a una pareja, restringiéndose las definiciones aquellas donde la pareja comitente esté conformada por parejas homosexuales.

2.3.3. Tipos de maternidad subrogada

Desde sus inicios se advierten dos tipos de maternidad subrogada, aquella denominada tradicional y gestacional:

2.3.3.1. Maternidad subrogada tradicional

Su peculiaridad es que "la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante en este último

caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno" (Lamm, 2008, p. 27), esto es, la pareja aspirante a ser padre no posee vínculo genético con el nuevo menor, algo que llama la atención es el mecanismo por el cual se accede a este tipo de técnicas de reproducción asistida es por la inseminación artificial, y conforme bien indican los estudiosos "este tipo de gestación por sustitución también puede ocurrir en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación de los profesionales de la salud" (Lamm, 2008, p. 28), esta característica puede convertirse en un agente que puede favorecer la trata de personas.

2.3.3.2. Maternidad subrogada gestacional

Este segundo tipo de gestación es aquella que se da porque "la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente (si la hay y puede hacerlo) o por una donante" (Lamm, 2008, p. 28), aquí pueden presentarse tres supuestos que afectan en nuestra opinión el derecho a la identidad del nuevo menor pues existe un conflicto respecto a quien es la madre: i) la mujer que dona los óvulos, ii) la mujer que lo gesta, iii) la mujer que cría a los menores. En este tipo de técnicas se recurre a la fertilización in vitro, y como bien se señala para esta clase de maternidad subrogada pueden intervenir hasta seis personas "el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes)" (Lamm, 2008, p. 28).

2.4. Discusión teórica

Abordar el estudio de la maternidad subrogada o vientre de alquiler es un tema sumamente complejo desde el enfoque que se le pretenda dar, puesto que están por un lado quienes propugnan el derecho a la libertad reproductiva y a la felicidad como

justificación para la realización de este tipo de práctica, y por otro lado los más conservadores quienes señalan que esta práctica tiene un fin meramente mercantil y se valen de un ser humano como es la mujer, quien es utilizada como un objeto, lesionando el derecho a su dignidad como tal.

Así, son muchas las investigaciones con posturas a favor y en contra de esta práctica, teniendo en cuenta que en la mayoría de casos son estudios realizados a nivel internacional sobre la base de opiniones vertidas por comités de bioética que buscan determinar qué tipo de comportamientos médicos son éticamente correctos y válidamente aceptables para el derecho, en ese sentido la tesis titulada "Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada" investigación que al tener el nivel de doctorado, parte de una premisa filosófica como lo es la libertad en la maternidad subrogada y su relación con el socialismo y la justicia, donde se realiza una mirada a la mujer gestante quien accede a ello no en mérito a la libertad que tiene para disponer de su propio cuerpo (dar vientre en alquiler) sino que esta decisión se ve influenciada por aspectos socioeconómicos como es el lugar donde vive, la falta de dinero, etc.; en tal sentido se defiende la idea de que los contratos de maternidad subrogada atentan contra los derechos básicos de las mujeres pues se convierten en una nueva modalidad de explotación humana pero con el consentimiento de la gestante a cambio de una prestación económica y la obligatoriedad de renunciar a cualquier vínculo, afecto o sentimiento que esta tenga o pueda tener sobre el menor que lleva consigo, sobre el particular estamos de acuerdo y consideramos que esta tesis apoya nuestra postura no solo de prohibir este tipo de contratos en nuestro país, sino que además deben ser sancionados por el derecho penal, dado que se atenta contra el bien jurídico de la vida y dignidad de la gestante, quien no tiene libertad para disponer sobre este tipo de actos, máxime el carácter lucrativo que este conlleva

pues, si pretender equiparar con situaciones similares sancionadas por el derecho penal, nos hace reflexionar sobre el tráfico ilícito de drogas en donde el sujeto activo muchas veces se arriesga a transportar dentro de su propio organismo determinada sustancia ilícita hasta otro lugar a cambio de dinero; en la maternidad subrogada se ve una situación similar en la que la mujer se arriesga a gestar un bebé hasta su nacimiento a cambio de determinada cantidad de dinero, situaciones que guardan cierta similitud y deben ser tipificadas.

Otra tesis internacional es la titulada "El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentando a la dignidad?", donde se analiza la disponibilidad de la libertad procreativa, término estrechamente relacionado con los derechos sexuales y reproductivos, pero como todo derecho no es absoluto, sino que encuentran sus límites en la dignidad del hijo y de la mujer gestante, extremo con el que concordamos e inclusive se advierte parte de las razones jurídicas por las que se debería tipificar como delito, en primer lugar y quizá el fundamento la relevante es la lesión de la dignidad de ambos sujetos que vienen a ser el instrumento (gestante) y el fin (bebé), con justa razón esta tesis realizada en Chile, país en donde se ha permitido este tipo de prácticas y donde se prima la dignidad por encima de la libertad reproductiva de la mujer.

Las investigaciones realizadas en nuestro país sobre este tema, empezamos preliminarmente por la tesis titulada "La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil" que tiene por objeto la regulación y permisión de este tipo de prácticas justificando su postura en dos principales motivos que se ha identificado: i) La realización de esta práctica es un secreto a voces del cual el Estado tiene conocimiento y ii) El derecho a la reproducción de la mujer infértil, al respecto discrepamos con las conclusiones

arribadas pues sólo se está analizando un lado de la maternidad subrogada y no en su conjunto, pues como hemos visto desde los aspectos teóricos la realización de ésta práctica involucra a más de tres personas, y no solamente basarse en el derecho de la mujer infértil, sino que deben tutelarse los derechos de todas las personas que en ellas intervienen inclusive el del menor recién nacido, y si bien se requiere una respuesta urgente esta debe ser calificada como restringida y sancionada por la gravedad de los bienes a los que afecta, que como en diversos tipos penales se busca proteger la vida y dignidad de la persona, por ejemplo: homicidio simple, trata de personas, conforme se verifica en el acápite correspondiente.

La siguiente tesis titulada "Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad en el Código Penal Peruano" sin duda es correlativo a nuestra investigación pues propone la incorporación como delito y para ello se sustenta en el principio romano de filiación y maternidad que ha sido tratado dentro de las teorías de investigación que rigen la presente tesis, aunado a ello se cimienta en factores propios como la impunidad y clandestinidad.

Ahora bien, esta tesis va más allá no busca que la maternidad subrogada se regule como tipo autónomo, sino como variante y agravante del delito de trata de personas por tener connotaciones similares, para ello se discute y analiza desde la teoría del delito y desde la teoría utilitarista y seguridad humana como la maternidad subrogada se ha convertido en un beneficio económico, pues se ha convertido tanto para las agencias médicas que brindan éstos servicios como para la mujer gestante en una actividad lucrativa que hace más vulnerables al bebé recién nacido, puesto que, surge la siguiente pregunta de reflexión ¿qué sucede si el recién nacido presenta una malformación u enfermedad, a quién se le atribuye la paternidad? Esta pregunta nos hace repensar la permisión de esta práctica pues, la que lo gestó renuncia a toda clase

de derechos filiatorios sobre el menor, y los comitentes no querrán un niño que padezca de estas enfermedades, situaciones similares reflejan que esta práctica no es del todo correcta y que merece ser evaluada desde el derecho penal, tal y como aquí se realiza.

2.5. Definición de términos básicos

2.5.1. Maternidad subrogada

Se tiene que "la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y a entregar al bebé al término de este, renunciando a sus derechos como madre" (Rupay Allcca, 2018, p. 105)

2.5.2. Razones jurídicas

Se tiene que la "razón jurídica en una razón narrativa, como un modo prefijado de organizar el discurso ético y jurídico" (Martínez García, 1989, p. 288), para el caso de la presente investigación la razón jurídica debe ser entendida como el fundamento o justificación de contenido narrativo y dogmático por el cual se debe regular a la maternidad subrogada como tipo penal.

2.6. Hipótesis

Las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano son:

a) Vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos.

b) Protección del derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido.

c) Lesiona la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas).

2.6.1. Operacionalización de variables

Tabla 1. Operacionalización de variables

Tabla 1: Operacionalización de variables

Variable	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Instrumento
Variable 1: **Vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos**	El vientre de la mujer es considerado solo un medio para la procreación de un nuevo ser humano, por lo que, su dignidad como tal se ve lesionada.	Derecho Penal Derecho Constitucional	Se va a evitar la lesión de estos derechos en la medida se respete la integridad y dignidad de la mujer, que deje de ser vista como un objeto.	Fichas de observación documental
Variable 2: **Protección del derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido**	La maternidad subrogada afecta bienes jurídicos de dos de los principales sujetos involucrados como es la mujer y el nuevo menor.	Derecho Penal Derecho Constitucional	Se va a proteger en la medida que desde la teoría del delito se acredita el cumplimiento de sus tres elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)	Fichas de observación documental

Variable 3**:** **Lesiona la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas).**	Esta práctica ha generado que sea usado no solo por parejas infértiles, sino también por la población LGTBI, por lo que es cuestionado, ya que se precisa que lesiona los principios biológicos naturales de procreación y la identidad del menor.	Derecho Penal Jurisprudencia nacional e internacional de la CIDH	Al momento de evidenciar desde las posturas que plantean cuestiones ético jurídicas.	Fichas de observación documental Cuadro de revisión de pronunciamientos internacionales.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Aspectos generales

3.1.1. Enfoque

El enfoque es meramente cualitativo, en la medida que se analiza la institución de la maternidad subrogada en el marco normativo nacional e internacional, así como el tratamiento legislativo que se da, y su restricción en algunos países, en contraste con el delito de trata de personas que se realiza desde la teoría del delito, es decir, nos permite la "recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación" (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

3.1.2. Tipo

La presente tesis es de tipo aplicada (lege ferenda), por cuanto vamos analizar el conocimiento, posturas a favor y en contra que gira en torno a la maternidad subrogada, así como interpretar la relación de esta con el delito de trata de personas, para finalmente "proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico" (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12), solución que para el presente caso es la tipificación como delito.

3.2. Aspectos específicos

3.2.1. Universo y muestra

Teniendo en cuenta la naturaleza de la investigación la presente tesis se ciñe al marco normativo nacional e internacional, estos es posturas dogmáticas y científicas sobre la maternidad subrogada, por lo que no es posible señalar un

universo y muestra, en la medida que el diseño de la investigación muestral no es aplicable a la presente tesis, porque se sustenta principalmente a postulados teórico formales sobre la maternidad subrogada, si bien existen 2 casos a nivel nacional sobre este tema ello no es suficiente, no obstante se cumple con todos los factores metodológicos teniendo en cuenta que "el objeto de una investigación formalista-dogmática, como es la presente, apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de sus elementos formales normativos" (Witker, 1995, p. 65).

3.2.2. Unidad de análisis

La unidad de análisis está circunscrita al marco dogmático y doctrinario sobre la maternidad subrogada a nivel internacional y sus estudios a nivel nacional.

3.2.3. Métodos

3.2.3.1. Generales

a) Analítico

El método analítico es definido a partir del término análisis que es "la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos, ha sido uno de los procedimientos más utilizados a lo largo de la vida humana para acceder al conocimiento de las diversas facetas de la realidad" (Lopera Echavarría, 2010, p. 5), aplicable a la presente tesis se tiene que se va a disgregar cada uno de los elementos, causas y posturas de la maternidad subrogada establecido sobre todo por los comités de bioética.

b) Histórico

Este método “busca reunir evidencia de hechos ocurridos en el pasado y su posterior formulación de ideas o teorías sobre la historia” (Ramírez, 2020, p. 1); este método es aplicable a la presente tesis en la medida que se ha realizado un estudio respecto al origen de las técnicas de reproducción asistida entre ellas, la maternidad subrogada, hasta llegar a los casos realizados hoy en día, lo que nos permite ver el tratamiento legislativo que se viene dando en algunos países.

c) Comparativo

Este método tiene por finalidad “el comprender cosas desconocidas a partir de las conocidas, la posibilidad de explicarlas e interpretarlas, perfilar nuevos conocimientos, destacar lo peculiar de fenómenos conocidos, sistematizar la información distinguiendo las diferencias con fenómenos o casos similares” (Díaz de León, 2005, p. 229); se evidencia mediante el tratamiento que se da en cada país a la maternidad subrogada.

3.2.3.2. Específicos

a) Dogmática jurídica

Es entendido como “la actividad que tiene como objetivo establecer la calificación deóntica que, en un determinado sistema jurídico, se atribuye a tipos de acciones (casos genéricos) –pero en algunas ocasiones también a conductas concretas (casos individuales)– y al que el sistema jurídico de referencia no reconoce algún valor en ningún procedimiento jurídico” (Núñez Vaquero, 2014, p. 247), este método se aplica pues como se ha señalado la maternidad subrogada no se encuentra regulada, a pesar de ello se presentar casos concretos de

aplicación en el Perú que serán contrastados con los realizados en el extranjero, y con su similitud con el delito de trata de personas.

b) Hermenéutica

Este método es definido como "el arte de interpretar" (Arráez, 2006, p. 174), en definitiva, la maternidad subrogada requiere de un proceso de interpretación sobre todo respecto de las posturas a favor y en contra que se analizarán.

c) Exegético

Este método será llevado a cabo mediante el análisis de pronunciamientos expedidos por los Comités de Bioética a favor y en contra de la maternidad subrogada, con sus respectivos fundamentos; que a su vez servirá para desarrollar en la teoría del delito los bienes jurídicos que se protegen.

3.2.4. Técnicas de investigación

3.2.4.1. Observación documental

Esta técnica se utiliza por que se "inicia en la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418), que para el presente caso se realiza mediante el análisis de las fuentes documentales.

3.2.4.2. Técnica de procesamiento de análisis de datos

A partir de la observación documental, se recogió la información doctrinaria y casuística (nacional e internacional) para proceder luego a su análisis, lo que será contrastado con los resultados que se obtengan del análisis del

delito de trata de personas y que será contrastado en el cuadro de análisis respectivo.

3.2.5. Instrumentos

En la presente tesis se utilizan las fichas de observación documental que permiten recoger la información sustancial y suficiente sobre la maternidad subrogada, sobre el cual la mayor información se da en artículos de investigación, y/o publicaciones de revistas de bioética.

3.2.6. Limitaciones de la investigación

Los tesistas identificaron como algunas limitaciones la falta de biografía existente en el Perú, pues la mayoría se trata de investigaciones de otros países, sin embargo, ello ha sido superado mediante las tecnologías de la información que han permitido la búsqueda y recopilación de materia doctrinario no solo a nivel latinoamericano, sino europeo.

CAPÍTULO IV

INDAGAR ACERCA DEL MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EXISTENTE SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

4.1. Sobre las técnicas de reproducción asistida

4.1.1. Antecedentes

El origen de la aplicación de estas tecnologías médicas surge como consecuencia de las investigaciones biológicas que giran en torno al origen y desarrollo de la vida, ello con las posibilidades de evaluar la intervención en los procesos biológicos como lo es contribuir con la reproducción o participar de esta actividad procreativa, pues la aplicación de estas técnicas conocidas como TRA o TERA supone la inmersión de la tecnología, en la medida de que "ya no interviene de modo exclusivo la pareja en la generación de una nueva persona, sino que adviene la actuación de un tercero (el médico, el biólogo, la sociedad, etc." (Santamaría Solís, 2000, p. 37).

Como de la propia denominación se advierte las denominadas TREA son un conjunto de procedimientos médico biológicos que tuvo origen a principios del siglo XX, y fue en el año 1960 que se comenzó con prácticas de fecundación a través del "método de inseminación artificial intracorpórea, esto es, semen congelado" (Santamaría Solís, 2000, p. 38), y fue recién en el año 1969 y siguientes que se plantearon los siguientes avances médicos,

> En 1969 comienzan los ensayos de cultivo de embriones humanos y a partir de 1970 se introduce el uso de la laparoscopia para la recogida de ovocitos, al año siguiente se realizan los primeros ensayos de transferencia embrionaria al útero materno y en 1975 se

> obtiene un primer embarazo, que resulta ser ectópico y es abortado a las 11 semanas. En 1978 tiene lugar el primer nacimiento de un ser humano procedente de fecundación InVitro y transferencia embrionaria (FlVET), la famosa niña probeta (Monge, 1988, p. 51)

Las realizaciones de este tipo de prácticas médicas han venido practicándose teniendo como justificación los supuestos de infertilidad y aplicando en preliminarmente las técnicas en donde la donante y gestante sean la misma, definiciones que han ido cambiando de acuerdo a los métodos terapéuticos que se utilizan y que como se señaló se busca asistir en mayor o menor grado con el proceso de procreación humana.

4.1.2. Definición

Las técnicas de reproducción asistida surgen con el objetivo de maximizar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable, contribuyendo así con los derechos sexuales y reproductivos, así se les denomina a

> los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción. Son un conjunto amplio de procedimiento caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la trasferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina (Torres Maldona, 2017, p. 81).

Otra definición propuesta es aquella que señala que son “todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación, encontrando además dos grandes grupos: aquellas que se basan en la

inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro" (Rivera, 2004, p. 367).

Las definiciones antes esgrimidas permiten señalar algunos elementos comunes, en primer lugar, las TERAS son diversos tipos de mecanismos, y que modifica en cierto grado el proceso de reproducción interviniendo ya sea de manera directa o mediante el uso de la tecnología, coadyuvando al proceso biológico y natural de la reproducción, algo necesario de recalcar es que desde su definición se plantea una clasificación entre corpóreas y extracorpóreas, que serán tratadas en el siguiente acápite.

Finalmente un definición propia del derecho de familia plantea lo siguiente que las TERAS "son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia" (Varsi Rospligliosi, 2005, p. 16), por lo que, el fundamento tradicional de estas técnicas recae en causales de infertilidad de la pareja, ninguna de las definiciones antes planteadas propone que estas técnicas sean aplicadas para las parejas homosexuales, contrario sensu establecen como único presupuesto la idea de infertilidad.

4.2.3. Clases

4.2.3.1. Técnicas intracorpóreas de reproducción asistida

Esta primera clasificación plantea una subclasificación en la medida que pueden ser homólogas o heterólogas, la primera de ellas ocurre cuando "el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente" (Santamaría Solís, 2000, p. 37), en tanto que la segunda es aquella "en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja" (Santamaría Solís, 2000, p.

37); dentro de esta sub clasificación se encuentra la denominada inseminación artificial, inseminación intrauterina directa, inseminación intraperitoneal, transferencia intraperitoneal de especial y ovocitos, entre otros, que para el caso de la presente investigación nos referiremos a las más relevantes y comúnmente prácticas. Por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial se da,

> la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal (Choza, 1991, p. 39)

Existe una intervención médica y se denomina intracorpórea por cuanto el acto de la fecundación se da dentro del organismo femenino valiéndose de procedimientos médicos, es decir, una tercera persona ajena a la pareja en su mayoría profesional de salud quien se encargará de todo el procedimiento. La acepción ética que se brinda a este tipo de prácticas se basa en que la sexualidad y la relación con la procreación no se sustenta en un hecho exclusivamente biológico, sino que es posible apoyar a este proceso valiéndose de nuevas técnicas, inclusive los especialistas en bioética han señalado que "la unión entre sexualidad y procreación no debería de producirse en el transcurso de la aplicación de la técnica ninguna separación entre los diversos procesos del acto sexual y su apertura a la generación" (Perea Quesada, 1996, p. 41), esta connotación es sumamente importante cuando se trata de analizar las TERAS de manera concreta las técnicas heterólogas y que guardan estrecha relación con la maternidad subrogada, puesto que ello implica la utilización de gametos provenientes de terceros, que rompe justamente esa igualdad que se propone, es decir, la utilización de gametos provenientes de la misma pareja, ya que ello

incluso podría generar problemas psicológicos respecto a la identidad del recién nacido.

4.2.3.2. Técnicas extracorpóreas de reproducción asistida

La modalidad extracorpórea acoge a todo un conjunto de mecanismos donde,

> la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización In-Vitro, esto implica que en todas ellas se da la posibilidad de una manipulación del comienzo de la existencia de una nueva persona humana o de sus primeras etapas de desarrollo (Santamaría Solís, 2000, p. 42).

Esto es, el acto de la fecundación se produce fuera del vientre materno, para este posteriormente ser transferido al útero materno, y como la ciencia bien ha permitido esta implantación es posible sea dada no solo en el vientre de la madre sino que otra mujer quien se encargará del proceso de gestación, y es aquí donde surge o nace la técnica de la maternidad subrogada que desde un punto de vista ético presenta serios cuestionamientos a su práctica, sin perjuicio de ello, precisaremos una de estas técnicas referidas a esta modalidad.

