



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA



TESIS

**“La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción  
bioética de los derechos fundamentales”**

Autora

Bach. Ugaz de la Piedra Zenia Priscilla

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Asesor

Dr. Hernández Rengifo Freddy Widmar

LAMBAYEQUE, 2021

Tesis titulada: “La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción bioética de los derechos fundamentales”, presentada para optar el Título Profesional de Abogada, por:

---

Bach. Ugaz de la Piedra Zenia Priscilla  
Autora

---

Dr. Hernández Rengifo Freddy Widmar  
Asesor

**Aprobada por:**

---

Dr. Mondoñedo Valle Amador Nicolas  
Presidente del Jurado

---

Mag. Colina Moreno Mary Isabel  
Secretario del Jurado

---

Abog. Gamonal Guevara José Eloy  
Vocal del Jurado

## **DEDICATORIA**

**Para Aitana, mi hija, fuente de energía  
inagotable, motivación infinita para luchar por  
mis sueños y enseñarle a luchar por los suyos.**

## **AGRADECIMIENTO**

**Agradezco a Dios Todopoderoso por su amor infinito, su bondad y su gracia, porque nunca me ha abandonado; a mis padres Salomón y Margarita por confiar en mí para ejercer esta labor; a mi esposo Juan Carlos por su preocupación constante en este trabajo.**

## INDICE

DEDICATORIA .....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
INDICE .....	iv
INDICE DE TABLAS .....	viii
INDICE DE GRÁFICOS .....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN .....	12
Capítulo I.....	15
Aspectos de la metodología .....	15
<b>1.1. Sobre la realidad problemática .....</b>	<b>15</b>
1.1.1. El planteamiento del problema de investigación.....	15
1.1.2. Formulación del Problema .....	18
1.2. Justificación e Importancia del Estudio .....	18
1.2.1. Justificación del Estudio .....	18
<b>1.2.2. La importancia del análisis.....</b>	<b>18</b>
1.3. Objetivos .....	19
1.3.1. Objetivo General .....	19
1.3.2. Objetivos Específicos.....	19
1.4. Hipótesis.....	20

1.5. Variables .....	20
1.5.1. Variable Independiente .....	20
1.5.2. Variable Dependiente.....	20
1.6. Métodos.....	21
1.6.1. Métodos.....	21
1.6.1.1. Método Exegético Jurídico .....	21
1.6.1.2. Método Sistemático Jurídico.....	22
1.6.1.3. Método Hipotético Deductivo.....	23
1.6.1.4. Método Inductivo .....	24
1.6.2. Técnicas.....	24
CAPITULO II .....	26
LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. ....	26
2.1. Antecedentes del problema.....	26
2.2. La teoría de Noción fundamental de la Maternidad y la coexistencia de maternidades.....	32
<b>2.2.1. Maternidad compartida y determinación de maternidad.</b>	
39	
<b>2.2.2. De la definición de maternidad subrogada.....</b>	<b>41</b>
CAPITULO III.....	43
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMO ARGUMENTO PARA INCLUIR SANCIÓN POR LAS ACCIONES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA.....	43
3.1. Antecedentes .....	43
3.2. Definición del delito de trata de personas. ....	46

3.3. Definición de Bioética.....	48
3.4. Bioética y Maternidad Subrogada. ....	52
CAPÍTULO IV.....	55
ANÁLISIS Y RESULTADOS.....	55
Análisis de la necesidad de incorporar el delito de maternidad subrogada desde la perspectiva de la trata de personas en base a la bioética de los derechos fundamentales.....	55
4.1. Análisis de los resultados: .....	56
4.1.1. Resultados del análisis legislativo. ....	56
4.1.2. Resultados de la opinión de operadores jurídicos.....	60
CAPÍTULO V .....	74
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	74
5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	74
5.1.1. Discusión sobre el objetivo: “Desarrollar doctrinariamente la justificación jurídica de la maternidad subrogada” .....	74
5.1.2. Discusión sobre el objetivo: “Estudiar el delito de trata de personas como argumento de incluir sanción por las acciones sobre maternidad subrogada”. .....	77
5.1.3. Discusión sobre el objetivo: “Analizar la realidad sobre las malas prácticas de la maternidad subrogada que contradicen la bioética de los derechos fundamentales”. ....	80