Tenemos a la fecundación in vitro con transferencia de embriones denominada como FIVET que es considerada como la técnica estrella de esta segunda clasificación, dado que,

> el semen, que se obtiene por la masturbación, manual o mecánica o mediante un preservativo adaptado, se coloca con los óvulos obtenidos mediante aspiración, en una plaqueta especial que permanece en una incubadora durante 48 horas hasta lograr la fertilización; producida ésta se transfieren algunos embriones a la madre (Cubillos, 2013, p. 7)

Esta práctica implica la manipulación de los gametos, ya que se interviene en el embrión previa a la implantación, algo que llama la atención, es que esta manipulación no solo es con fines de diagnóstico de posibles enfermedades, sino también eugenésicos, experimentales o terapéuticos, situación que también ha generado serios cuestionamientos por partes de los éticos quienes consideran que este tipo de técnicas permite en otras palabras fabricar un bebé con los requerimientos de los padres, por ejemplo, con determinadas habilidades físicas o prever que no tenga determinadas enfermedades, etc.

Situación similar ocurre en la técnica denominada Transferencia Intratubarica de Gametos (GIFT) que,

> consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia y espermatozoides, para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación (Cubillos, 2013, p. 7)

Como se advierte, en este tipo de técnicas existe un manipulación y fecundación extra corpórea y que al igual que la maternidad subrogada, la implantación puede darse en el vientre de la persona cuyo óvulo es fecundado o en el de una tercera mujer que será la gestante. Antes analizar todos los aspectos concernientes a la maternidad subrogada es importante conocer la manera en como estos avances genéticos han sido asumidos por nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.4. Las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano

En nuestro ordenamiento jurídico peruano para el análisis de toda norma legal o infralegal se debe partir desde la Constitución, así la norma suprema indica que las realizaciones de estas prácticas pueden verse justificadas en los derechos

sexuales y reproductivos, término que no se encuentra regulado expresamente pero que puede desprenderse según se indica de los siguientes derechos,

> el derecho a la vida; el derecho a la salud; el derecho a la libertad, seguridad e integridad personales; el derecho a decidir el número e intervalo de hijos; el derecho a la intimidad; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho al empleo y la seguridad social; el derecho a la educación; el derecho a la información adecuada y oportuna; el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, finalmente, el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación (Mosquera Vásquez, 1994, p. 25)

Este intento de cimentar los derechos sexuales y reproductivos, no es suficiente, máxime si quienes propugnan la defensa del recién nacido aluden al derecho a la salud y vida tanto de la gestante como del menor para prohibir sus prácticas, así el reconocimiento internacional de este derecho se dio en el año 1994 en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, donde se utilizó es término para designar al conjunto de derechos relacionados con la salud reproductiva, siendo así es este derecho puede ser acogido, además por los ya mencionados, en el artículo 3° de la Carta Magna donde se consagran los derechos implícitos, esto es, no se trata de una clausula cerrada, sino por el contrario abierta, y como bien resalto el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia contenida en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC,

> la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales

> sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales (p. 6)

Entonces, queda válidamente probado que la realización de estas prácticas se ve cimentada preliminarmente en los derechos sexuales y reproductivos, al que se ve coadyuvado los derechos de la libertad de decir si tener o no hijos, integridad, libre desarrollo de la personalidad, paternidad y maternidad responsable contenido en el artículo 6°, pero la mención expresa en nuestro país sobre las técnicas de reproducción asistida se da en la Ley N° 26842, denominada Ley General de Salud y de manera en su artículo 7° que reza,

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

A partir de este artículo se puede advertir que el legislador peruano permite en cierta medida y discreción la realización de estas prácticas en los supuestos de infertilidad pero con un sola condición, que la madre genética (es decir quien dona los óvulos) y la gestante (quien lleva a cabo el proceso de desarrollo del feto) sea la misma persona, con ello se tiene una prohibición implícita a la

maternidad subrogada, en esta ley se adopta la teoría de mater semper sent, es decir, es madre quien gesta y da a luz al menor, no obstante ello, esta ley no es clara respecto a las técnicas de reproducción asistida en cuanto a las intracorpóreas y extra corpóreas, por lo que, se puede colegir preliminarmente que en nuestro país solo está permitido la fecundación in vitro, más no la maternidad subrogada u otras técnicas de reproducción, se considera que lo prescrito en la norma es insuficiente, por el contrario se debe señalar con claridad que técnicas estas permitidas en nuestro país, ello a fin de evitar la aplicación de estas y que respondan a otros intereses y que se encuentren presuntamente justificados en los derechos sexuales y reproductivos.

Lo expuesto, encuentra respaldo en el presupuesto sine qua non de la infertilidad que debe entenderse como la "enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas" (OMS, 2009, p. 67), extremo que deberá ser acreditado si se quiere acudir a estas prácticas, a pesar de las deficiencias que se considera que existe en la norma, se considera que la ley general de salud, asume una postura ecléctica ya que centra la obligatoriedad de que tanto la madre gestante y genética sean la misma persona, no hace referencia al varón de la pareja, pudiendo entenderse que de dos manera: por un lado si es permisible la procreación mediante la inseminación con el semen de la pareja y de otro lado, si la infertilidad es de la mujer no se permite la donación de un tercero, hecho que evidencia una falta de claridad y precisión respecto a la aceptación de estas TERA en nuestro país.

Entonces, podemos señalar que en el Perú no existe una ley que aborde las técnicas de reproducción asistida y el único artículo que versa sobre este tema

no puede ser interpretado de manera análoga, ya no hay prohibición expresa, y respecto a la maternidad subrogada nos adherimos a la postura que indica que el artículo 7°,

> no impide la maternidad subrogada, ya que pueden coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto (Siverino Bavio, 2012, p. 5).

Como cierre del presente acápite hacemos la reflexión de que a pesar que en la realidad existen centros médicos ginecológicos que ofrecen este tipo de servicios y tratamientos, resulta necesario que el legislador evalué previa reunión con el comité científico y bioético las técnicas que son permitidas y las prohibitivas, ello a fin de evitar no solo la práctica ilegal de algunas TERAS sino lesionar bienes jurídicos que tengan consecuencias penales, como los que aquí se propone.

4.2.5. Las técnicas de reproducción asistida en la jurisprudencia peruana

A nivel jurisprudencial, la Sala Civil de la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que no es posible establecer permisiones o prohibiciones del artículo 7° de la Ley General de Salud mediante la prohibición, expresando en la Casación N° 4323-2010,

> la norma no prohíbe expresamente la ovodonación, sino los métodos en los que no coincide el carácter de madre genética con el de madre gestante, esto último debe entenderse como una exhortación y no como obligación. De ser así, se estaría vulnerando el derecho a la libertad en tanto no se

estaría cumpliendo el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (Resolución de la Sala Civil de la Corte Suprema, 2011, p. 2)

En el tercer fundamento de la sentencia hace referencia a que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocida legalmente en el Perú, pero en cuanto a las TERAS añade que el Estado Peruano las admite pero a la luz de pronunciamientos internacionales como es la Declaración de Mónaco sobre bioética y derechos de los niños, las TERAS deben ser entendidas como métodos supletorios, más no alternativos y que serán legales en la medida que en el caso de la inseminación artificial "el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco" (Gonzáles Mucha, 2017, p. 123) y en el caso de la fecundación in vitro será aceptable y permitido si "el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación" (Gonzáles Mucha, 2017, p. 123).

4.2. Maternidad Subrogada

4.2.1. Variantes de la maternidad subrogada

Los antecedentes históricos, definición, características y clases de esta TERA han sido tratado en el rubro de bases teóricas, en este acápite analizaremos las principales variantes y problemas que surgen en torno a la maternidad subrogada que no es un tema que se presenta en el derecho interno de cada país, sino que ha traspasado las fronteras y se viene convirtiendo inclusive en una técnica rentable como será explicado en este ítem.

Así, partiendo de la definición y avances médicos, la maternidad subrogada puede darse de 4 maneras, la primera consiste en que,

> Los comitentes aportan tanto el semen como el óvulo, produciéndose la oportuna fecundación in vitro e implantándose el embrión resultante en el útero de la gestante. Entonces, la pareja comitente (siempre que sea heterosexual) aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la gestante recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento (Lamm, 2008, p. 29)

Entonces, esta primera forma que se presenta, debe entenderse que los comitentes están conformados por la pareja que aspira a convertirse en padres y por motivos de infertilidad del útero de la comitente, es imposible, pero algo característico es que aquí ambos aportan su material genético y mediante la técnica de la fecundación in vitro, que como se señaló es una técnica extracorpórea, la fecundación se da fuera del vientre para posterior ser implantado en el vientre de la gestante, hasta este momento partimos que el vientre de alquiler puede ser altruista o contractual.

En una segunda variante que puede darse en la maternidad subrogada es la presencia de,

> Sólo un comitente, quien aporta su material genético. En este supuesto, si el material genético aportado es el óvulo (supuesto de una mujer que no puede gestar), entonces la maternidad subrogada será gestacional y el semen podrá ser aportado por un donante. En cambio, si el material genético aportado es masculino (semen), el material genético femenino podrá ser aportado por la gestante o por una donante (Lamm, 2008, p. 30)

Esta variante, nos resulta peculiar y hasta en cierta medida controversial, pues estamos ante derechos como el libre desarrollo de la personalidad que tiene la mujer o varón para aspirarse a convertirse en progenitor, donde esta TERA aparece por la obligatoriedad de aportar el material genético el aspirante o comitente, en tanto que, hay la existencia de un donante de uno de los gametos que puede recaer en la propia gestante o un tercero, nos resulta controversial puesto que se plantea la defensa respecto de la identidad del menor sobre sus progenitores y en segundo lugar, sobre que limites tiene este derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, son la persona quien elige que hijo quiere tener con determinadas características o son los derechos del menor recién nacido, los que debe prevalecer.

Una tercera variante, respecto de las maneras como puede darse la maternidad subrogada es la siguiente,

> La pareja comitente (o el comitente) no aporta material genético de ninguno de los dos, es decir, se recurre a la donación de óvulos y semen. En este caso, la maternidad subrogada será gestacional con óvulos y semen de donante (Lamm, 2008, p. 30).

Esta variante es quizá el mayor problema ético que presenta pues si partimos de los derechos del menor, existe una triple paternidad y maternidad, existe un padre y madre donante de los gametos, existe una madre encargada del proceso gestacional y una pareja comitente, si bien los primeros renuncian a cualquier vínculo filiatorio con el menor, legislaciones como la nuestra han determinado que la maternidad se encuentra determinada por quien da a luz (parto), lo que sin duda genera problemas de carácter legal e inclusive ético, por la manera en que

se puede acceder y a quienes recurrir para obtener el ansiado deseo de ser padre y que tan beneficioso es ello para el menor.

Finalmente, la última variante que puede darse en los casos de la maternidad subrogada está determinada por el material genético, es decir,

> La gestante aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma del comitente o de un donante. En este supuesto, la maternidad subrogada será tradicional, con esperma del comitente o de un donante (Lamm, 2008, p. 30).

Se considera tradicional, por que recae en una sola mujer la donación del material genético y en esta misma la gestación, se le denomina tradicional, por cuanto esta es la forma en que fue concebida inicialmente, ahora bien, algo a tener en cuenta es que en todos se recurre a una tercera mujer, quien se encargará del proceso de gestación, quien se entiende que suscribe un contrato con los comitentes en donde se obliga a dar a la pareja o persona comitente al recién nacido.

4.2.2. Problemática de la maternidad subrogada a nivel nacional

Se ha identificado algunos problemas de carácter social y jurídico que se presentan en torno a la maternidad subrogada como consecuencia de la no regulación en cuanto a la maternidad subrogada y deficiente respecto a las TERAS.

Para ello partimos de los siguientes reportes noticieros,

> peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet, la ley no prohíbe ni castiga esta práctica que involucra a clínicas. El negocio puede alentar el tráfico de menores. Han pasado seis años desde que María entregó al bebé que dio a luz a una pareja de españoles. Diez meses antes

> había llegado a un acuerdo con ellos para prestar su vientre a cambio de 15 mil dólares. La joven alumbró a un varón en una clínica de Surco, donde se registró con los nombres de la española que la había contratado. Legalmente, María no era madre del niño. Es más, ni siquiera hay registros de su paso por la clínica (Acosta Gonzáles, 2014, p. 2)

Lo antes expuesto evidencia que en nuestro país, la maternidad subrogada está lejos de ser una técnica meramente altruista, sino que por el contrario "decenas de peruanas ofrecen su vientre en alquiler en Internet por montos que van desde S/.40 mil hasta S/.70 mil" (Acosta Gonzáles, 2014, p. 2), entonces, cualquier fuere la causa que motiva la realización de esta práctica, ya sea infertilidad, el deseo de convertirse en madre o padre, se ha convertido en una práctica lucrativa, pues atendiendo a la presunta prohibición contenida en el artículo 7° de la Ley General de Salud (que como señalamos no es clara), ha conllevado a que "clandestinamente muchas mujeres llevan a cabo dicha práctica, ya que se han dado a conocer casos de jóvenes que ofrecen sus vientres a parejas que desean procrear o peor aún de organizaciones que prometen lo mismo" (Acosta Gonzáles, 2014, p. 2) e inclusive estos supuestos conllevan a que las parejas viajen a países menos desarrollados donde encuentren a mujeres que acepten dar en alquiler su vientre o en su defecto en países donde esta práctica es permitido.

Atendiendo a que la mujer quien llevará todo el proceso de gestación, es inevitable que se formen vínculos de afecto, desde el vientre materno, esto último es corroborado por la ciencia al señalar que "el vínculo materno-fetal se asocia con aspectos emocionales y cognitivos que permiten recrear al feto como otro ser humano. Este vínculo se expresa, a través de prácticas de salud dirigidas a buscar la protección y el bienestar del feto" (Sánchez de Miguel, 2015, p. 5),

así uno de los problemas que se desprenden de esta práctica es que la mujer gesta y da a luz al bebé no desee entregarlo, máxime si nuestra legislación le otorga la calidad de madre, e inclusive puede darse el caso de que el menor haya nacido con alguna enfermedad y o bien los padres comitentes no lo desean o la gestante se rehúsa a hacerse cargo, como advierte son diversas las situaciones que pueden presentarse, y donde además de la mujer ser vista como instrumento, el recién nacido es visto como objeto y que busca satisfacer un deseo de uno o los comitentes.

Aunado a ello, no existe certeza de que esta práctica sea completamente altruista, pues, "es posible que la gestante exija un beneficio económico posterior" (Rupay Allca, 2018, p. 109), todo ello se origina por cuanto no existe un marco normativo claro y preciso acerca de la maternidad subrogada.

Justamente esta falta de regulación ha originado una serie de conflictos civiles e inclusive penales, pues acarrea una serie de conductas por partes de mujeres que ofrecen dar en alquiler su vientre, otros comportamientos como el acontecimiento del parto al margen de la ley, puesto como ya se señaló líneas arriba existe en el artículo 7° de la ley general de salud, una prohibición expresa al supuesto de que dos mujeres distintas no se le puede atribuir la maternidad respecto al recién nacido.

Ahora bien, no debe confundirse que esta prohibición lesione el derecho al libre desarrollo de la personalidad o derechos sexuales y reproductivos, sino que debe delimitarse las conductas permitidas en los cuales es posible la maternidad subrogada, y sancionar aquellas conductas que supongan un negocio lucrativo o trata de personas, que ha encontrado en ese derecho y por ende ansiado deseo de

ser padres una actividad ilícita que opera frente a las confusiones y vacíos de la norma.

4.2.3. Problemática de la maternidad subrogada a nivel internacional

La TREA de la maternidad subrogada, ya no es únicamente un asunto interno de cada país, sino que ha traspasado fronteras y ha llegado a denominarse el turismo reproductivo, como consecuencia de la insuficiente regulación y la oferta de vientres de alquiler por internet a nivel nacional e internacional, muchas de las parejas acuden a otros países, y aquí es donde surge este turismo reproductivo que es definido como,

> El desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TERA. El motivo del desplazamiento varía según los países, pero la razón más común es la evasión de la ley cuando la técnica está prohibida ya sea por sí misma o cuando un grupo particular se encuentra excluido del acceso al tratamiento (como por ejemplo parejas homosexuales, personas solas, personas mayores de una determinada edad, etc.). Otras limitaciones de acceso son las largas listas de espera. También se argumenta como otras razones para viajar la mejor calidad de la atención y el costo más barato del tratamiento (Storrow, 2006, p. 300)

Esta conducta supone el desplazamiento de los padres comitentes o de la mujer que ofrece su vientre en alquiler, lo que a su vez no es algo sencillo de asimilar, porque los entendidos en la materia han señalado que son varias las cuestiones legales que esto acarrea y que analizamos a continuación:

En primer lugar se señala: i) “es sólo una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente” (Lamm, 2008, p. 194) con ello queda de lado la gestación altruista, pues, esta técnica en esencia es altamente costosa no solo por

los tratamientos médicos, sino también los gastos que se realizan sobre la gestante, entre otros, por lo que no todas las personas pueden acceder a esta TERA; en segundo lugar ii) “es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes involucradas” (Lamm, 2008, p. 194), teniendo en cuenta que implica un traslado a otros países donde está permitido esta práctica no existe un control por parte de la gestante que es quien se traslada, respecto a los derechos que podrían verse lesionados como su salud e integridad física y psicológica, al no haber un debido control es posible una mayor explotación de los vientres de las gestantes, sobre todo aquellas que viven en países más pobres y que ofrecen sus servicios a cambio de cierta retribución para poder satisfacer sus principales necesidades de ellas y de sus familias.

La tercera razón es la más preocupante y es donde se enfoca nuestra investigación que es iii) “el turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos *baby business* (negocio de los bebés) o industria reproductiva también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio” (Lamm, 2008, p. 194), justamente lo que se quiere evitar es que mediante un análisis penal de los bienes jurídicos lesionados la maternidad subrogada sea prohibida en nuestro país, porque en mérito al contexto que se viene sustentando esta práctica está lejos de ser una técnica altruista y existe un interés económico de por medio e instrumentalización de la mujer gestante, debiendo tipificarse como conductas ilegales.

Teniendo en cuenta que la herramienta del internet se ha convertido en el principal medio para ofertar los vientres de alquiler, ello promueve con mayor

intensidad que las personas o parejas que deseen ser padres se trasladen hasta estos países o por el contrario sean las ofertantes quienes viajen, paralelamente a ellos los conflictos internacionales se presentan en dos vertientes. La primera es “incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño” (Lamm, 2008, p. 196) este problema es quizá uno de los mayores conflictos en el derecho de familia, por ejemplo si esta práctica de la maternidad subrogada es práctica en nuestro país, al amparo de las normas nacionales, el menor nacido cuya maternidad se registra a favor de la gestante, quien aún cuando posteriormente sea dado a los padres comitentes, estos no podrían sacarlo del país ya que no figuran como padres del menor.

Situaciones similares ocurren en la India y Ucrania donde “está permitido la gestación por sustitución y consideran padres legales a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio” (Lamm, 2008, p. 196), en este caso, la gestante tiene que ser necesariamente una persona de nacionalidad india o ucrania, existe una restricción para acudir a otros países y llevar a una mujer que dará su vientre en alquiler, por cuanto la legislación establece una restricción respecto la maternidad y nacionalidad del recién nacido, por lo que si desean viajar a otro país, ello implica la obtención de documentos como pasaporte que justamente en mérito a la citada restricción muchas veces es denegado y que además ello implica reconocer el contrato de maternidad subrogada que muchas veces no es aceptado en países en donde no está permitido esta práctica, lo que genera las siguientes consecuencias,

> el niño es apátrida y con filiación incierta, y se encuentra en un limbo jurídico y atascado en ese estado (por ejemplo, Ucrania, la India), y los

> comitentes no pueden permanecer allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración (Lamm, 2008, p. 197)

Entonces, este es quizá solo alguno de los problemas de la maternidad subrogada, respecto al traslado del menor a otro país y donde para el reconocimiento se pondera derechos como el de igualdad y no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad de procreación, el derecho a la identidad del niño, interés superior del niño, donde el más perjudicado es el menor, quien muchas veces se encuentra en una incertidumbre jurídica por meses para determinar quiénes son sus padres.

Otro problema que se presenta es "incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio)" (Lamm, 2008, p. 202), en este supuesto el primer problema ya se vio superado, esto es, los comitentes lograron viajar con menor recién nacido a su país de origen y el paso a realizar es regularizar la situación legal del menor y citamos a manera de ejemplo el siguiente caso argentino,

> Un matrimonio homosexual que recurrió a la Gestación Subrogada en Rusia, en este caso las niñas fueron inscritas en el Registro Civil ruso a nombre de la gestante (que no tenía vinculación genética) como madre y uno de los comitentes (el aportante de semen) como padre. Se les confirieron los correspondientes certificados de nacimiento y un certificado de paternidad. Esos documentos fueron apostillados, y con esas partidas de nacimiento debidamente apostilladas se ejerció la opción de nacionalidad argentina en el consulado argentino en Moscú y se les

concedieron los correspondientes DNI y pasaportes argentinos (Lamm, 2008, p. 203).

En el ejemplo citado, se tiene que en Rusia esta TERA está permitida y si bien pudieron viajar a su país de origen que era Argentina, el conflicto se generó allí respecto a los trámites de la situación legal del menor, y en caso concreto el problema se presentó, por cuanto, tratándose de una pareja homosexual sólo uno de los padres tenia reconocida la filiación, por lo que se acudió a los tribunales constitucionales mediante un proceso de amparo en donde alegando los derechos sexuales y libertad reproductiva, derecho a la no discriminación y orientación sexual e interés superior del niño se logró obtener el registro de la menor, tanto en términos de maternidad y paternidad.

Situaciones como las antes descritas han conllevado a que se proponga una ley internacional o como bien se denomina la existencia de una Convención Internacional sobre la maternidad subrogada, la iniciativa fue planteada y presentada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 10 de Marzo del 2012 que plantea como propuesta principal "la adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades" (Lamm, 2008, p. 211). En esta propuesta, se busca equiparar a la maternidad subrogada con la adopción, estudiándolo únicamente bajo la mira de que ambas instituciones buscan satisfacer deseos similares como es el de convertirse en padres, sin embargo consideramos que se trata de instituciones con naturaleza jurídica distintas, ya que en la adopción no existe una manipulación médica de por medio, ni un vientre de alquiler, ni mucho menos el requerimiento de un tercer donador de gametos, y desde la perspectiva de un menor, no estamos ante un menor en abandono a quien se le otorga el

derecho de pertenecer a una familia, sino que estamos a la fabricación de un niño bajo los requerimientos de los padres comitentes, por lo que, a pesar del sistema de garantías que ofrece esta convención internacional como lo es,

> un sistema de cooperación y en última instancia un principio de reconocimiento, podría ser una manera de asegurar la prevención de abusos, a la vez que evitaría dejar sin paternidad legal al niño nacido como resultado de un acuerdo de Maternidad Subrogada y otorgaría previsibilidad a las partes (Lamm, 2008, p. 212).

Es necesario, reevaluar la naturaleza jurídica con la que se pretende equiparar esta institución, debiendo establecer las restricciones y prohibiciones en cada país, por cuanto, se busca evitar que sea visto como un negocio lucrativo de las agencias de salud que prestar este servicio de la maternidad subrogada y dar luces a un hecho que es plenamente ilícito por los bienes jurídicos que están en juego, una de las razones que coadyuva a nuestra postura es que en cada país el orden público y las buenas costumbres son diferentes en cada país, a manera de contraste no es posible que en Perú se acepte la maternidad subrogada por cuestiones de orden público en las parejas homosexuales a diferencia de los países europeos donde si es posible su admisión.

4.2.4. La maternidad subrogada en la jurisprudencia nacional

En nuestro país a pesar de las ambigüedades respecto de la admisión de la técnica de la maternidad subrogada, se han presentado casos en los que a continuación vamos a ver como el juzgado ha hecho el intento de realizar esta compleja institución, en primer lugar, tenemos la Casación N° 5003-2007-Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, cuyo caso surge a raíz de una impugnación de maternidad, planteada por la esposa del señor “X”,

respecto a la maternidad de la señora “A” sobre la filiación para con la menor “N”, alega al respecto que la señora “A” no es la madre biológica de la niña, ya que fue inseminada con el óvulo de una tercera mujer, y para lograr el proceso de fecundación se utilizó el esperma de su esposo sin su consentimiento, planteada la demanda la sala se pronunció en el siguiente sentido,

> La prueba del ADN vuelve evidente “la falsedad de la relación materno filial” siendo está considerada “ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial. Asimismo, concluyó que la fecundación heteróloga estaría vedada por el artículo 7 de la Ley General de Salud y que “se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor (Cas N° 5003-2007, p. 3).

El criterio del juzgador se aleja de principio romano mater semper certa est, que señala es madre quien da a luz al menor, para centrarse en el artículo 7° de la ley general de salud y señalar la maternidad atribuida a la señora “A” deviene en ilícita por cuanto no tenía vínculo genético con la menor, no considerando que fue esta mujer quien gestó a la menor, en otras palabras no se cumplen los requisitos que señala el artículo 7° es decir, que la madre genética y gestante sean la misma persona, por lo que, finalmente el órgano jurisdiccional dispuso que además de la ilegalidad de la maternidad, esta no podía ejercer los derechos inherentes a la maternidad, por cuanto, la niña fue entregada al padre biológico y a su esposa; tal y como se advierte, el juzgador se limita a encuadrar el supuesto de hecho en el artículo 7°, no hubo mayor motivación respecto a los derechos de la gestante y el efecto de la instrumentalización como tal para obtener un bebé, aunado a ello, se ha dejado de lado, el principio romano antes señalado,

limitándose a la restricción contenida en el artículo 7°, hubiera resultado muy saludable que el juzgador haya sentado un criterio respecto a la maternidad subrogada altruista y onerosa en contraste con los principios del interés superior del niño, extremos en los cuales no habido mayor pronunciamiento que el señalado.

Otro caso importante de notar, es el contenido en el Expediente N° 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima, quien se ha pronunciado de la siguiente manera,

> Cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2° inciso 24 de la Constitución Nacional que regula el principio de reserva en virtud del cual Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe y por ende se considera lícita la conducta (Exp. N° 183515-2006, p. 11).

El proceso inicia por la pretensión de impugnación de maternidad con la finalidad de que se declare que la maternidad de la demandante y su esposo respecto de la menor que fuera concebida por otra mujer, en esta instancia los puntos controvertidos fueron el de la maternidad y sus características, técnicas de reproducción asistida, la forma del procedimiento de la maternidad subrogada, finalmente la demanda fue declarada fundada reconociéndose la maternidad a favor de la accionante, dejando sin efecto el reconocimiento anterior, aunado a ello, se plantea una pretensión adicional que es el destino de embriones fecundados sobrantes que se encuentran congelados en el laboratorio de la clínica donde se practicó esta técnica, al respecto el juzgador concedió el

plazo de 2 años para que se hagan efectivo el derecho a la vida de estos embriones congelados, caso contrario se dispondrá el abandono de los mismos y estos puedan ser utilizados para otros padres sustitutos, en este caso se advierte una postura abierta y a favor de la maternidad subrogada, pues bajo el principio constitucional, el juzgador a entendido la permisión de esta práctica, por lo que, la considera como lícita y otorga la maternidad a los comitentes.

En conclusión, estamos ante dos pronunciamientos distintos que hasta la fecha no existe un consenso por parte de la Corte Suprema, por lo que, más allá del análisis que realicen teniendo en cuenta el derecho a la identidad del menor, al libre desarrollo de la personalidad, aparejada de los derechos sexuales y reproductivos, la maternidad subrogada debe ser analizada teniendo en cuenta en primer lugar la modalidad bajo la cual se recurrió esto es comercial o altruista, delimitando quienes son los principales intervinientes que promocionan esta práctica, así la instrumentalización de la gestante y los principales pronunciamientos por parte de los comités de bioética que analizan los derechos involucrados, quienes a su vez concluyen que el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación reproductiva no son fundamentos suficientes para hacer de la técnica de la maternidad subrogada una institución que hoy en día se ha convertido en un negocio a todas luces, pero que operan al margen de la ley y cuando se acude a esta únicamente se apela al sentimiento de la norma sobre la maternidad, y no se ve la instrumentalización de la gestante.

CAPÍTULO V

ANALIZAR DESDE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS LA FIGURA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LOS PARÁMETROS DE LA TEORÍA DEL DELITO

5.1. El delito de trata de personas a la luz de la teoría del delito

El contexto en el cual se presenta el delito de trata de personas, se da de diferentes formas en nuestro país, ya sea desde una actividad organizada en todos sus niveles, escalas y magnitudes o de forma simple como la presente, de un simplificado número de personas, sin importar la modalidad esta actividad se viene presentando hasta la fecha, así se tiene que según el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público en concordancia con la División Nacional contra la Trata de Personas de la Policía Nacional del Perú, concluyéndose lo siguiente "En el año 2014, las intervenciones policiales arrojaron 19 víctimas extranjeras, de las cuales 8 son de Colombia, 7 de Ecuador y 4 de República Dominicana" (Observatorio de Criminalidad, 2015, p. 17).

El Código Penal Peruano ha tipificado esta conducta al señalar en el artículo 153° que,

> 1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
>
> 2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes,

> la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.
> 3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
> 4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
> 5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor".

Antes de ingresar, al análisis de este tipo penal, es necesario recordar el contexto en que se tipificó esta norma, así el delito de trata de personas se ha convertido en un fenómeno que surge en una realidad internacional, donde los agentes del delito lo evalúan como una actividad de gran rentabilidad, y centran como lugar del modo operando en las zonas más alejadas y pobres de nuestro país, el mismo que tiene sus manifestaciones o modalidades en la prostitución, por ejemplo se tiene el caso de trata de personas en la zona de Pucallpa donde,

> el ejercicio de la prostitución de niñas y adolescentes (entre 12 y 17 años) es en la zona de los bares, alrededor de los puertos y aserraderos, dominio una mujer, quien ocupa una posición compleja de promotora de la

> prostitución de las menores, de proveedora de alimentación y vestido para ellas y protectora frente al maltrato físico del que podrían ser víctimas. He ahí el dominio sobre la víctima (Montoya Vivanco, 2016, p. 395)

Entonces, del citado caso, es posible identificar la naturaleza jurídica de este delito, el mismo que encuentra variantes como la situación asimétrica o de superioridad entre el agresor y la víctima, está ultima está conformada por una población vulnerable como lo son niños y adolescentes, condición que es aprovechada por el agente del delito para someter a la víctima a una condición de explotación sexual y laboral, así aspectos como la relación de dominio y la víctima vulnerable, ahora bien, consideramos que esta vulnerabilidad no solo supone la minoría de edad, sino que además se advierten factores como situación económica, grado de pobreza, nivel cultural, entre otros.

Esta misma línea y presupuesto ha sido adoptada del modelo propuesto por las normas internacionales, tal es el caso de 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, denominada como el Protocolo de Palermo, el mismo que se sustentó en los siguientes documentos base la Declaración Universal de Derechos Humanos, que posee un carácter genérico y universal, y otros más especializados como la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada mediante resolución de la Asamblea General en el año 1985, en donde se define a las víctimas a,

> las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como

> consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso de poder (UNODC, 2010, p. 50).

Esta definición nos permiten comprender a cabalidad al sujeto pasivo del delito de trata de personas cuyo daño constituye en una lesión de los derechos fundamentales, en esa misma línea de protección la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, establece que a nivel interno de cada Estado se deben asumir políticas que eliminen la trata de mujer y la explotación de la prostitución de la mujer, esa misma línea de pensamiento fue asumida por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer denominada como "Convención de Belem do Pará" de fecha 9 de junio de 1994, establece de manera expresa la trata de personas como forma de perpetrar violencia contra la mujer, así existen una serie de documentos internacionales como por ejemplo la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores de fecha 18 de marzo de 1994, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de fecha 15 de noviembre del 2000, entre otras; que han sido tomados por el legislador peruano al momento de tipificarla como delito, así analizaremos la conducta y demás elementos de este tipo penal.

Iniciaremos con señalar que en este tipo de casos, estamos ante delitos de acción, más no de omisión y que el legislador ha considerado diversos verbos rectores (acciones) por los cuales se regula el delito, así estamos ante una variedad de conductas que permiten identificar a su vez el camino del delito y que pueden ser realizados tanto por una sola persona o varias personas propias de un organización criminal, así estas acciones se enmarcan en primer lugar en la captación que es definido como el "acto de reclutar o lograr la aceptación de la víctima para realizar

una determinada actividad" (Pomares Cintas, 2010, p. 42), este verbo es el primer paso que se realiza para lograr la trata de personas, que puede ser realizado directamente por el autor del delito, o mediante la intervención de otros partícipes del delito, que como bien se describe esta acción consiste en identificar y reclutar a la víctima.

Para dar pase al segundo verbo que es el transportar, que supone aquella "conducta que implique el movimiento de la víctima de un lugar a otro, dentro o fuera del territorio nacional. Es importante que esta conducta genere un riesgo penalmente no permitido y, en tal sentido, supere el sentido de comportamientos neutrales" (Montoya Vivanco, 2016, p. 398), se entiende que para que este transporte suceda, puede darse mediante el uso de la violencia o amenaza como por ejemplo el secuestro o valiéndose de la relación de dominio que se ejerce sobre la víctima, a quien se la retiene para posteriormente ser trasladada a otro lugar con un fin determinado ya sea de explotación sexual o laboral.

Entonces, este delito es de carácter continuado por cuanto no se agota en una mera actividad, sino que consiste en acciones correlativas como captación, traslado y la acogida, este último supone que "el agente admita en su hogar o domicilio a una persona objeto de trata. La diferencia de este concepto con el de recepción, con el cual mantiene una gran semejanza, radica en la connotación de permanencia que caracteriza a la acogida y no tanto a la recepción" (Pomares Cintas, 2010, p. 50), ahora bien, los estudiosos en el derecho penal han señalado que es posible que las conductas como trata doméstica y de economía familiar de supervivencia sean valorados como supuestos para determinar la trata de personas, que como hemos visto en nuestro país, este tipo de actividades ilícitas predominan en las zonas alto andinas y de la Amazonía peruana; el último paso de la trata de personas es la

explotación laboral o sexual propiamente dicha, que es el fin con el cual se realizada todos los pasos anteriores.

Así, se puede colegir preliminarmente que, para lograr la captación de la víctima, el agente del delito se vale la fuerza, fraude, coacción, engaño, abuso, oferta de empleo, seducción, engaño; lo que a su vez va a determinar la sumisión de la víctima.

El sujeto activo está determinado por el o los sujetos que intervienen en todo este proceso, que van desde simples personas hasta organizaciones criminales, ahora se ha determinado que los sujetos activos del delito "involucra hombres y mujeres, esta última llega a desempeñar un papel más destacado que en casi todas las demás formas de delincuencia" (UNODC, 2006, p. 17), entonces de la definición precisada se advierte este tipo de acciones están marcadas por organizaciones criminales, y quienes mayor investigaciones han hecho son las unidades especializadas de la Policía Nacional del Perú quien en virtud a sus respectivos protocolos se valen de "procedimientos de inteligencia operativa policial, método general de la investigación policial, criminalística, reta" (Gutierrez Manrique, 2016, p. 12).

Ahora bien, teniendo en cuenta que este delito se caracteriza por la existencia de un fenómeno que cruza las fronteras de un país, el sujeto activo (organización criminal) pueda estar ubicado en ambas zonas de forma paralela, ya sea en los momentos de captación, traslado y destino.

Por su parte, el sujeto pasivo, está conformado por las personas ya sea mujer o varones, niños o niñas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad o que se vean sometidas a esta, mediante el engaño, fuerza o coacción; así se ha identificado determinadas características de la víctima, señalando que,

> el tipo penal minimiza o maximiza la protección penal de aquella víctima, lo que permite agrupar a las víctimas en víctimas comunes (aquellas que

> no presentan notas particulares que permitan una protección especial en el tipo penal) y víctimas específicas (aquellas que presentan especiales características que determinan a su vez, formas especiales, intensificadoras o moduladoras de la protección jurídico penal), dentro de estas últimas, se distingue entre víctimas vulnerables, víctimas familiares, víctimas simbólicas, víctimas estatales o víctimas participantes (Subijana Zunzunegui, 2004, p. 18).

Las víctima, presentan determinadas características personales, económicas, psicológicas, o se valen de medios coercitivos para lograr su captación, de tal manera que pueda existir una situación de dominio sobre la víctima, esta situación ha sido adoptada por instrumentos internacionales, el mismo Protocolo de Palermo identifica como factores que condicional una situación de vulnerabilidad en la víctima como lo es "la precaria situación económica de la víctima, la falta de oportunidades en el contexto donde ella se desenvuelve, la relación de dependencia (psicológica o económica) con el victimario, la relación de autoridad que ejerce el victimario sobre la víctima" (Tamarit Sumalla, 1998, p. 196), entonces, se puede advertir que la condición de víctima no solo se limita a menores de edad, sino que es posible que valiéndose de los factores antes señalados, las personas mayores de edad puedan verse involucradas en este tipo de delitos.

Es importante, centrar el análisis del supuesto de trata de personas mayores de edad, donde si bien ya señaló los diferentes comisivos para lograr su captación, todos estos "configuran el escenario de dominio y de sometimiento característico de la trata" (Pomares Cintas, 2010, p. 51), es presupuesto clave la relación asimétrica o de dominio que se ejerza sobre la víctima, y más importante aún para esta investigación es que "el tratante instrumentaliza o cosifica para su provecho personal el cuerpo o

el trabajo de la víctima" (Montoya Vivanco, 2016, p. 403), de allí que, no importa el consentimiento que pueda prestar la víctima del delito, sino que lo que realmente debe ser objeto de valoración es el fin que se persigue con los medios propuestos que como hemos señalado, por encima se busca una actividad que resulte lucrativa, aun cuando esta, opere al margen de la legalidad, lesionando bienes jurídicos de otras personas; con justa razón se indica que "más allá de la manifestación del tratante o de la manifestación de la propia víctima, lo importante es la situación objetiva en la que esta se encuentra o la situación que le deparará próximamente a la misma" (Montoya Vivanco, 2016, p. 404), extremo que llama curiosamente la atención sobre todo en los casos de maternidad subrogada, donde la mujer es instrumentalizada para un determinado fin y su carácter meramente lucrativo.

Ahora bien, dado que estamos ante un delito complejo, el modo de operar también lo es, ya que existen diversas modalidades, desde aquella en que la trata de personas se da de forma abusiva ejerciendo violencia sobre la víctima, y la que se viene dando con mayor frecuencia que es el engaño, así investigadores señalan "el ofrecimiento de ofertas labores falsas o la ocultación de las condiciones laborales en las que se va a desarrollar la actividad laboral, a los que se añaden un creciente uso de internet, son los elementos clave en la fase de captación" (Díaz Morgado, 2014, p. 37), una vez captada la víctima, esta es llevada por todo un proceso de traslado a otros países, valiéndose para ello de documentación falsa, hasta llegar al lugar de origen donde la víctima es sometida a abusos sexuales o laborales.

Desde la teoría el derecho penal garantista, que propugna respecto al bien jurídico tutelado "que se tipifiquen como delitos aquellas conductas que sean lesivas para bienes jurídicos de una relevancia fundamental, que expresen las condiciones de la vida social y permitan el libre desarrollo del individuo a través de su participación en

el sistema social, aquéllas que el ser humano necesita para su libre autorrealización en sociedad" (Mir Puig, 1991, p. 206), así el delito de trata de personas tiene una naturaleza de pluralidad delictiva por cuanto son varios los bienes jurídicos que se protegen en primer lugar la vida, integridad física y psíquica de la persona que ha sido objeto de tráfico, así como el de la libertad personal específicamente en su variante de la autodeterminación que se entiende que se busca "proteger la libertad, el libre albedrío, la voluntad, el libre arbitrio de la persona de decidir sobre su proyecto de vida, su libre decisión, y garantiza la autonomía con que debe desempeñarse todo ser humano" (Medina Olivas, 2010, p. 21).

Así, denota particular importancia en que todos estos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos encuentran su respaldo en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, donde al reconocerse la dignidad del ser humano, se tiene que ningún ser humano debe ser instrumentalizado por otro, o ser tratados como objetos a cambio de un fin económico, maxime si en los delitos de trata de personas, la persona se reduce a un objeto que es utilizado para un fin contrario a la dignidad y sus derechos fundamentales, a cambio de determinada ventaja económica, y como bien se precisa no se puede concebir a "individuo absolutamente cosificado, en una mercancía sujeta por entero a la sola voluntad de otro, en un mero instrumento asible, mensurable, manipulable, inventariable y cuantificable" (Tejada Ortiz, 2013, p. 41); siendo así, se adhiere a la postura de que el bien jurídico que se tutela es la libertad personal (esto adoptado mediante Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116), la dignidad de la persona humana asumida por diversos doctrinarios del derecho comparado y finalmente la que propone una pluralidad de bienes jurídicos protegidos.

En este tipo de delitos, definitivamente estamos ante uno de comisión dolosa, entendiendo a este último "cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la

infracción penal y quiere su realización, el dolo exige conocimiento (de los hechos constitutivos de la infracción penal) y voluntad (quiere su realización)" (Sotomayor, 2016, p. 678), siendo así, en nuestro ordenamiento jurídico penal, no cabe la realización de esta figuración por omisión, pues como ya se ha precisado este tipo penal implica o involucra a diversos verbos como es la captación, traslado, acogida y explotación todo ello guiado por un marco de otras conductas como engaño, violencia, coacción, amenaza, etc.

Es importante diferenciar este tipo del delito de tráfico ilegal de personas, por cuanto en este último,

> El traficante obtiene ganancias a través del traslado o cruce ilegal de fronteras de la persona o grupo., el cruce de fronteras es voluntario, son las personas las que buscan al traficante, el tráfico es siempre hacia otros países y se utilizan canales ilegales, se suele utilizar documentación falsa en la mayoría de casos, el traficante culmina su contrato con el pase de frontera de la persona, el bien comercial es el cruce de fronteras, y se comenten delitos contra las leyes migratorias (Gutierrez Manrique, 2016, p. 18).

Existen marcadas diferencias con la trata de personas, por cuanto en esta el agente del delito persigue un fin económico a cambio de captar, trasladar y entregar a la víctima, quien a su vez es engañada o violentada para lograr la finalidad del agente, se entiende como bien comercial a la persona, esta una actividad cuyo traslado involucra a diversos países, e inclusive se limita y lesionan en la mayoría de casos derechos fundamentales, antes señalados.

El elemento de la culpabilidad entendido como "la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica, en tanto y en cuanto, probado que una persona ha

llevado a cabo una conducta típica y antijurídica, sea factible el reproche a su autor de la realización de dicha conducta, en las condiciones en que esta se ha desarrollado" (Palladino, 2020, p. 2), para el caso de trata de personas, la culpabilidad está determinado por la capacidad de la realización del ilícito penal, que en este tipo de casos estamos ante personas que son perfectamente imputables y con capacidad para los actos que estos realizan.

Es importante conocer el tratamiento que se da a nivel jurisprudencial al delito de trata de personas en donde, la Corte Suprema lo relaciona con otros delitos como el de violación sexual, proxenetismo, prostitución; que constituyen también modalidades delictivas que se desprenden de este tipo penal, para este ente jurisdiccional en un primer pronunciamiento se afirma lo siguiente,

> el bien jurídico protegido es la libertad personal, el delito de la trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal, entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado (Cas. N° 1018-2012, p. 18).

Se asume una postura mayoritaria en el sentido del bien jurídico que se tutela, que en este caso se da prevalencia al derecho a la libertad personal, evaluando además el consentimiento de las víctimas de trata de persona, el mismo que en algunos casos es relevante para considerar la existencia o no de este delito; de otro lado, otro aspecto que analiza la Corte Suprema es la presencia de algún medio coercitivo, violento o fraudulento como parte del modus operandi del agente del delito, se puede señalar que la Corte Suprema ha venido variando las líneas de interpretación respecto del

tipo penal, dándole importancia en algunos casos al consentimiento y en otros al medio del que se valen, como medios comisivos.

El Estado Peruano ha implementado un Plan Nacional contra la Trata de Personas correspondiente a los años 2017 – 2021, en donde se señala las finalidades de este delito, conforme se detallan a continuación,

> -Matrimonio forzado: Comprende los casos donde una mujer es prometida o dada en matrimonio, sin que pueda oponerse, a cambio de dinero u otra contraprestación que es entregada a un familiar o cualquier otra persona
>
> -Matrimonio servil: Implica la celebración de un matrimonio sin el consentimiento pleno y libre de, al menos, uno de los contrayentes.
>
> -Servidumbre por deudas.
>
> -Servidumbre de la gleba: Implica que una persona está obligada por ley, costumbre o acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona.
>
> -Venta de niños, niñas y adolescentes, explotación sexual y prostitución, explotación laboral, trabajo forzoso, mendicidad, extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos (MININTER, 2017, p. 12).

Este plan regula diversas modalidades que son consideradas dentro del ilícito penal antes descrito, y válidamente se puede señalar que la técnica de la maternidad subrogada encuentra figuras similares en la venta de niños cuando se tiene como fin de protección al menor que es concebido para los padres comitentes a cambio de cierta suma de dinero; y la explotación sexual cuando se mira a la gestante como un objeto o instrumento para un determinado fin.

5.2. Hacia una teoría del delito de la maternidad subrogada

5.2.1. Pronunciamientos de los comités de bioética

Los comités de bioética están conformados por profesionales de salud, filósofos y abogados especialistas en la materia quienes estudian todas las cuestiones éticas, morales y jurídica que acarrea la realización de éstas prácticas, en ese sentido los principales comités de bioética en el mundo plantean serios cuestionamientos a la realización de esta técnica, sobre todo por las implicancias éticas que esta tiene para el derecho, así el comité de bioética de España, ha abordado las siguientes premisas,

> enorme impacto que tiene sobre las personas directamente afectadas (el hijo, la gestante y los comitentes, asimismo existen casos ciertamente intolerables, como el de aquellos comitentes que, de los dos niños que dio a luz la gestante que habían contratado, se quedaron con la nacida sana y dejaron a la gestante el nacido con síndrome de Down (López y López, 2016, p. 13).

Son diversas las formas y variaciones en que puede presentarse la maternidad subrogada, pero lo que los comités han encontrado como elementos comunes entre ellos es la relación feto - madre que se establece durante la gestación y los efectos que puede tener tras la separación en el momento del nacimiento, por lo que, consideran que la procreación debe en todo momento respetar condiciones mínimas para que sea válidamente aceptable, dejando de lado en momento la prevalencia del deseo individual de tener un hijo y mantener el eslabón de relación sexual, gestación y filiación.

La complejidad de esta técnica conlleva a que, si existe una regulación restrictiva, esta no debe considerarse absolutamente como tal, sino que deben establecerse una seguridad jurídica mínima, siempre que no se dañe directamente al niño. Ahora

bien, al momento que se valorar éticamente a la maternidad subrogada se evalúan a los dos principales sujetos la mujer portadora o gestante y al menor concebido, respecto a la gestante se delimita tres posturas,

> i)La licitud de la gestación subrogada altruista: se considera que esta acción se hacer de manera desinteresada, puede ser extraordinariamente valiosa porque sirve para proveer de hijo a quien no puede obtenerlo de otra manera.
>
> ii) La licitud de cualquier forma de gestación subrogada, altruista o comercial, que excluya la explotación: la mujer es dueña de su cuerpo y, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera. En consecuencia, no solo es lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro de manera altruista sino también que lo haga a cambio de retribución.
>
> iii) La ilicitud de la gestación subrogada: la mujer que presta su cuerpo para gestar el niño de otro consiente en que un tercero la reduzca a la condición de mero instrumento, las condiciones son abusivas o bien cuando se realiza una acción o servicio que aliena a la persona de forma temporal. Esa alienación puede producirse cuando alguien ejerce el dominio sobre nuestra persona, ya sea en su libertad o en su corporalidad (López y López, 2016, p. 27)

De las tres variantes, el derecho penal va a tipificar y sancionar en la medida que existe una instrumentalización seguido de un abuso reiterado hacia la mujer que se convierte en un agente prestador de servicios a cambio de retribución económica, así es posible su regulación cuando la mujer es vendida para este tipo de actividades y existe alguien, nos referimos a un tercero, que ejerce dominio sobre la mujer,

restringiendo ya sea su libertad o su corporalidad, en estos supuestos estamos ante comportamiento que atentan contra la dignidad, vida y libertad de la mujer, y más aún si esta va a gestar a un niño que posterior a su nacimiento lo va a enajenar, algo que por su condición de ser humano, es imposible su venta o comercialización.

Los especialistas en la materia han propugnado "la ilicitud de toda forma de gestación subrogada porque les parece prácticamente imposible asegurar unas condiciones que no sean de explotación, o que no promuevan la explotación de otras mujeres" (López y López, 2016, p. 28), esto conlleva a la siguiente reflexión a pesar que a nivel teórico es posible admitir y plantear supuestos como altruismo o excepciones en los casos comerciales, la realidad -por lo menos en nuestro país- nos ha demostrado que son más los casos en que mujeres de escasos recursos ofrecen en alquiler su útero para gestar a menor, a favor de terceros a cambio de una determinada suma de dinero.

Por lo que, existe una mayor posibilidad de que se incurra en abusos y sometimientos por parte de las agencias encargadas de prestar estos servicios sobre las mujeres, quienes se ven inmersas en este tipo de comportamientos por factores externos de pobreza, país sub desarrollado, etc.; aunado a ello, se presentan efectos colaterales que son asumidos por la propia gestante como es minimizar o excluir en todo momento cualquier vínculo emocional con el menor, control de su vida durante el proceso de gestación, reducir en todo momento los riesgos para su salud física y mental, quien ha sido reducida a una mera incubadora humana por un tiempo determinado, por lo que, el comité de bioética de España ha asumido en todo momento una conducta restrictiva de la maternidad subrogada, por considerar lesivo a la mujer gestante y complejo y dificultoso para la identidad del menor de

edad, es así que en reiterados informes este organismo ha propuesto al Ministerio de Sanidad de España,

> implementar un marco regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación subrogada, la mayoría del comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio, debiendo inclusive de sancionar penalmente a las agencias sanitarias que ofrecen este servicio (De Benito, 2017, p. 1)

Queda claro que la maternidad subrogada se ha convertido en una trampa para lograr la explotación femenina, mediante esta TERA.

Otro comité de bioética que merece ser abordado para la realización de la presente tesis es el pronunciamiento del Comité de Bioética de Barcelona que constituyéndose como instancia deliberativa, académica y científica han expresado su postura acerca de esta práctica se ha convertido en un fenómeno que despersonaliza la interacción humana, aquí se parte de la premisa del contrato de subrogación asistida, donde "la figura de la madre gestante, la parte contractualmente más débil y más afectada entre las involucradas en el pacto de subrogación" (Casciano, 2018, p. 2) y como tal se ve inmersa en comportamientos que atentan contra su dignidad, es por ello que, el Tribunal Supremo Europeo, a creído conveniente declarar la nulidad de pleno derecho de todo contrato que verse sobre la gestación por sustitución, ya que al valerse de un contrato este no solo atenta contra la dignidad humana de la mujer, sino que la mercantiliza y cosifica la vida humana, reduciéndolo ya no a un acto de procreación biológica, sino por el contrario a ser una actividad mercantil y lucrativa, de allí que el parlamento europeo rechaza de todas formas su legalización.

5.2.2. Desde la teoría del delito de la maternidad subrogada

Habiendo sentado los postulados éticos y filosóficos que giran en torno a la maternidad subrogada así como sus consecuencias tanto en la gestante como en el menor de edad, se advierte que el comportamiento por el que se da la maternidad subrogada presenta características que fácilmente pueden incluirse dentro de la teoría del delito de trata de personas, incluyéndola como variante, por lo que, en el siguiente apartado esbozaremos un teoría del delito de la maternidad subrogada abordado tanto desde la mujer gestante como del menor concebido.

5.2.2.1. Acción

Estamos ante un delito de acción, por lo que el comportamiento humano se ve enmarcado en una primer fase que consiste en la recolección y clasificación de información relativas a las mujeres, hasta seleccionar a la víctima y que sea captada, entonces esta fase es realizada ya sea por las agencias sanitarias que brindas estos servicios de TERAS, quien muchas veces valiéndose de engaño convencen a la mujer para la realización de esta práctica, una vez identificada esta es captada y trasladada al país donde esta práctica está permitida, se entiende que el transporte estará a cargo de manera solidaria ya sea por la propia agencia sanitaria o por los progenitores comitentes hasta llegar al país de acogida o recepción donde se realizará la inseminación y se considera como explotación propiamente dicha, por cuanto, se somete a todo el proceso de gestación aún bajo su propia voluntad, la mujer se ve instrumentalizada tratada como un medio para conseguir algo, esta explotación no solo afecta a la mujer, sino que también el menor gestado es el fin de este delito, quien es objeto de transferencia o venta ya sea en el país donde es llevado o nacido en el Perú pretende ser trasladado a otro país, lo expuesto presenta un caso reciente en nuestro país donde,

> pareja chilena acusada del delito de trata de personas, al pretender salir del país con un par de recién nacidos. Afirma que el hecho que la prueba de ADN haya arrojado que solo el esposo chileno es el padre biológico de los niños confirma la comisión del delito de trata de personas (Muñante Barrios, 2018, p. 15)

En este caso, la pareja de Chileno manifestó que optó por una gestación subrogada en el Perú a pesar de no estar regulado, donde se contrató con una mujer subrogante, quien asumiría la gestación y una vez que se diera el nacimiento, esta recibiría la suma de $15,000.00 dólares americanos como consecuencia del servicio prestado y con el apoyo del centro clínico se suscribió el acta de nacimiento donde la pareja de chilenos suscribieron como padres biológicos, pretendiendo viajar a su país de origen.

Entonces, esta práctica plenamente tipificada como delito de trata de personas, pues como se advierte se ha recurrido a la concesión de pagos a la gestante para ser captada como tal para llevar a cabo la gestación y culminada esta se iba a trasladar a los recién nacidos, habiendo además cometido delitos de falsedad ideológica por cuanto, en nuestra legislación se admite el presupuesto romano es madre quien da a luz, de allí que realizadas las pruebas de ADN la maternidad no le correspondía a la mujer chilena, por lo que, fácilmente puede ser pasible de imputación penal. Como se advierte, la conducta de trasladar a menores de edad a otro país que no son biológicamente sus hijos puede ser imputable bajo este delito; pero la presente investigación, pretende ir más allá y que el delito de maternidad subrogada no solo se ha prohibido, sino que además sea sancionado por el derecho penal.

5.2.2.2. Tipicidad

Está plenamente identificado los verbos recortes del delito de maternidad subrogada como variante del delito de trata de personas, ahora bien, el sujeto activo está dado por la pareja de comitentes o la agencia que capta a las mujeres para que sean las gestantes, en tanto que el sujeto pasivo está determinado por la mujer gestante y el menor de edad.

De esta manera podemos señalar que la acción esta plenamente identificada por la captación de las mujeres gestantes ya sea con la prestación económica o engaño, el traslado o desplazamiento y la recepción donde se llevará a cabo del procesos de gestación, teniendo como fin la explotación del propio vientre de alquiler para la venta de niños a la pareja comitente, en otras palabras, se pretende revestir de un contrato de maternidad subrogada una actividad ilícita que puede ser calificada como trata de personas.

El bien jurídico protegido está dado por una doble dimensión la dignidad, libertad personal, vida de la gestante; y la vida e interés superior del recién nacido, nos referiremos a este último, se ha indicado que,

> Los niños producidos de esta forma son víctimas de varios delitos, expuestos al abandono, tratados como objeto de compraventa y lucro por una fábrica bien establecida. Sus padres, medios instrumentales para la realización de los delitos que configuran un negocio fraudulento bien rentable, víctimas de expectativas frustradas producidas por quienes son sus responsables como coautores (Sara Rodríguez, 2018, párraf.2)

La maternidad subrogada presenta serios cuestionamientos éticos cuando nos referimos a la identidad del recién nacido, quien deja de ser un fin en sí mismo, para

convertirse en un medio para lograr la felicidad de los comitentes, cuyo deseo es convertirse en padres sin importar los medios para lograrlo.

En cuanto a la mujer, el bien jurídico que se protege es la libertad personal y su integridad física y psíquica, quien es obligada por contrato a entregar al recién nacido a los comitentes, sin tener en cuenta el daño que sufre a nivel emocional por el apego generado durante el proceso de gestación, quien deja de ser vista como un ser humano en sí misma, para convertirse en una incubadora humana, así se convierte y se mercantiliza el vientre (útero) de la mujer, por lo que, existe una doble actitud de tráfico comercial el de la mujer y la venta del recién nacido.

Respecto al dolo, el sujeto activo conoce y expresa la voluntad ya sea de captar a la futura mujer gestante y celebrar el contrato de vientre de alquiler, ello significa que tiene conocimiento de las TERAS de manera concreta la maternidad subrogada,

5.2.2.3. Antijuridicidad

La teoría del delito, señala como elemento la antijuridicidad para referirse a que esta conducta no sólo tiene que estar tipificada en la norma sustantiva, sino que además tiene que vulnerar los principios o normas que sustentan y orientan al ordenamiento jurídico peruano, a pesar que algunas posturas que sustentan la maternidad subrogada como una expresión de la libertad de los derechos sexuales y reproductivos de las personas que desean convertirse en padres, así se postula que,

> La técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada sí es un derecho fundamental correspondiente a los derechos reproductivos y, en consecuencia, debería permitirse que toda mujer infértil recurra a dicha técnica para que pueda cumplir su proyecto de vida. El desarrollo de este derecho reproductivo se basa en el respeto de tres principios, los cuales

son: no discriminación, igualdad y autonomía de la voluntad (Núñez Merejildo, 2014, p. 98).

Pero esta postura está planteada desde una enfoque individual, centrándose solo en la mujer, analizando el caso únicamente desde su derecho se podría decir que debería permitirse esta técnica, sin embargo, la antijuridicidad va más allá y busca una protección común y universal, que para el caso de derecho penal es un bien común, así en primer lugar cabe mencionar el atentando contra valores constitucionales como lo es la moral, buenas costumbres y quizá el mayor fundamento los derechos fundamentales del menor gestado reflejado en el principio del interés superior del niño, partiendo de la restricción normativa contenida en el artículo 7° de la Ley General de Salud en donde se establece la obligatoriedad de que la madre genética y madre gestante sean la misma persona, por lo que, de permitirse esta técnica transgrede este precepto normativo.

La otra razón, se sustenta en el siguiente postulado en que "no existe ningún tipo de restricción en cuanto a la condición de los solicitantes de vientre de alquiler. Así, puede ser una pareja heterosexual (en régimen de matrimonio o convivencia) personas solas (hombres o mujeres) o parejas homosexuales, transexuales, etc." (Valdivieso López, 2018, párraf. 7); lo expuesto evidencia que al no existir un marco normativo claro, sobre las TERAS en nuestro país, admitir la maternidad subrogada seria lesivo contra los derechos del menor que traen al mundo, puesto que, si bien de lado se satisface el derecho de la o los progenitores comitentes, queda aún la incertidumbre respecto al interés superior del niño, puesto que, aspectos como la identidad biológica, el ámbito más adecuado para el menor ante la presencia de progenitores homosexuales, lo que atentaría contra su libre desarrollo e identificación de la figura materna o paterna, situación que además va contrario a

la moral y buenas costumbres que se presentan en nuestro país, donde no es aceptable este tipo de relaciones, entonces, admitir esta práctica no solo vulnera preceptos básicos y expresos como es el caso del artículo 7° de la Ley General de Salud, sino que desnaturaliza y rompe con la esencia de algunas instituciones del derecho en general como lo es la moral y buenas costumbres, concepción de maternidad y paternidad, identidad biológica y naturaleza contractual y comercial que se le brinda a esta TERA.

Quizá el mayor fundamento que lesiona esta práctica es el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, la dignidad del ser humano, el fundamento de todo Estado y en el que se sustenta todo ordenamiento jurídico, esta lesión se ve refleja en una doble dimensionalidad, tanto en la gestante como en el menor de edad dado que ambos son vistos como un medio para un fin, el primer de ellos para lograr la obtención de un menor de edad y el segundo como un medio para lograr la felicidad de los comitentes, así la dignidad entendida como "un atributo de la persona que implica el reconocimiento de su valor en sí misma. Se trata de un valor innato y no se deriva del valor que otros pueden darle" (Valdivieso López, 2018, párraf. 10); por lo que, se debe prohibir cualquier conducta que lesione el derecho a la dignidad sin importar el consentimiento informado o no que se otorgue, esto último porque a pesar que la maternidad subrogada sea comercial y la gestante se obligue a estos actos mediante un contrato de por medio, aún con todas las garantías que se le brinde, la mujer corre un gran riesgo al dar su vientre en alquiler que involucra su vida y su salud.

Seguidamente se tiene que esta institución lesiona la teoría de los actos jurídicos donde se parte de la premisa de que es acto jurídico y su validez, entendido este último como "la imposibilidad física supone, pues, la imposibilidad material de la

existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización, mientras que la imposibilidad jurídica supone que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico" (Delgado, 2005, p. 43), esto es, aún cuando exista un consentimiento el objeto y fin del contrato de maternidad subrogada es ilícito, por las deficiencias que señale anteriormente.

Finalmente, la maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica entendido como,

> la expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí solo fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado (Rincón Salcedo, 2011, p. 33).

Por ende, dada la inestabilidad y lagunas existentes en nuestro país que giran en torno a las TERAS y la gestación por sustitución, esta práctica puede ocasionar un negocio redondo para la venta de tráfico de niños e incluso se dejaría de lado la institución de la adopción para recurrir a la fábrica de bebés con determinadas características físicas (dependiendo de los gametos del donante), generando la comercialización tanto de los menores de edad, como de los órganos (útero) de la mujer gestante, a todas luces esta técnica es antijurídica.

5.2.2.4. Culpabilidad

Este tercer elemento de la teoría del delito, el mismo que parte del aforismo no hay pena sin culpabilidad, así es definido como "la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción. La antijuridicidad es condición necesaria, pero no suficiente, de la existencia del delito. Este requiere la culpabilidad personal" (Torio López, 2006, p.

286), así aplicable a la presente tesis, este elemento está dado por los presupuesto mínimos para imputar al agente la comisión de un delito, que para el presente caso, está representado por la capacidad que tiene el agente, que para el caso de incurrir en la TERA de maternidad subrogada como agravante del delito de trata de personas, la culpabilidad está representada por "la exigibilidad de otra conducta y la conciencia de antijuridicidad. Por ello hay que analizar si no existe respecto del sujeto pasivo una situación surgida de un miedo insuperable o de una coacción ajena" (Mateus Rugeles, 2009, p. 47).

En este delito además existe todo un iter criminis, pues los actos preparatorios se constituyen desde la identificación, captación y transporte de la gestante hasta el lugar de origen para los fines de explotación propiamente dicha, y de otro lado, la venta de los niños y niñas nacidas producto de la maternidad subrogada.

Asimismo, es posible la autoría y participación tanto de los agentes de salud que ofertan la venta de vientres de alquiler, hasta de las personas que aspiran a convertirse en padre y celebran estos contratos; aunado a ello, es posible que dentro del delito de trata de personas y su agravante de gestación por sustitución se cometan otros delitos como lo son falsificación de documentos (cuando se suscribe el certificado de nacimiento), entre otros. Todo ello, nos hace reflexionar que la maternidad subrogada puede ser válidamente aceptado como delito, por contener todos los elementos de esta teoría.

CAPÍTULO VI

COMPARAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PERÚ CON LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

6.1. Países que permiten la práctica de la maternidad subrogada

La práctica de la maternidad subrogada no se ciñe a un solo país, sino que lamentablemente son diversos países en el mundo quien realizan esta TERA, con la salvedad de que existen legislaciones en donde es permitido, ya sea como actividad altruista o un fin lucrado, así analizaremos algunos de estos países.

6.1.1. Reino Unido

País donde la maternidad subrogada es altruista, y con este fin ha sido regulado originalmente mediante acta expedido en el año 1985, son sus respectivas modificatorias en los años 2002 y 2008, y no fue sino hasta el año 2010 donde se expidió la regulación sobre fertilización y embriología donde se permite diversas TERAS entre ellas la maternidad subrogada, ahora bien, a pesar que en dicho país se recomendó que se declare su ilegalidad, al respecto se tiene que,

> El informe Warnock recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución y, en consecuencia, la negativa para peticionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como gestantes o realicen este tipo de contratos (Lamm, 2008, p. 132).

No obstante, a pesar de estas recomendaciones de carácter restrictivo sustentadas en los comités de bioética de dicho país, se autorizó la realización de esta práctica, pero sólo en un determinado supuesto, es decir, cuando sea altruista, que no exista ningún contrato de por medio, y sin la presencia de agencias de

salud y/o intermediarios que actúen como entes que capten a las gestantes, pero penaliza las siguientes conductas,

-Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de gestación por sustitución.

-Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.

-Recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución (Quiñones Escámez, 2009, p. 32).

El ordenamiento jurídico de dicho país ha intentado dotar de cierto equilibrio a la realización de estas prácticas con los preceptos normativos romanos, puesto que, buscan una regulación que permita un carácter más idóneo en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada, no obstante, aún es un campo que requiere un mayor análisis y determinación de limitantes jurídicos para su regulación.

6.1.2. Canadá

Canadá cuenta con ley de Reproducción Humana Asistida, lo que hace que este país cuente con un marco jurídico para la maternidad subrogada.

La ley canadiense de Reproducción Humana Asistida en su artículo 3° define a la gestante como:

> Aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes.

Lo que genera que la ley excluya situaciones en las que ha habido relaciones sexuales entre la gestante y el donante. Asimismo, esta Ley prohíbe expresamente en su artículo 6°:

> El pago a la gestante, a los intermediarios, o la colocación de anuncios para obtener servicios pagados de una gestante. También prohíbe que los miembros de la profesión médica presten asistencia a una persona de sexo femenino para convertirse en gestante, cuando se sabe o se tiene razones para creer que ella es menor de 21 años.

Lo mencionado anteriormente genera que Canadá la maternidad subrogada no esté prohibida por Ley, siempre y cuando se trate de razones altruistas, aunque el contrato que prevé la maternidad subrogada no es ejecutable como tal. (Lamm, 2018, p. 148).

6.1.3. Brasil

En Brasil respecto de la maternidad subrogada no existe una ley específica. No obstante, el Consejo Federal de Medicina ha emitido una resolución al respecto, la resolución N° 2013, del 16 de abril de 2013, donde el artículo 7° establece "Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética o en caso de unión homo afectiva" (Lamm, 2018, p. 155). De darse el caso se tendrán que cumplir ciertas condiciones tales como:

- La gestante deberá pertenecer a la familia de uno de los comitentes en una relación de parentesco hasta el cuarto grado y en todos los casos se debe respetar el límite de edad de 50 años.

- La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.

- En las clínicas de reproducción los siguientes documentos y observaciones deben ser incluidos en el prontuario del paciente: Informe médico con perfil psicológico, que acredite la adecuación emocional y clínica de la gestante, formulario de consentimiento informado firmado por los pacientes (padres genéticos) y por la gestante, descripción por el médico tratante, pormenorizada y por escrito de los aspectos médicos de las TRA, con los datos de carácter biológico, legal, éticos y económicos, así como los resultados de la técnica propuesta, contrato entre los pacientes (padres genéticos) y la gestante estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño, etc. (Lamm, 2018, p. 155)

Como es de notar Brasil solo cuenta con una resolución del CFM. Por lo que no tendría fuerza de ley, y su incumplimiento por parte de los médicos tan solo generaría sanciones administrativas.

6.1.4. Grecia

En Grecia la maternidad subrogada está regulada por dos leyes: La Ley N° 3089 del año 2002 y la Ley N° 3305 del año 2005.

Conforme a la Ley N° 3089, los contratos de gestación por maternidad subrogada están sometidos a una serie de requisitos. Así el artículo 1458 de la Ley en mención que modifica el Código Civil griego establece,

> La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un

escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.

Lo que hace que en Grecia la maternidad subrogada solo es permitida después de una resolución judicial dictada por el tribunal del distrito donde residen los comitentes y la gestante. Además, la implementación sólo puede tener lugar después de que se obtuvo la autorización judicial.

En conclusión, la maternidad subrogada altruista está permitida en Grecia, prohibiendo que se remunere a la gestante, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto. (Lamm, 2018, p. 150).

6.1.5. Israel

En este país la maternidad subrogada está regulada mediante la Ley 5756, esta ley prevé un sistema de pre aprobación del acuerdo de maternidad subrogada por parte de un comité que estaría conformado de dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes, y un jurista. Tiene que haber por lo menos tres mujeres y tres hombres.

Para acceder a la maternidad subrogada en este país se exige que los comitentes sea una pareja conformada por un hombre y una mujer casados o no. Por lo que no se permiten parejas homosexuales ni personas solas.

Los comitentes además deberán acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo un proceso de gestación. Por otra parte, la ley solo permitirá acceder a

la maternidad subrogada si el esperma es aportado por el padre comitente, ya que de darse lo contrario el hijo sería considerado ilegítimo.

De lo anteriormente descrito, es de notar que Israel permite la maternidad subrogada altruista, pero puede admitir pagos mensuales a la gestante con el fin de cubrir gastos importantes y razonables para el cumplimiento del acuerdo.

6.1.6. Sudáfrica

Sudáfrica cuenta con Children's Act. N.º 38 de 2005, la misma que en su capítulo 19 regula la maternidad subrogada. Es preciso mencionar que esta Ley entró en vigor en el año 2010.

Para que el proceso sea desarrollado, la mencionada ley establece un sistema de pre aprobación autorizado judicialmente previo a la provocación de embarazo de la gestante. Por otro lado, la autorización será dada siempre y cuando prime el interés superior del niño, aspecto fundamental y principal a tener en cuenta pues se busca proteger el bienestar del niño por nacer.

En Sudáfrica la maternidad subrogada estaría permitida siempre y cuando sea por razones altruistas, pues la ley establece que ninguna persona que realice el proceso de maternidad subrogada puede prometer o recibir dinero o alguna recompensa de algún tipo, salvo que la compensación este dada por gastos directamente relacionados con el proceso de maternidad subrogada.

En los casos en los que el proceso de maternidad subrogada se dé sin previa autorización por el Tribunal según lo estipulado en la ley o no se cumple con algún requisito, el niño que nazca será considerado hijo legal de la persona que dio a luz. Asimismo, se tiene que, contrario sensu, el realizar una maternidad subrogada contraviniendo la normatividad citada, genera responsabilidad tanto civil como penal.

6.1.7. Rusia

En Rusia la maternidad subrogada se rige por tres leyes federales y un acto jurídico gubernamental:

- El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, que contiene dos artículos, uno concerniente al registro de la filiación del niño nacido por maternidad subrogada (artículo 51° párrafo 4) y otro que regula la impugnación de paternidad y maternidad en relación con un niño concebido por fecundación in vitro y nacido por maternidad subrogada (artículo 52 párrafo 3).
- La Ley Federal de salud *(Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, No. 323-FZ)* aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012.
- La Ley Federal sobre los actos de Registro del estado civil de 1997 (*Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status,*), que, siguiendo la norma contenida en el Código de Familia, se limita a clarificar algunos detalles relativos a la inscripción del nacimiento de un niño nacido de una gestante.
- La Orden N.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina del 26 de febrero de 2003, que regula la parte médica de la maternidad subrogada. (Lamm, 2018, pp. 170-171)

Sobre el anterior marco jurídico en mención, se establecen una serie de requisitos para los comitentes y la gestante.

Por otro lado, el pago o compensación no está regulado en la legislación rusa lo que origina que la maternidad subrogada se realice por razones altruistas.

6.1.8. Ucrania

Para Ucrania la norma que regula la maternidad subrogada se encuentra contextualizada de una forma muy general en su Código Civil específicamente en el artículo 81° menciona que "una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley".

Es necesario mencionar que este artículo se titula el derecho a la vida y que todas sus disposiciones se refieren a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad.

Así mismo para iniciar el proceso de maternidad subrogada en Ucrania los comitentes tienen que ser incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término o de dar a luz de manera natural. Las indicaciones médicas están precisadas en la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, que establece que la maternidad subrogada podría aplicarse únicamente en casos de infertilidad de los cónyuges o de alto riesgo para la mujer y/o la salud del niño, en particular, en caso de:

- Ausencia de útero.
- Deformación de la cavidad uterina, haciendo el embarazo y el parto imposible.
- Enfermedades severas, haciendo imposible la duración del embarazo.

- Múltiples intentos fallidos de implantación. (Lamm, 2018, p. 177).

6.1.9. Estados Unidos

La ley que regula la maternidad subrogada en Estados Unidos no es general, sino que cada Estado marca sus propias restricciones y condiciones.

Existen territorios que prohíben rotundamente esta práctica y otros que la permiten abiertamente. Sin embargo, la gran mayoría de estados, aunque no tienen normativa expresa, se muestran favorables a su aplicación.

Los estados que mencionaremos a continuación se caracterizan por hacer una referencia directa a la gestación subrogada en sus estatutos, con más o menos precisiones para regularla: Es el caso de California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Washington y del distrito de Columbia.

Otros estados también disponen de una ley, pero establecen algunas restricciones como por ejemplo la necesidad para la pareja de estar casada para que la *pre-birth order* mencione a ambos como los padres legales del menor. Es el caso de Arkansas, Florida, Illinois, Dakota del Norte, Texas, Utah o Virginia Occidental.

Cabe mencionar que ningún estado de Estados Unidos, llega a prohibir en su totalidad la maternidad subrogada, así por ejemplo en Luisiana, las restricciones son tan importantes que sólo las parejas heterosexuales casadas pueden acceder a una gestación subrogada. En Míchigan, Nueva Jersey y Nueva York, sólo es posible la modalidad altruista.

Para otros estados como Michigan y Nueva York, la participación en la maternidad subrogada comercial constituye un delito.

Así, en Nueva York, por ejemplo, se puede llegar a imponer una multa de hasta 10.000 dólares estadounidenses a los padres de intención. Además, todas aquellas personas que faciliten o intervengan como intermediarios en la gestación subrogada serán considerados culpables de un delito grave y se les sancionaría de igual modo.

En Míchigan, los padres intencionales pueden ser multados con hasta 50.000$ USD y se les puede imponer una pena de cárcel de hasta un año. (Trolice & Álvarez, 2019, p. 14).

6.2. Países que prohíben la práctica de la maternidad subrogada

Así como existen países que regulan mediante sus normas la maternidad subrogada y establecen requisitos para los comitentes y la gestante con el fin de que dicho proceso se lleve de acuerdo a ley, existen países que, mediante regulación expresa, también prohíben y sancionan esta práctica. Los países que prohíben la maternidad subrogada son los siguientes:

6.2.1. Alemania

Para el país de Alemania la maternidad subrogada se encuentra prohibida por su legislación. La ley alemana restringe estrictamente cualquier procedimiento médico que implique acciones ilegales con una vida humana naciente. (Vittoria Vita, 2019, p. 25)

La ley alemana de protección al embrión N° 745/90 del 13/12/90 en su artículo 1 establece la utilización abusiva de las técnicas de reproducción:

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

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

1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;

2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;

3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;

4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;

5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;

6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;

7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

Para el Tribunal Supremo de Alemania entonces tal y como la ley lo establece la maternidad legal de la mujer solamente se puede alcanzar mediante un proceso de adopción, pues a juicio de la Corte alemana no permite la gestación subrogada y reconoce legalmente como madre sólo a la persona que da a luz.

6.2.2. Francia

Francia es uno de los países que prohíbe la maternidad subrogada mediante la Ley N° 94.653, sobre el Respeto al Cuerpo Humano, ley que modifico los artículos 16.1 y 16.7 del Código Civil Francés.

El artículo 16.7 del CC francés establece lo siguiente: “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”, por lo que en Francia quien accede a TRHA, se considerará que está yendo en contra del CC francés y, por tanto, el acuerdo que haya suscrito se considerará nulo. (Ricardo, 2020)

Además de regular la prohibición en el CC francés, el Código Penal francés establece una serie de sanciones para las personas que inicien este tipo de procedimientos, es así que tenemos a:

- El artículo 227.12 CP: el cual establece que se impondrá la sanción de un año de prisión y 15.000 euros a aquellas personas o parejas que hayan actuado de intermediarios entre los padres intencionales y la gestante. Ahora bien, en caso de que el intermediario lo hubiese sido en otras ocasiones o lo hiciese con ánimo de lucro, la sanción aumentará el doble.
- El artículo 227.3 CP hace referencia a la sustitución voluntaria, la simulación y ocultación que cause violación del estado civil de un niño. Estas tres situaciones están sancionadas con la pena de 3 años de prisión y 45.000 euros.
- El artículo 511-24 CP establece una sanción de 5 años de prisión y 75.000 euros para aquellas personas que integran el sector sanitario y desarrollen la técnica de la gestación subrogada.

Como es notar, Francia prohíbe la maternidad subrogada haciendo nulo el acuerdo, e incluso imponiendo sanciones penales privativas de libertad para las personas que hagan uso de estos procedimientos.

6.2.3. Suiza

Para el país de Suiza, la maternidad subrogada está estrictamente prohibida, la misma que se encuentra regulada en la Constitución Federal de la Confederación Helvética de 1999 en su artículo 119.2, literales d) y e), en donde se establece que la práctica de la maternidad subrogada, así como la donación o comercio de embriones y ovocitos queda totalmente prohibida.

Por otra parte, Suiza cuenta con la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida de 1998 que fue reformada en el año 2006 en sus artículos 4° y 31° respectivamente sanciona con una multa o prisión a los interesados que soliciten la gestación por sustitución o a sus intermediarios. Es preciso mencionar que, en este país no se sanciona a la madre gestante, pues la gestante será la madre legal del menor.

No obstante, pese a la prohibición estricta que establece la ley suiza en todo lo referente a la gestación por sustitución, se da, en la práctica, la inscripción en Suiza de recién nacidos en el extranjero mediante dicha técnica, respetando así las normas internacionales de reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de filiación y protegiendo el interés superior del menor. Así pues, un ejemplo de flexibilidad en la práctica en materia de inscripción del recién nacido sería la Sentencia de 19 de agosto de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del cantón de Saint Gallen. (Ricardo, 2020, p. 26)

6.2.4. Italia

La maternidad subrogada para Italia está prohibida expresamente en la Ley N° 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida específicamente en el artículo 12.6 de la misma el cual impone una pena de prisión de 3 meses hasta 2 años máximo o una multa que puede oscilar entre los seiscientos mil euros hasta un millón para todas aquellas personas que produzcan, anuncien o intermedien la gestación subrogada, así como gametos o embriones.

> Al igual que los demás países en cuanto al derecho de filiación hay una presunción de maternidad a favor de la madre gestante la misma que se encuentra regulada en el artículo 269 del Código Civil Italiano, pues será la gestante la persona que dé a luz al recién nacido. En cuanto al padre, el artículo 231 del mismo cuerpo legal en mención establece la presunción de paternidad a favor del marido de la gestante, siempre y cuando se haya concebido al hijo durante el matrimonio. En caso de no haber matrimonio, el padre deberá reconocer al recién nacido mediante una declaración personal. En cambio, los padres intencionales deberán acudir al procedimiento de adopción de la Ley de 4 de mayo de 1983, sobre el Derecho del Menor a una Familia, una vez la madre gestante dé a luz y les entregue al recién nacido, siempre y cuando los adoptantes estén casados. No obstante, hay unos casos excepcionales que permiten la adopción individual: que el adoptante se haya separado de la pareja o haya enviudado durante el proceso de adopción; que la persona adoptante y el adoptado tengan relación familiar; y, por último, el cónyuge que quiera adoptar al hijo de su pareja. (Vilar Gonzáles, 2017, p. 43).

6.2.5. Suecia

La maternidad subrogada en este país está prohibida por ley, pues se considera que existen buenas razones por los cuales la ley prohíbe el uso de los servicios de maternidad subrogada, así como:

- La explotación de mujer (gestante)
- La maternidad subrogada para este país es considerada como tráfico de niños.
- Riesgo para la salud de una mujer.
- Riesgo para la salud del bebé
- Debates legales y sociales

La única opción para las parejas infértiles que necesitan servicios de la madre gestante, es viajar a un país donde la maternidad subrogada es legal. (Vittoria Vita, 2020, p. 52).

6.2.6. España

Para España, la maternidad subrogada no es legal en virtud en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, serían nulos de pleno derecho todos los contratos por los que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante.

Sin embargo, en el año 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) emitió una resolución en la que se abrió la puerta a la inscripción en el Registro Civil español de niños fruto de esta práctica en otros países, siempre y cuando existiera sentencia o resolución judicial que acreditara la filiación del menor, así como el cumplimiento de los derechos de la gestante.

El Tribunal Supremo español establece que, a pesar de la nulidad de este tipo de contratos, la protección del menor no puede verse menoscabada por esta

circunstancia. Así, se ha reconocido, por ejemplo, que el menor fruto de un proceso de maternidad debe gozar de los mismos derechos que cualquier niño. De esta manera, el Alto Tribunal diferencia claramente dos planos: la nulidad legalmente establecida del contrato en sí, de un lado, y de otro la situación de indefensión en la que podría quedar el recién nacido si se le privara de sus derechos.

En cualquier caso, los niños fruto de gestación subrogada deben gozar de los mismos derechos que cualquier otro, tanto en cuanto a su filiación como en cualquier otro plano. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otra cuestión (Crespo Lorenzo, 2019, p. 37).

Como podemos ver en todos los países antes mencionados la práctica de la maternidad subrogada establece una multa o pena de prisión ya sea en algunos casos a los comitentes, madres gestantes, o a los que publiciten dicha práctica. Otra cosa común en la mayoría de estos países es que hay una presunción que la madre legal del niño es la que dio luz. Finalmente, al estar prohibida la maternidad subrogada en estos países las personas o familias que desean formar una familia y no la pueden lograr por diferentes razones, cruzan fronteras a países donde su ordenamiento jurídico tiene legalizada la maternidad subrogada, asimismo, es necesario considerar pronunciamientos de tribunales, en los cuales, si bien es cierto es considerada como delito, no se debe dejar de lado el interés superior del niño, sobre dichas prácticas.

6.3. Países donde no existe pronunciamiento de la maternidad subrogada

Así como existen países que regulan estas prácticas como también quienes la prohíben de manera expresa dentro de su legislación, hay países que hasta la actualidad no han regulado de forma expresa a la maternidad subrogada, ni de forma

favorable ni desfavorable, estos países son los siguientes que pasamos a desarrollar a continuación,

6.3.1. Austria

En Austria no existe ninguna disposición que haga mención de que puede pactarse un contrato o acuerdo de maternidad subrogada. No obstante, tampoco existe ninguna norma que prohíba o sancione este proceso. Ahora en caso de que alguna persona o pareja haga uso de este procedimiento en este país tendrá problemas al momento de ejercer el derecho de filiación del recién nacido, pues como ya hemos venido desarrollando anteriormente existe la presunción de maternidad de la madre que da a luz al recién nacido, es decir la madre gestante.

6.3.2. Republica Checa

Este país tampoco cuenta con una regulación sobre la maternidad subrogada ya sea de forma favorable o desfavorable, sin embargo, a pesar de que no existe ninguna norma de prohibición o de legalización de esta práctica si se prohíbe cualquier anuncio que se relacione con el tema de maternidad subrogada ya sea por parte de la gestante o los padres intencionales. Es así que el acuerdo que se dé entre las partes será invalidado y por lo tanto no ejecutable.

6.3.3. Argentina

En Argentina existe una ausencia de norma legal respecto de la maternidad subrogada, pues no existe norma legal que la prohíba, por lo que significaría que esta práctica estaría permitida en este país. Cabe mencionar que su regulación estaba prevista en el nuevo Código Civil y Comercial, pero finalmente se decidió excluir esta forma de filiación, es decir la maternidad subrogada.

A pesar de no haber prohibición de la Maternidad Subrogada, el Artículo 242 del Código Civil de Argentina establece que: “la madre legal de un niño será aquella

mujer que lo traiga al mundo, es decir, que dé a luz". Por esta razón, aunque se estableciera un acuerdo entre una madre gestante y los padres de intención, la madre subrogada o mujer gestante será considerada la madre legal.

En cuanto a la paternidad el artículo 243° del mismo cuerpo normativo establece que: "si la gestante está casada, su marido actuará como padre legal del recién nacido y así será registrado, no habiendo posibilidad de registrar al bebé como hijo de los padres de intención".

Existe la posibilidad de que los padres de intención puedan ser considerados como padres legales del nacido. Para ello es necesario realizar la llamada adopción del hijo del cónyuge (Biotexcom, 2006, s.f.).

Además, en este país de no existir una norma general que regule las técnicas de reproducción asistida, existe una norma que regula uno de los aspectos de esta práctica que vendría a ser la cobertura médica la Ley 26862, publicada en el Boletín Oficial el 25/06/2013 y reglamentada a través del Decreto 956/2013.77 No obstante la amplitud de esta ley destinada a regular la cobertura, se considera que no se refiere ni comprende la maternidad subrogada. (Lamm, 2018, p. 107)

6.3.4. India

En la India hasta la actualidad no existe ninguna ley que regule la maternidad subrogada, sin embargo, si es llevada a cabo en la práctica y se la consideraría legal pues no hay norma que la prohíba de manera expresa.

Ante la ausencia de ley, la GS comercial en la India se rige por *las National guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics, in india* (Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de TRA en la India) promulgadas por el Ministerio de Salud y Bienestar, el Consejo

Indio de Investigación Médica y la Academia Nacional de Ciencias Médicas en el año 2005.

Debido al flexible marco descrito y no haber regulación expresa, India se había convertido en uno de los destinos más populares por los extranjeros para realizar un acuerdo de maternidad subrogada, lo que generaba que cualquier ciudadano de cualquier país podía ir a la India, independientemente de su orientación sexual o estado civil y realizar un acuerdo de maternidad subrogada.

Ante esta situación es que el Gobierno de India, el 09 de julio de 2012, modificó su normativa mediante el Ministerio del Interior, dando instrucciones a todas las embajadas y ordenó emitir visas médicas en lugar de visados turísticos para todas las parejas potenciales que quieran ir al país para acudir a la maternidad subrogada. Además, de conformidad con estas instrucciones, se exige que toda pareja que solicite la visa médica haya estado casada por un mínimo de dos años con un certificado válido. El matrimonio debe además poseer una carta que emane de la embajada de su país de origen que indique claramente que reconoce la maternidad subrogada y que se permitirá la entrada del niño nacido por esta práctica en dicho país como hijo biológico de esa pareja.

Como consecuencia de esta resolución, los casos de GS internacional han disminuido notoriamente en la India, dado que muchos comitentes no reúnen los requisitos exigidos. (Lamm, 2018, pp. 178-180). Se colegir que existen países que lo tipifican como delito, más no como agravante de trata de personas.

CAPÍTULO VII

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1. Presentación de resultados

Atendiendo a que la maternidad subrogada ha presentado escasa casuística en el ordenamiento jurídico peruano, el universo y muestra de la presente tesis está delimitado por el marco dogmático nacional y comparado que existe en torno al tema ya planteado, puesto que, no es aplicable la investigación muestral, sino que al ser un estudio de corte doctrinal donde se han analizado instituciones e instrumentos internacionales y nacionales que giran en torno esta técnica de reproducción asistida, así como el tratamiento que se le da en otros países que refuerzan más la hipótesis que aquí se plantea; es por ello, que los resultados obtenidos será enfocados desde la postura defendida inicialmente, conforme se indica a continuación.

7.1.1. Las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano

7.1.1.1. Vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos

Defendiendo esta postura, resulta necesario remitirnos al concepto y alcances de la dignidad del ser humano, al respecto se tiene lo dicho por Kant, que, aunque la definición que propugna es relativamente amplia, consideramos citarla a efectos de una mayor fundamentación,

> La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden

> utilizarse [...] Así pues, de igual modo que él no puede auto enajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre (Kant, 1956, p. 38)

Entonces, la dignidad la posee todo ser humano por el simple hecho de ser tal, y como consecuencia no es ni lícito, ni moral, ni jurídicamente aceptable que se le atribuya un precio a dicha persona, pues ello equivaldría a señalar que no posee dignidad, y pasa a convertirse en un objeto, de allí que nuestra Constitución Política de Estad ha regulado en su artículo 1° la dignidad del ser humano como fin supremo de la sociedad y del Estado, a lo que nosotros agregamos que el ser humano es un fin en sí mismo, no es medio para la obtención de otro bien u satisfacción de una necesidad, caso contrario, se tiene que tratarla como bien implica una "restricción lateral" (Kant, 1956, p. 38), hecho que se advierte no solo en los casos de maternidad subrogada, sino también en los casos de trata de personas, puesto que, estas son utilizadas como objetos para un determinado fin que lejos de promover el desarrollo y realización propia del ser humano, se ve sometida a una serie de actos que reducen y atentan contra su dignidad.

Siguiendo esta línea de pensamiento se han determinado algunas "formas de heteroreducción voluntaria de la dignidad: a) tratamientos humillantes, b) utilización del prójimo como medio, c) degradación del ser humano a la categoría de objeto o animal" (Garzón Valdés, 1996, p. 18).

La figura de la maternidad subrogada calza en los tres aspectos antes mencionados por cuando desde el punto de vista de derecho penal, la dignidad humana supone evitar en todo momento someter a castigos degradantes que, si bien la maternidad subrogada no hay una violencia física, si existen una serie de tratamientos a los que la mujer se tiene que ver sometida para lograr la concepción y de esta manera el vientre del alquiler.

Nuevamente, filósofos como Garzón Valdés resaltan la idea de que la utilización del prójimo como un simple medio lesiona y lesionará siempre su dignidad, aun cuando esta se someta voluntariamente, la dignidad ya ha quedado lesionada.

De otro lado, si se reduce a la mujer a un simple objeto se cae en la premisa de que al ser considerada como un instrumento esta carece de cualquier capacidad de voluntad, por ende, su consentimiento o negativa queda anulada, ya que solo es considerada como un apoyo o un implemento para la consecución de un fin, esta situación es similar al delito de trata de personas, donde presenta elementos comunes.

7.1.1.2. Protección del derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido

Ha resultado de la presente investigación, que la maternidad subrogada, no encuentra una regulación específica en nuestro país, lo que ocasiona que, muchas veces se vulnere los derechos de los sujetos pasivos (madre e hijo) como el derecho a la identidad y parentesco del menor, así como el derecho a la integridad física y psíquica de la mujer gestante, derechos fundamentales que deben de ser reconocidos y protegidos en todos los ámbitos, y que finalmente, la maternidad subrogada estaría ocasionando colisión de derechos fundamentales, atentando contra la vida, al ser considerados objetos de algún acuerdo o negocio por parte

de terceras personas que lo único que buscan es un beneficio económico, y generando indefensión en las personas más vulnerables.

Por otra parte, es necesario indicar que nuestra legislación, a partir de la maternidad subrogada, no vendría tomando en cuenta el interés superior del menor al no sancionar penalmente la maternidad subrogada en nuestro Código Penal Peruano, pues tal y como el Código de los Niños y Adolescentes lo establece en su artículo 6°.

> El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad, siendo obligación del Estado mediante sus autoridades, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

Generalmente hablando, la identidad entonces vendría a ser un elemento esencial en el ser humano, mediante la identidad la persona llega a conocerse, definirse, a considerarse un sujeto único y a diferenciarse de los demás, que viene relacionado con la libertad y la dignidad del ser humano, lo que la convierte en algo esencial para éste, pues permite distinguir a una persona de todas las demás, pues es la esencia de cada persona, como sujeto de derecho y de necesaria protección por nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha situación, ha ocasionado que los menores nacidos bajo éstas circunstancias sufran consecuencias psicológicas y sociales pues se quebranta el vínculo materno filial que se establece durante todo el periodo de gestación y además de ello problemas de aceptación social lo que generaría, a la larga, dificultad para asumir

su identidad o los problemas que surgirían al conocer su verdadera historia al crecer.

La base de todo ser humano inicia desde su concepción, el menor se va desarrollando tanto física como emocionalmente, va formando emociones, creando sentimientos, creando vínculos y formando su identidad, una identidad estática está claro, para después ir sabiendo cuál es su origen, de donde viene, cuál es su historia biológica pasando así a un desarrollo de su identidad dinámica, a desarrollar su personalidad en base a una verdad con la que se identifica, sin embargo, al brindar tanta permisibilidad a la maternidad subrogada, lamentablemente se desnaturaliza y se priva al menor del derecho a una identidad bien definida, generando vacíos sobre su origen, ya que generó un vínculo con una mujer que lo llevó en su vientre todo el periodo de gestación de nueve meses, pero con quien no podrá seguir desarrollando dicho vínculo por crear uno nuevo con la madre que lo tuvo después de nacer.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, la maternidad subrogada genera deshumanización de las personas y consecuencias negativas para la madre gestante o madre subrogada, como enfermedades que pondrán en riesgo su integridad y vida, así como puede darse el caso de que el menor nazca con enfermedades congénitas, malformaciones lo que conlleva a posibles abortos y generar aún más riesgos para la madre gestante y en caso de no producirse un aborto, deficiencias físicas y mentales en el recién nacido, lo que termina muchas veces el abandono de estos menores por parte de los comitentes. De igual manera, transgrediendo derechos fundamentales como conocer su identidad biológica y sus orígenes que vendrían a formar parte del ámbito íntimo del menor en protección del interés superior.

El derecho a conocer nuestra identidad otorga a todas las personas a saber quiénes son, de donde vienen, quienes son sus progenitores, a saber, su verdad bilógica y en base a todo formar y construir su identidad.

Nuestra verdad bilógica, es la que lleva a construir una identidad personal, no se podrá construir una identidad si no sabemos quiénes somos, el pasado y el presente se confunden lo que hace que el futuro se vuela incierto.

Este derecho es innato a la persona humana pues se lo obtiene por este simple hecho, además de ser vitalicio pues dura toda la vida de la persona, de ahí su necesidad de que sea protegido desde el inicio de la vida hasta la muerte del ser humano.

Así mismo debe tenerse en cuenta que, al ser un derecho extra patrimonial, el mismo no resulta negociable en ningún sentido, es irrenunciable, inajenable y no estaría sujeto a ningún tipo de desposeimiento.

Al ser reconocido el derecho a la identidad como fundamental podemos concluir entonces que, toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico que debería configurarse como algo sumamente importante para la persona como tal, por esta razón si en algún momento la identificación se ajena a la verdad se estaría yendo en contra de este derecho fundamental, que es tan vital dentro de todo ser humano, y el mismo que no puede ser vulnerado por ninguna práctica, que termine desnaturalizando su esencia.

Por lo que la maternidad subrogada, debe de ser analizada correctamente bajo esta perspectiva, pues la misma estaría vulnerando el derecho a la identidad por la decisión de los participantes de traer al mundo al menor, afectando así la identidad en todas sus dimensiones de la persona que nació bajo esta práctica. Y la única

forma en la que se podría garantizar, sería limitando su práctica desde un ámbito penal como el propuesto en la presente.

Hablando por interés superior del niño, este debe ser entendido como un principio o un vínculo normativo suficiente para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos del menor. En este contexto, la maternidad subrogada hará posible el nacimiento de una nueva vida la cual deberá velarse por este vínculo normativo.

El interés superior del niño, según la Convención Interamericana de derechos humanos, se integra por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permiten vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niños y niñas.

La práctica de la maternidad subrogada puede suponer, y en muchos de los casos, olvidar por completo los intereses del menor, si bien diferentes sentencias como hemos visto en capítulos anteriores intentan resolver siempre velando por prevalecer el interés superior del niño y su seguridad frente a otro tipo de intereses, otorgando la paternidad a los padres que se encargaron del niño después de nacer, por el simple hecho de haberlo deseado, por la voluntad de conformar una familia, o puede ser que la madre que lo gestó jamás lo deseo, pues ésta fue coaccionada o se encontraba en un estado de vulnerabilidad, lo que hace que ésta no sea la salida más idónea para estos casos, puesto que existe ya un daño previo vulnerando los derechos del recién nacido, faltando a su dignidad como persona sin dejar de lado los daños que pueden provocar en la madre gestante o subrogada.

Se debe velar realmente por el interés superior del niño y de la mujer pero de manera preventiva, y ello se daría a cabo prohibiendo la maternidad subrogada y convirtiéndola en una práctica ilícita, evitando así que se conciba a un niño como

un objeto para satisfacer el interés de conformar una familia o para fines lucrativos de terceras personas que con el afán de conseguir su objetivo, están dispuestos a realizar cualquier tipo de artimaña sin importar los intereses en juego tanto del menor como de la madre subrogada.

Otra cuestión importante es el tema de la salud materna, que implica la salud de la mujer desde el embarazo, parto y postparto pues ésta se verá seriamente comprometida.

Muchas de estas mujeres que son captadas tienen un gran desconocimiento de los profundos cambios tanto físicos como psicológicos que vive una mujer durante un embarazo.

Ibone Olza explica los cambios que se dan en la gestante son neuroquímicos, morfológicos y funcionales: se modifica para siempre la estructura cerebral de la madre, cambian especialmente las regiones implicadas en las relaciones sociales, la neuroplasticidad alcanza su punto álgido, creándose nuevas neuronas, mientras que otras se eliminan y/o migran. El cerebro, a medida que avanza el embarazo, se vuelve cada vez más emocional, las gestantes afinan su capacidad de discriminar estados emocionales en otras personas y agudizan su intuición. La mujer está en un estado de hipersensibilidad emocional e hipervigilancia, que le permite ponerse en el lugar del bebé y ocuparse de sus cuidados. Pero al mismo tiempo, este estado hace a la madre más vulnerable, y si las condiciones sociales, culturales y/o personales de la gestante no la acompañan, no la sostienen, y no están en sintonía con este trascendental momento vital, existe un riesgo alto de que se puedan desencadenar los trastornos mentales perinatales que muchas mujeres sufren en el embarazo y el posparto (Olza, 2020, p. 66).

Como podemos ver entonces, la salud de una madre subrogada se ve altamente comprometida, pues se pueden dar complicaciones que se asocian en general en todo embarazo como son: embolias, anemia materna, hemorragias, diabetes gestacional hipertensión arterial, preeclampsia, eclampsia, e incluso puede ocasionar la muerte de la mujer, parámetros que muchas veces ni siquiera son tomados en cuenta, como se ha logrado apreciar en el desarrollo del presente trabajo.

En este tipo de prácticas también se realizan sistemáticamente pruebas de amniocentesis para garantizar la integridad genética del concebido. Donde los riesgos asociados a esta prueba son el dolor, las infecciones, el sangrado y el aborto.

En el tema del parto, debe indicarse que la mayoría son partos inducidos y por cesárea, que no serían necesarios en todos los casos pero con el fin de facilitar la programación, además de maximizar el número de nacimientos, o no poner en riesgo la vida del bebé, que luego será entregado y facilitar que los futuros padres puedan estar presentes en el nacimiento, es que se recurre a estos partos inducidos y cesáreas, lo que conlleva nuevamente a poner en riesgo la salud y la vida de la mujer pues la cirugía abdominal para extraer al recién nacido lleva consigo riesgos, incluyendo ciertos cortes quirúrgicos a la mujer, infecciones, hemorragias, dolor a largo plazo en la zona de la pelvis o en donde fue hecho el corte para la cesárea e incluso se puede dar el caso de generar la muerte a la mujer gestante al momento de colocar la anestesia o por el mismo procedimiento en sí. Otro punto que afecta la salud de la madre gestante es el acceso restringido que tiene ella para controlar su embarazo pues existen casos donde estas mujeres son recluidas y aisladas de su entorno social mientras dure el embarazo, se les priva

de velar por su propia salud y bienestar lo hace fácil imaginar que estas condiciones no son las más adecuadas para llevar a cabo un embarazo normal y saludable tanto para la propia gestante como para el menor.

En lo que refiere a la etapa del posparto es clara la ausencia de un seguimiento y atención médica para la mujer que acaba de dar a luz, pues el propósito se cumpliría al entregar al recién nacido sin importar la atención médica y psicológica que talvez esta necesite durante su fase de recuperación que viene a ser lenta y complicada.

No debemos olvidar el sufrimiento de la mujer después de dar a luz para el tema de lactancia, pues si bien los comitentes se llevan al menor una vez que este nazca, la mujer subrogada tendrá que ser inhibida con fármacos con sus debidas consecuencias para cortar el periodo de lactancia, salvo que los padres deseen alimentar al menor con la leche materna lo que acarrea consigo que el sufrimiento sea aún más fuerte, pues esta mujer deberá extraerse la leche durante unos meses y entregársela a los padres que tienen al menor.

Físicamente estas mujeres deberán recuperarse sin contar con asistencia sanitaria y psicológicamente estarán solas sobrellevando la situación. No olvidando otras consecuencias en las que se incurre al pasar por una etapa de gestación y de parto como la depresión postparto, el estrés postraumático e incluso la psicosis puerperal, llegando en el peor de los casos al suicidio, quedando comprometida su salud mental de por vida.

La salud de los menores también se ve comprometida pues estas mujeres que son captadas para gestar y satisfacer intereses de terceras personas, tanto para los comitentes como para los que buscan un fin lucrativo, es obvio que no serán parte de este proceso de maternidad subrogada una sola vez, lo que conlleva que estos

embarazos múltiples generen un mayor riesgo para los recién nacidos pues puede darse el caso de nacimientos prematuros o pre término del embarazo que llevan consigo que el bebé nazca con un peso inferior al promedio normal. Además de que estos riesgos de que un bebé nazca prematuro, también se generan riesgos como parálisis cerebral, dificultades de aprendizaje más adelante, desarrollo lento en el tema de lenguaje dificultades de conducta y retrasos en su desarrollo.

Al igual que en el caso de la mujer gestante la inducción del parto o el nacimiento por cesárea que fue desarrollado líneas arriba, también se ve comprometida la salud de los menores ya que puede incurrir en problemas respiratorios y reducción del aporte de sangre que va desde la placenta al recién nacido al momento de su nacimiento, trae consigo también implicancias a largo plazo como diabetes infantil, problemas de asma, alergias, etc.

La maternidad subrogada entonces como es de notar va conjuntamente de la mano con mujeres explotadas sexual reproductivamente, bebés nacidos para ser comprados. Tanto los bebés como sus madres son heridos en lo más profundo de su ser convirtiéndose en productos instrumentalizados, expropiados de su dignidad e identidad como de todos los derechos humanos que se relacionan con esta práctica.

7.1.1.3. Lesiona la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas)

Partiremos de que resulta inmoral aceptar que la vida de un ser humano tiene un precio o determinar cuál es costo de tener un hijo pues estaríamos estableciendo un valor a un recién nacido, lo que genera que la maternidad subrogada atente contra la moral y buenas costumbres pues se pretende negociar con una vida, atentando contra la dignidad de los sujetos pasivos al ser considerados como objetos o cosas.

La maternidad subrogada viene a ser una práctica irregular al existir de por medio un fin económico, que acarrea consigo valoraciones éticas tanto para la mujer gestante como para el niño, pues están conceptualizados como mercancías, como un producto que tendrá que cumplir con las exigencias que el consumidor, en este caso los comitentes deseen, de esta manera se altera la esencia de la persona humana.

Del mismo modo se debe analizar como ya hemos visto a lo largo del desarrollo de esta investigación que, la maternidad subrogada afecta derechos fundamentales, por lo que recaería en una actividad ilícita que altera las buenas costumbres y las normas referentes a la filiación y estado civil de las personas.

Nuestra realidad peruana fue el punto de enfoque de nuestra investigación con el fin de llegar a regular dentro de nuestro Código Penal Peruano la maternidad subrogada como una agravante más del delito de trata de personas. Pues al ser analizada, partiendo del cual sea la modalidad por la que se recurrió ya sea altruista o comercial devendría en ilícita en nuestro ordenamiento jurídico, alterando el orden público y buenas costumbres, al tener en cuenta que tal y como nuestras normas lo establecen el concebido es considerado sujeto de derecho, más no un objeto con fines lucrativos y la mujer ningún instrumento que genere algún tipo de solvencia económica.

Así mismo no debemos obviar que en nuestro país es existente el tema del turismo reproductivo que deja entrever de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Por lo que el negocio de los bebés o en otros términos *baby business*, resaltan el dominio del comercio de la reproducción humana pues como ya se viene sustentando en los capítulos anteriores la maternidad subrogada está lejos de ser una práctica altruista ya que existe un interés económico de por medio y a

sí mismo la instrumentalización de la mujer gestante lo que hace que se llegue a la conclusión de que deban tipificarse como conductas ilegales.

Otro punto a tener en cuenta es la forma en que estas mujeres son captadas para esta actividad altamente rentable, ya sea mediante coacción, engaño o aprovechándose de su estado de vulnerabilidad que comprende la precaria situación económica de la víctima, grado de pobreza, nivel cultural, falta de oportunidades en el contexto donde ella se desenvuelve o por su relación de dependencia ya sea psicológica o económica con el victimario o finalmente por la autoridad que ejerce el victimario sobre la víctima que debe configurarse como delito pues es evidente que son varios los bienes jurídicos que se pretenden proteger, en primer lugar, la vida, integridad física y psíquica de la persona que ha sido objeto de tráfico, así como el de la libertad de decidir respecto de su cuerpo y de su proyecto de vida que desea construir.

Se ha establecido que la maternidad subrogada sería un problema que se relacionaría con la con la ética la moral y la ley, pues implica la instrumentalización de la mujer a un negocio o actividad que comprende la explotación de ésta, donde se favorecen intereses económicos de terceros como clínicas, centros especializados y de personas que actúan por cuenta propia que se dedican a este negocio priorizando el interés de los comitentes o futuros padres antes que del ser humano por nacer, convirtiéndolo así en un objeto de propiedad y comercio.

El fin de esta práctica es ilícito, va contra la moral y las buenas costumbres el comercializar un cuerpo humano, contraviene la misma ley al ir en contra de la filiación, además que la maternidad subrogada puede generar trata de niños y mujeres, falsos reconocimientos, etc.

La trata de personas tiene entre sus víctimas principales a mujeres y menores de edad, este delito viene violando derechos fundamentales de estas personas como la dignidad, la integridad, la libertad y la salud además de ser un delito que viene ocurriendo con mayor frecuencia en el Perú, y donde muchos de estos casos son generados por la práctica de la maternidad subrogada al ser este un negocio ilegal y de gran rentabilidad, este delito viene a ser una realidad con la cual convivimos todos. Esta actividad como ya se ha desarrollado en capítulos anteriores consiste en la captación, el traslado, la acogida o la recepción de la víctima, utilizando la amenaza, el fraude, la fuerza, la coacción, el engaño, pagos o beneficios para obtener el consentimiento de la víctima para luego ser desplazadas o trasladadas de su entorno en donde residen a otro lugar, este traslado tan solo puede darse al interior del país de una ciudad a otra o puede darse un cruce de fronteras.

Por lo que, viene ocurriendo, entonces, resulta necesario incluir dentro de la configuración de este delito de trata de personas regulado en nuestro Código Penal en su artículo 153°, una agravante que sancione la maternidad subrogada pues en nuestro país no existe regulación alguna sobre esta práctica, tan solo contamos con la Ley General de Salud que en su artículo 7° prohibiría el uso de la maternidad subrogada al mencionar que : "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona". Lo que hace que se prohíba esta práctica al establecer la condición normativa de "*siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona*" sin embargo, al no estar regulada explícitamente se consideraría que existe un vacío legal pues no estaría prohibida la maternidad subrogada, lo que haría que no recaiga en una práctica ilícita al no establecerse

sanción penal alguna, lo cual hace que no contravenga la ley, ni la moral y buenas costumbres y menos que se lo pueda clasificar como delito. Lo que amerita entonces, y de acuerdo a nuestra realidad que sea incluido dentro del delito de trata de personas como un agravante más, de esta manera evitaríamos este tipo de situaciones donde el recién nacido será separado de su madre biológica apenas nace y la mujer sea vista como un instrumento utilizado para satisfacer necesidades de los futuros padres y además de ello obtener ganancias económicas.

Además de no olvidar que hoy en la actualidad existen diferentes clínicas privadas que vienen realizando esta práctica a personas que tienen el deseo de formar una familia y no pueden hacerlo de forma natural debido a problemas de infertilidad e incluso por condición de orientación sexual, lo que hace que estas clínicas y personas que participan con fines lucrativos consigan a una mujer quien prestará su vientre para llevar el proceso de gestación y entregar al menor cuando este nazca a personas extrañas. Utilizando el cuerpo de la mujer como un medio para obtener un hijo que recaería en inmoral, ya que aprovechándose de la extrema vulnerabilidad o mediante el engaño o coacción son usadas para gestar y dar a luz hijos. Lo que genera que los comitentes, las agencias o terceros actúen deliberadamente como inductores y generen una explotación personal de la mujer por considerarla un objeto de creación de bebés, una fuente de ganancias y abuso de la misma, pues estaría siendo utilizada como una máquina incubadora sin considerar aspectos emocionales que por su condición de ser humano tiene.

Esta injustica muchas veces es permitida y fomentada a raíz de que los Estados y legislaciones son indiferentes y generalmente laxas, por eso se hace necesaria su configuración dentro de un tipo penal.

Se hace necesario analizar también la naturaleza jurídica de esta práctica pues lo que se trata de evitar es que sea vista como un negocio lucrativo de las agencias de salud que prestan este servicio de la maternidad subrogada y dar luces a un hecho que es plenamente ilícito por los bienes jurídicos que están en juego.

Una más de las razones que coadyuva nuestra postura y que genera que en el Perú no deba aceptarse la maternidad subrogada, se da por cuestiones de orden público y buenas costumbres, en lo que refiere al tema de parejas homosexuales, pues si bien en otros países este tema ya se ha hecho legal, como se sabe en nuestro país aún no tiene una regulación que apruebe la unión de parejas homosexuales al tomar como punto de referencia el Código Civil Peruano en su artículo 234° donde "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común", es así que sigue siendo un gran debate, sin embargo, el hecho que no haya una regulación específica que los proteja no quita que estas personas se desenvuelvan en la sociedad como tales, no obstante el problema surgiría al momento de que deciden formar una familia ya que muchos recurren a la maternidad subrogada como una opción para poder tener un hijo, lo que va a generar mayor debate al momento que el menor nazca y a la vez contribuyen a que esta práctica siga siendo rentable y más mujeres captadas y utilizadas como instrumentos de procreación.

Las nuevas tecnologías, la ciencia y la medicina avanzan en lo que concierne a reproducción y son de gran utilidad y necesarias para el beneficio de la sociedad, sin embargo, plantean conflictos éticos y morales al momento de ser utilizadas pues, no todos actúan respetando la seguridad y derechos de todos los participantes ni garantizan el interés de toda la sociedad y el cumplimiento de las

leyes, un claro ejemplo es la maternidad subrogada, donde intervienen los futuros padres o comitentes, el bebé y además de ello la madre de alquiler o madre subrogada, rompiendo todo concepto tradicional de maternidad y procreación además de que es una práctica que moralmente hablando no es aceptable pues en su aplicación no se garantizan los derechos básicos de todas las partes (sujetos pasivos) ya que muchas veces la madre gestante no actúa de forma libre, consiente y voluntaria lo que hace que no decida si interviene en el proceso o no, es más, muchas veces desconoce de éste, explotando y utilizando el cuerpo de ésta y no teniendo en cuenta el interés superior del menor, desnaturalizando los derechos fundamentales con el único afán de conseguir un beneficio económico de terceras personas. Es así entonces que la maternidad subrogada se consideraría fuera de la moral.

La maternidad subrogada implicaría un control sexual de la mujer, su mercantilización y tráfico generando un modelo comercial traspasando el límite de la moral y buenas costumbres, abriendo puertas a la explotación e instrumentalización de la mujer, enriqueciendo a agencias, clínicas o intermediarios.

En nuestro país, la legislación sobre temas de reproducción en especial caso la maternidad subrogada y su incidencia en la vida de las personas que forman parte de este proceso es muy incipiente, es por ello que estos avances de tecnología vienen desarrollando inconvenientes frente al Derecho y hasta el momento no existe un límite a esta práctica que día a día se hace más progresiva.

La aplicación de la maternidad subrogada y su aplicación en el campo del derecho viene afectando el derecho de personas, el derecho de familia, pues se viene afectando el tema de la filiación, la figura de la familia y de los padres por la

aparición de varios progenitores para un solo niño que ha sido procreado bajo esta práctica. Además de conllevar a actos ilícitos que van en contra de la integridad y la dignidad de la persona, tanto de las madres gestantes o subrogadas como también de los niños nacidos bajo este procedimiento, pues ambos se convierten en productos comerciables, en donde en un inicio se fabrican y posteriormente se entregan a cambio de una compensación económica.

Haciendo que esta práctica se vea inmersa en la trata de personas no solo hablando de los recién nacidos sino también de la madre gestante, puesto que estaría ligado a estas redes de captación de personas, en este caso mujeres para luego llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada y finalmente vender al bebé.

Las posibilidades se hacen más grandes del peligro de explotación económica por parte de las personas con una posición económica alta a costa de otras personas que por su vulnerabilidad e incluso coacción por parte de otras violan sus derechos.

Es por ello que una vez más se resalta que la maternidad subrogada recae en ilícita, debido pues a que el cuerpo humano no debe comerciarse pues sería contrario a la moral y contraviene derechos fundamentales, rompiendo el vínculo maternal de la madre. Además de que la vida de un ser humano no debe de convertirse en un negocio lucrativo pues termina convirtiéndose en un instrumento de explotación física, emocional y económica en la mayoría de los casos.

El derecho a formar una familia no es ilimitado si ponemos en consideración la violación de derechos fundamentales de la madre gestante y el menor, para cubrir el deseo de algunas parejas o personas de formar una familia con hijos sobrepasando límites pues utilizan a las personas como objetos o cosas para llegar a satisfacer ese fin lo que recae en inaceptable moral y jurídicamente.

La maternidad subrogada recae en una práctica deshumanizadora y violatoria de derechos de la mujer y del niño, este proceso cada vez más frecuente no vela por el bienestar de todos los participantes que se ven inmersos, todo lo contrario, la comercialización de personas para iniciar un proceso de gestación no cabe dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Un país, hablando moralmente, debería velar por la protección que se les dé a todos sus ciudadanos, respetando los derechos fundamentales de las personas, donde prime la dignidad, la libertad y el bienestar de cada uno de sus ciudadanos. El Perú debe considerar ilícita la práctica de la maternidad subrogada. El deseo de formar una familia o tener hijos es absolutamente indiscutible y legítimo, pero esta incapacidad de no poder concebir naturalmente no puede convertirse en un derecho a costa de la explotación de terceras personas para satisfacer este deseo y necesidad.

La maternidad subrogada estaría ligada a la industria de la reproducción pues es uno de los negocios con más ganancias económicamente hablando, pues ese deseo de los padres futuros de tener hijos propios se convierte en instrumentalizar y explotar a una mujer y su capacidad reproductiva convirtiéndolas en objetos comerciales e incluso con control de calidad.

Es necesario hacer hincapié que hay muchas de estas mujeres que son captadas por la industria de la reproducción, las agencias intermediarias, los clientes para enfrentar un gran desafío como es dar su vientre y la criatura que lleva en este para otras personas, con el fin de cumplir sus deseos y realizar una familia completando así su proyecto de vida, mientras que la mujer que gesta se quiebra psicológicamente creando una familia para otros, donde no le está permitido

formar parte de ella, obligando a la madre a reprimir el vínculo maternal que ha generado con el recién nacido y al menor a renunciar a su base biológica.

Podría decirse entonces, que la maternidad subrogada forma parte de la explotación sexual reproductiva de muchas mujeres ya que esta práctica de una u otra manera somete a una mujer a una gestación y parto que atentan contra su dignidad, salud física y psicológica y a sus derechos sexuales y reproductivos.

En cuanto a los menores la maternidad subrogada genera cuestiones éticas, ya que ellos son concebidos como un producto comercial que será comprado y a la vez vendido como una propiedad a las personas que pagaron por él, en otras palabras, sería de la propiedad de sus padres. Lo que significa entonces que esta práctica facilita la venta de menores a los ojos de los derechos fundamentales, ya que resulta obvio que ellos existen porque alguien pagó por ellos.

Resulta contra la moral y buenas costumbres que estas madres subrogadas sean vistas como objetos de reproducción pues para iniciar un proceso de gestación para otros tendrán que cumplir una serie de características además de ofrecer garantías de calidad por el bebé, pasando así por un proceso de selección y diferentes exigencias que cumplan con el fin de lo que desean los futuros padres.

Analizando la maternidad subrogada desde el punto de vista del recién nacido resultaría éticamente injustificable, pues es previsible que sufra secuelas psicológicas y presente dificultades con los vínculos afectivos, pues se parte de que los bebés en el útero perciben el ambiente y todo lo que vive y siente la madre, lo que les afecta enormemente, a esto se le llama teoría de la programación fetal. La psique de una persona comienza a desarrollarse en el embarazo, con el vínculo prenatal que existe entre madre e hijo, este desarrollo estaría muy apegado y condicionado por el estado emocional de la madre durante su embarazo que

condicionará a largo plazo la salud física y emocional del bebé. Por lo que la madre al ser captada, y obligada a iniciar este procedimiento su embarazo no será el más saludable lo que va a generar problemas en el futuro bebé, que no pidió venir al mundo, pero por necesidades de terceros tendrá que sufrir todas las consecuencias que se desprenden de este, atentando la maternidad subrogada una vez más a los derechos de la madre como del menor.

Finalmente, la restricción penal de la maternidad subrogada sería la solución a este problema que atenta en contra de los derechos fundamentales de algunos de los participantes del proceso.

Su configuración como ilícita sería un gran aporte para nuestra legislación pues basta con revisar que existen varios países donde esta práctica no está permitida, así como Alemania, Bélgica, Italia, Francia, e incluso algunos estados de los Estados Unidos y no solo estaría prohibida sino sancionada.

Todo esto se debe a que como ya hemos ido mencionando con anterioridad, la maternidad subrogada afecta la dignidad humana no solo de los menores engendrados mediante esta técnica sino también de las mujeres las cuales son vistas como fábricas humanas y son objeto de un proceso de gestación para el mejor postor. Se ven explotadas sus funciones reproductivas y utilizado su cuerpo con fines económicos.

Se deben tomar acciones preventivas que protejan a la mujer y al menor, donde su regulación como una variante del delito de trata de personas resultaría idóneo salvaguardando la moral y buenas costumbres de la sociedad, y privilegiando por, sobre todo, los derechos fundamentales para un desarrollo pleno dentro de la sociedad.

7.2. Discusión de resultados

Evaluado el marco teórico y los resultados presentados en las páginas anteriores, se tiene que el contexto jurídico nacional y comparado que gira en torno a la maternidad subrogada hace suponer que esta institución es vista comercialmente como una fábrica de bebés, donde los padres comitentes, pueden decidir qué tipo de bebé quieren tener con determinadas cualidades físicas, genéticamente predeterminadas, que hacen reflexionar sobre la gravedad que se presenta al permitir la maternidad subrogada y si bien con justa razón se expidió en el año 1989 la Convención de los Derechos del Niño, donde se prohíbe la prostitución infantil, utilización de niños para la pornografía y la venta de niños, este último es entendido como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución, contenida en el precitado documento internacional, esta definición calza perfectamente en el delito de trata de personas y de maternidad subrogada, dado que se vale de la mujer para gestar y dar a luz a un menor, quien llegado al nacimiento será transferido (como si fuera un objeto) a los comitentes a cambio de una retribución que es entregada a la gestante, claro está que si uno de los comitentes da su material genético para la concepción no estamos ante la definición antes esgrimida, pero a pesar de ello, se lesiona el derecho a la dignidad de la mujer gestante, quien a pesar del consentimiento que esta otorgue como hemos visto la dignidad ha quedado reducida.

Entonces, la trata de personas es vista desde dos aspectos tanto de la madre quien es captada para estos fines y del menor, quien finalmente es entregado a cambio de una suma de dinero, constituyendo así una forma de venta de niños y por ende una modalidad de trata de personas.

Siendo así, se debe dejar de lado toda concepción ambigua sobre la permisión de la maternidad subrogada, pues aún cuando esta se permita bajo determinados supuestos como el altruismo, la realidad ha demostrado que se efectúan pagos ya sea antes de nacimiento, gastos propios de las gestantes que se convierten en una forma de venta de niños, entonces, al no existir claridad, ni certeza sobre el altruismo en la maternidad subrogada, esta debe ser prohibida, sobre todo por las consecuencias legales que se acarrean en cuanto a la identidad y reconocimiento del menor, aunado a las concepciones dogmáticos y de derechos fundamentales que se han señalado en capítulos anteriores.

El ordenamiento jurídico peruano está lejos de permitir esta práctica y dado la concepción de moral y buenas costumbres que se tiene no sería posible admitir su práctica, ello a raíz de que el propio artículo 7° de la Ley General de Salud lo restringe, asimismo no existe una restricción respecto de quienes podrían solicitar esta práctica, si bien no se ingresa en el análisis de la población LGTBI, restringir a estas personas el acceso a la maternidad subrogada, supondrá por otro lado conflictos legales relativos a la discriminación, que podría traer consecuencias para el Estado Peruano, ante un posible conflicto internacional.

Para proteger el derecho de la dignidad de la mujer gestante y la dignidad del menor, es necesaria la intervención del derecho penal que tutele bienes jurídicos constitucionales de tan importancia y envergadura como la dignidad de la gestante y la del menor, expresado en el derecho a la vida e identidad, por lo que, cualquier acción que lesione estos bienes merece ser sancionados por el derecho penal, e incluidos para el delito de trata de personas, puesto que no se debe olvidar que la persona por su condición de tal merece un trato digno y adecuado acorde a su fin

ontológico en sí mismo, y la maternidad subrogada supone un comportamiento indigno y lesivo de los derechos fundamentales.

Por ende, esta actitud antijurídica y culpable, merece ser tipificada por el derecho penal, pues la maternidad subrogada no opera de manera aislada, sino que existe de por sí todo un ente sistematizado y organizado, podemos denominarlos inclusive como el mercado negro, que se encarga de la captación de las mujeres, para ser explotadas y utilizadas como máquinas reproductoras o fábrica de bebés, nos referimos a las denominadas clínicas de infertilidad, las mismas que captan valiéndose del estado de vulnerabilidad o necesidad de las mujeres, convirtiéndose en un medio de comercialización de personas y vientres de alquiler, extremos absolutamente prohibidos.

Otra manifestación, pero quizá incluida dentro del delito de trata de personas es la comercialización que se realiza con órganos humanos como es la venta de embriones, dado que no siempre los gametos masculinos o femeninos van a ser entregados vía donación, sino que cabe la posibilidad de que los comitentes en el afán y/ deseo de convertirse en padres lleguen a aceptar esta clase de conductas únicamente para satisfacer una necesidad, sin tener en cuenta que durante todo este proceso se lesionan diversos derechos.

7.3. Contrastación de la hipótesis

Teniendo en cuenta que la presente investigación es de carácter dogmática, se planteó como hipótesis las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano, los mismos que son la vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos, la protección del

derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido, aunado a la lesión de la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas).

Estos fundamentos constituyen elementos suficientes que le permitirá al Poder Legislativo, en caso la propuesta legislativa que aquí se plantea sea adoptada por el pleno, para tipificarla como delito, de manera concreta como agravante o subtipo en el delito de trata de personas, con la finalidad de proteger y mejorar los derechos de esta población vulnerable, situación que se condice con el marco jurídico y teórico nacional e internacional, pues como se ha visto en el mundo existe una división respecto a esta práctica, existiendo un número relativamente equitativo entre quienes permiten, prohíben y no dicen nada respecto a esta TERA, se busca tutelar paralelamente a una población vulnerable que son aquellas mujeres que por condiciones de pobreza u otros motivos deciden aceptar y se someten al alquiler de su vientre y sin duda del menor recién nacido.

Así que, sólo restringiendo esta práctica se está cumpliendo no solo con los bienes jurídicos nacional pasibles de protección, sino también con los instrumentos normativos internacionales como la Convención do Belém do Pará y la Convención de los Derechos del Niño.

Es importante avanzar con la regulación de determinadas figuras, en este caso, de manera restrictiva, y señalándola como variante del delito de trata de personas, pudiendo inclusive estos últimos ser calificados como delitos de lesa humanidad, por la vulneración de la dignidad humana y reducción de la misma.

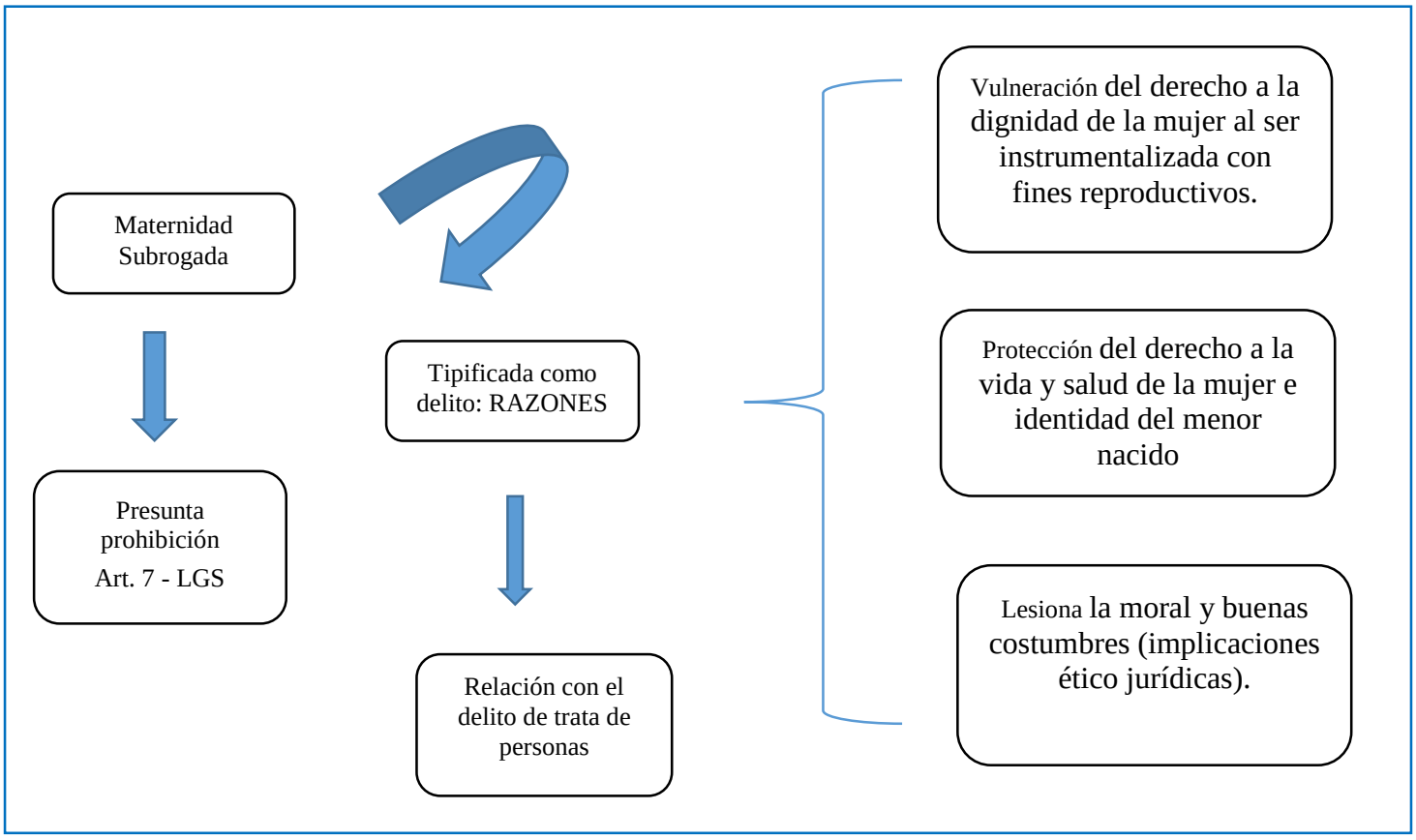

Ilustración 1: Razones jurídicas para regular a la maternidad subrogada como delito

CAPITULO VIII

PLANTEAR UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN DELITO

8.1. Propuesta de proyecto de ley

Atendiendo a que la presente tesis centra como objeto de estudio la maternidad subrogada a nivel nacional e internacional, existiendo posturas a favor y en contra, así como el estudio del delito de trata de personas, en donde se ha advertido la existencia de elementos similares a la forma en cómo se realiza la gestación subrogada, y atendiendo a lo que en esta investigación se propone que no es otra cosa que la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos para tipificarla como delito de manera concreta como una variante del delito de trata de personas, de tal manera que el Estado Peruano ya tenga una postura delimitada acerca de la maternidad subrogada, la misma que está acorde con el artículo 7° de la Ley General de Salud. Así que la propuesta legislativa, ha sido realizada tomando en cuenta la reglamentación vigente y tomando como ejemplo el proyecto de ley N° 2301/2012-CR.

Proyecto de Ley N° _____

Congreso de la República **PROYECTO DE LEY**

LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.

<u>FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY</u>

LEY QUE INCORPORA EL DELITO DE MATERNIDAD SUBROGADA COMO AGRAVANTE DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.

Artículo 1. Modificación del artículo 153° - A

Agréguese al texto del artículo 153° - A del Código Penal Peruano, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 153° - A: Formas agravadas de la Trata de Personas

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

1.

(…)

7. El agente recaiga en profesionales de la salud, que sean promotores, integrante o representantes de una clínica o centro médico de fertilidad que brinden estos servicios, y que se aprovechan de esta condición y actividades que realizan para cometer el ilícito penal de la maternidad subrogada.

8. La víctima es una mujer que decide ya sea altruista u onerosamente alquilar su vientre con fines destinados a una gestación subrogada.

9. La víctima provenga de un procedimiento de gestación por sustitución.

6.2 Disposiciones finales

Primera. - **DERÓGUESE** toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

8.2. Exposición de motivos

La presente propuesta normativa surge producto de la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada, que a pesar de no tener una regulación clara y concreta en nuestro país, y que de la revisión del artículo 7° de la Ley General de Salud podría interpretarse de manera restrictiva, la realidad jurídica mediante los reportes periodísticos nos ha demostrado que esta técnica viene siendo utilizada en nuestro país, llegando inclusive a presentarse a nivel jurisprudencial, donde únicamente fue abordado desde la perspectiva del derecho a la identidad del recién nacido, sin embargo, se ha dejado de lado el verdadero problema de origen ético filosófico, con contenido del

derecho penal, por los siguientes fundamentos o razones con relevancia jurídica, el primero de ellos es que es evidente que la maternidad subrogada vulnera la dignidad de la mujer, al ser instrumentalizada o utilizada como un medio para un fin, que no es otra que satisfacer el derecho sexual y reproductivo de los comitentes; ello nos lleva al segundo fundamento de que se debe tutelar el derecho a la vida de la mujer, quien al someterse ya sea de manera altruista o por medio de un contrato pone en riesgo su vida y salud, así como del menor gestado, sobre quien no existe certeza de que llegado el nacimiento, y de presentarse alguna malformación u enfermedad congénita este pueda ser adoptado, de allí que hoy en día existe esta fábrica de bebés, como se conoce a la maternidad subrogada donde cabe la posibilidad de que los comitentes elijan inclusive las características físicas del menor, de acuerdo al donador de los gametos.

La última razón está orientada a la legitimidad y aceptación de esta práctica, reflejada en la moral y buenas costumbres, puesto que, de permitirse la gestación por sustitución, lesiona no solos la dignidad como valor supremo y fundante de los derechos humanos, sino también la moral pública bajo la concepción de quien debe ser considerada madre; es por ello, que se ha encontrado fundamentos suficientes para regularla como delito, pero dentro de uno de los agravantes del delito de trata de personas, por realizar acciones similares a este último delito.

8.3. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La propuesta legislativa en estricto ampliar el artículo 153° - A del Código Penal.

8.4. Análisis costo beneficio

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de una ampliación normativa.

CONCLUSIONES

1. El análisis dogmático y doctrinario a nivel nacional y del derecho comparado, conjuntamente con la jurisprudencial nacional sobre la maternidad subrogada permite colegir que las Razones jurídicas para que la maternidad subrogada forme parte de un delito en el Código Penal Peruano son: la vulneración del derecho a la dignidad de la mujer al ser instrumentalizada con fines reproductivos, la protección del derecho a la vida y salud de la mujer e identidad del menor nacido, y la lesión de la moral y buenas costumbres (implicaciones ético jurídicas).

2. Las técnicas de reproducción asistida son aquellas formas de reproducción que valiéndose de la tecnología pudiendo clasificarse en las corpóreas y extracorpóreas, la maternidad subrogada está inmersa en el último grupo, y aquella por medio del cual una mujer decide ya sea altruista u onerosamente dar su vientre en alquiler con la finalidad que pueda estar dentro del mismo a un menor que a su nacimiento será entregado a sus progenitores, pudiendo inclusive ser donador de los gametos una tercera persona, la normatividad nacional mantiene una aparente restricción contenida en el artículo 7° de la Ley General de Salud, por cuando exige que la madre y la gestante sean la misma persona.

3. A nivel mundial hay tres posturas marcadas, aquellas que aceptan, prohíben o no se pronuncian sobre la maternidad subrogada, a pesar que los comités de bioética en su mayoría postulan una marcada restricción, nuestro país aún no ha sentado las bases de los derechos sexuales y reproductivos, por cuanto no es claro sobre su permisibilidad o restricción, lo que conlleva a que en nuestro país se realice esta práctica.

4. El delito de trata de personas presenta un conjunto de elementos similares a la maternidad subrogada, ya que supone un comportamiento destinado al proceso de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención con fines de explotación de una persona, que, en este caso, es aplicable a la maternidad subrogada por cuanto se capta a la madre con fines de explotación e instrumentalización para un fin inmediato que no es otra cosa que satisfacer el deseo de los comitentes de convertirse en padres.

RECOMENDACIONES

1. Dado que la maternidad subrogada es una institución de amplio estudio en el derecho comparado, más no en nuestro ordenamiento jurídico consideramos que se deben realizar estudios respecto al impacto de esta TERA en las comunidades LGTBI y como vienen resolviendo tribunales internacionales sobre este tema tan controversial, que pone sobre la mesa dos derechos de un lado, los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a la dignidad.

LISTA DE REFERENCIAS

Acosta Gonzáles, M. (22 de junio de 2014). Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/. 70 mil en internet. *Diario El Comercio*, págs. 1-4.

Antonio Santander, C. (2012). *El Contrato de Maternidad Subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentando a la dignidad?* Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.

Aparisi Miralles, Á. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética XXVII*, 163-177.

Arráez, M. (2006). La hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación N° 7*, 171-181.

Becerra Barboza, G. A. (2011). ¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisi´pon de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata. *Nova et vetera*, 105-120.

Biotexcom. (s.f.). Obtenido de Maternidad Subrogada en Argentina: https://biotexcom.es/informacion/maternidad-subrogada-en-argentina/#:~:text=La%20Maternidad%20Subrogada%2C%20denominada%20por,de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Nacional%20Argentina.

Cas., 5003-2007 (Sala Civil de la Corte Suprema 6 de Mayo de 2008).

Casciano, A. (02 de abril de 2018). La subrogación en la maternidad: Fenomenología de una interacción despersonalizadora. *Bioética Web*, págs. 1-3.

Chavarría Puga, S. A. (2016). *Justificación de la investigación.* Madrid: Files.

Choza, J. (1991). *Antropología de la Sexualidad.* Madrid: Editorial Rialp.

Coleman, P. (1982). Maternidad subrogada: Análisis del problema y sugerencias de soluciones. *Tenesse Law Review*, 71-118.

Crespo Lorenzo, E. (09 de 05 de 2019). *Noticias Jurídicas.* Obtenido de Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España: https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/

Cubillos, J. M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida.* Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.

De Benito, E. (19 de mayo de 2017). El comité de bioética propone prohibir la gestación subrogada en el mundo. *El País*, págs. 1-2.

Delgado, J. (2005). *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica.* Madrid: Dikinson.

Díaz de León, C. G. (2005). Metodología de la Investigación. *Método Comparativo*, 223 - 252.

Díaz Morgado, C. V. (2014). *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional comunitario.* Barcelona: Universidad de Barcelona.

Exp. , 183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 06 de Enero de 2009).

Fernández Pereira, J. (2005). *Seguridad Humana.* Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

Garzón Valdés, E. (1996). *¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?* Madrid: Lex Civitas.

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana.* Madrid: Marcial Pons.

Gonzáles Mucha, S. L. (2017). *Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la ovodonación.* Lima: Universidad Ricardo Palma.

Gutiérrez Manrique, K. (2016). *Actuación policial contra la trata de personas en el Perú.* Lima: PNP-DIRINCRI.

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general. 3ed.* Lima: Editorial Grijley.

Jalil Musbaj, P. (2018). *Análisis económico del derecho de los contratos de maternidad subrogada en el Perú.* Lima: Universidad de Lima.

Justicia, C. S. (2012). *Exp. N° 1018-2011, Sentencia del 19 de abril, Recurso de Nulidad.* Lima: Sala Penal Permanente.

Kant, E. (1956). *La metafísica de las costumbres.* Buchgesellschaft : Wissenschaftliche.

Laban Cruz, B. (2017). *La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infertil.* Trujillo: Universidad César Vallejo.

Lamm, E. (2008). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres.* Barcelona: Observatorio de Bioética.

Lamm, E. (2018). Gestación por Sustitución - Ni maternidad Subrogada ni alquiler de vientres. En *Colección de Bioética.* Barcelona: Publicacions i Edicions.

Lopera Echavarría, J. D. (2010). El método analítico como método natural. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas M° 25*, 1-28.

López y López, M. T. (2016). *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.* Madrid: Comité de Bioética de España.

LP, R. (2016). Vientre de alquiler: Los siete casos más extraordinarios de maternidad subrogada. *Legis pe. Pasión por el derecho*, 1.

Martínez García, J. I. (1989). Razón jurídica y razón contractual. *Revista de Estudios Políticos N° 64*, 281 - 298.

Mateus Rugeles, A. (2009). *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia.* Colombia: UNODC.

Medina Olivas, J. (2010). *El bien jurídico en la trata de personas.* Lima: Editorial Grijley.

Méndez Carlos, A. (1995). *Metodología, guía para elaborar diseños de investigación en ciencias económicas, contables y administrativas.* Bogotá: McGraw - Hill.

MININTER. (2017). *Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021*. Lima: MININTER.

Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al ius puniendi. *EPC N° 14*, 205-215.

Monge, F. (1988). *Persona Humana y Procreación Artificial.* Madrid: Ed. Palabra.

Monge, F. (1988). *Persona Humana y Procreación Artificial.* Madrid: Ed. Palabra.

Montoya Vivanco, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP N° 76*, 393-419.

Mosquera Vásquez, C. (1994). *Nuevas técnicas de reproducción asistida y el derecho civil.* Lima: Ciudad Universitaria.

Muñante Barrios, A. (2018). La trata de personas y la maternidad subrogada. *La Ley: El Ángulo Legal de la Noticia*, 14-18.

Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal Parte General.* Valencia, España: Tirant to Blanch.

Núñez Merejildo, A. (2014). Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. *Foro Jurídico*, 89-100.

Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática Jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 245-260.

Olza, I. (02 de 07 de 2020). *Cuerpomente*. Obtenido de secuelas psicológicas en la gestación subrogada: https://www.cuerpomente.com/psicologia/hijos/secuelas-psicologicas-bebé-gestacion-subrogada_1145

OMS. (2009). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida.* Ginebra: OMS.

País, D. E. (19 de enero de 1987). Baby Cotton. *Diario El País*, pág. http://elpaís.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html.

Palladino, P. (24 de septiembre de 2020). *La culpabilidad y el delito*. Obtenido de Abogados Penalistas: https://www.palladinopellonabogados.com/la-culpabilidad-y-el-delito/

Perea Quesada, R. (1996). *Curso de educación para la salud: Educación sexual y planificación familiar.* Madrid: Ed. UNED.

Pomares Cintas, E. (2010). El delito de trata de seres humanos. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 42.

Público, O. d. (2015). *Informe de Trata de Personas.* Lima: Boletín Informativo, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación.

Quiñones Escámez, A. (2009). *Comentarios a la Ley de Fecundación y embriología humana.* Gran Bretaña.

Quiñones Escámez, A. (18 de febrero de 2009). *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.* Obtenido de Indret: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/657_es.pdf

Ramirez, J. (08 de septiembre de 2020). *Método Histórico: Características, etapas, ejemplos.* Obtenido de Lifeder.com: https://www.lifeder.com/metodo-historico/

Resolución de la Sala Civil de la Corte Suprema, 4323-2010 (Sala Civil de la Corte Suprema 11 de agosto de 2011).

Ricardo, L. M. (18 de 05 de 2020). *La gestación subrogada.* Obtenido de L a gestación subrogada en el derecho comparado: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/225032/TFG_lmateoricardo.pdf

Rincón Salcedo, J. (2011). De la discrecionalidad, la estabilidad jurídica y la eficiencia en la gestión de recursos humanos. *Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional*, 33-58.

Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de derecho civil: parte general. Tomo I.* Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Rivero Hernández, F. (1988). *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial.* Madrid: Editorial Trivium.

Rupay Allca, K. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad N° 51*, 103-117.

Rupay Allcca, L. K. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad N° 51*, 103-117.

Sánchez de Miguel, M. (2015). Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana. *Escritos de Psicología N° 8*, 1-20.

Santamaría Solís, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. *Cuadernos de Bioética N° 37*, 37-48.

Sara Rodríguez, M. (03 de octubre de 2018). La maternidad subrogada como trata y tráfico de niños. *El Mercurio Legal*. Obtenido de https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906908&Path=/0D/D6/

Siverino Bavio, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 213-219.

Sotomayor, J. (2016). Fundamento del dolo y la ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano. *Política Criminal N° 11*, 675-703.

STC-AA, 1417 (Tribunal Constitucional Peruano 08 de Julio de 2005).

Storrow, R. (2006). Preguntas para la concepción: turistas fértiles, teoría legal feminista y globalizacion. *Law Journal N° 57*, 295-330.

Subijana Zunzunegui, I. (2004). El principio de protección de las víctimas en el marco jurídico penal material y procesal. *Jueces para la democracia N° 51*, 15-18.

Tamarit Sumalla, J. (1998). *La víctima en el derecho penal. De la víctima dogmática a una dogmática de la víctima.* Pamplona: Arazandi.

Tejada Ortiz, M. A. (2013). La trata de personas en el Perú, análisis y perspectiva. *Revista 10*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/779bd40042effae28c44bed49215945d/18.+La+trata+de+personas+en+el+Per%C3%BA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=779bd40042effae28c44bed49215945d

Torio López, A. (2006). El concepto individual de culpabilidad. *Revista de derecho penal de la Universidad de Valladolid*, 285-302.

Torres Maldona, M. (2017). El carácter relativo de la presunción mater semper certe est en los supuestos de maternidad subrogada. *Gaceta Civil & Procesal Civil N° 48*, 79-87.

Torres Quiroga, M. Á. (2018). *Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de filosofía y letras.

Trolice, D. M., & Álvarez, N. (18 de 09 de 2019). *Babygest*. Obtenido de Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos: https://babygest.com/es/estados-unidos/

UNODC. (2006). *Tráfico de personas: Problema mundial.* Lima: ONU.

UNODC. (2010). *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje.* Costa Rica: Fondo Editorial de la ONU.

Utian, W. (1985). *Maternidad Subrogada.* England: New England Journal of Medicine.

Valdivieso López, E. (7 de septiembre de 2018). *Legis Pe*. Obtenido de Vientre de alquiler: presupuestos de su antijuridicidad: https://lpderecho.pe/vientre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/

Varsi Rospligliosi, E. (2005). *Derecho Genético.* Lima: Gaceta Jurídica.

Velásquez Vargas, M. S. (2015). *Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el Código Penal Peruano.* Arequipa: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

Vilar Gonzáles, S. (2017). *La Gestación subrogada en España un estudio con apoyo en el derecho comparado.* Obtenido de http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10803/454675

Vittoria Vita. (18 de 12 de 2019). Obtenido de Gestación subrogada en Alemania: https://vittoriavita.com/spa/gestacion-subrogada-en-alemania/

Vittoria Vita. (06 de 02 de 2020). Obtenido de Maternidad subrogada en Suecia: https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/#:~:text=La%20subrogaci%C3%B3n%20en%20Suecia%20(tanto,sueca%20se%20mantiene%20sin%20cambios.

Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general, 3 ed.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.

Zaffaroni, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Zaldívar Cerpa, J. (2013). *Necesidad de regulación de maternidad subrogada.* Arequipa: Universidad Católica Santa María.