5.1.4. Discusión sobre el objetivo: “Proponer la incorporación del delito de maternidad subrogada desde la perspectiva de la trata de personas en base a la bioética de los derechos fundamentales” .....	82
5.2. RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES .....	85
5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS .....	88
CONCLUSIONES .....	90
RECOMENDACIONES .....	92
Bibliografía .....	93
ANEXOS .....	98
1. Cuestionario de encuesta aplicada a 50 operadores jurídicos. ....	98
2. Proyecto de Ley .....	102



## INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Resultado de la afirmación N° 1 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 61

Tabla 2: Resultado de la afirmación N°2 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 63

Tabla 3: Resultado de la afirmación N° 3 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 65

Tabla 4: Resultado de la afirmación N° 4 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 67

Tabla 5: Resultado de la afirmación N° 5 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 69

Tabla 6: Resultado de la afirmación N° 6 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque. .... 71

## INDICE DE GRÁFICOS

Ilustración 1: Gráfico porcentual de la afirmación N° 1 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	62
Ilustración 2: Gráfico porcentual de la afirmación N° 2 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	64
Ilustración 3: Gráfico porcentual de la afirmación N° 3 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	66
Ilustración 4: Gráfico porcentual de la afirmación N° 4 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	68
Ilustración 5: Gráfico porcentual de la afirmación N° 5 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	70
Ilustración 6: Gráfico porcentual de la afirmación N° 6 en la encuesta aplicada a los operadores jurídicos de los juzgados penales de la ciudad de Chiclayo en el distrito judicial de Lambayeque.....	73

## RESUMEN

El desarrollo de esta investigación se orienta al reconocimiento de una posibilidad jurídica que se cuestiona como ¿Qué tan adecuada resulta la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas para proponer su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales?, de lo cual se parte para la estructuración de una tesis de tipo no experimental, que busca el sentido de su justificación en la realidad social que se manifiesta como preocupación e interés del Estado, para salvaguardar el control de las acciones de la ciudadanía.

Este interés se recoge de la constante temática de investigación que se ha desarrollado sobre la necesidad de regular jurídicamente la ejecución de las TERAS, en tanto que se trata de una realidad latente que bajo esta concepción se desarrollan actividades como la maternidad subrogada ante la imposibilidad de la madre dueña del óvulo fecundado para poder llevar a cabo la gestación del nuevo ser.

Estas investigaciones también contemplan aspectos negativos que se han convertido en elementos de transacción a nivel internacional, lo cual implica desde luego la presencia de condiciones que vulneran los derechos tanto de la parte que contrata como de aquella que brinda el servicio, que en tanto actos de disposición corporal se entiende deben existir límites.

Esta ejecución según lo descrito se aprecia como una actividad ilícita en tanto que no se encuentra legislada y además propende a la comisión de actos vulneratorios de los derechos fundamentales y la apertura a ejecuciones que atentan contra la bioética que los actos médicos debieran contemplar. Es por ello que la intención de ejecutar este análisis es conseguir la justificación jurídica que conlleve a la incorporación de estas acciones dentro del rubro de la trata de personas.

**Palabras Claves: Maternidad subrogada, Trata de personas, Bioética, Derechos fundamentales.**

## ABSTRACT

The development of this research is aimed at the recognition of a legal possibility that is questioned as How adequate is the conception of surrogacy as human trafficking to propose its classification based on the bioethics of fundamental rights?, Of which It starts with the structuring of a non-experimental thesis, which seeks the sense of its justification in the social reality that manifests itself as the concern and interest of the State, to safeguard the control of the actions of the citizenry.

This interest is gathered from the constant research theme that has been developed on the need to legally regulate the execution of TERAS, as it is a latent reality that under this conception activities such as surrogacy are developed in the face of the impossibility of the mother owner of the fertilized ovum in order to carry out the gestation of the new being.

These investigations also contemplate negative aspects that have become elements of transaction at the international level, which of course implies the presence of conditions that violate the rights of both the contracting party and the party that provides the service, which as acts of Body disposition is understood there must be limits.

This execution as described is seen as an illegal activity as it is not legislated and also tends to the commission of acts that violate fundamental rights and the opening of executions that violate the bioethics that medical acts should contemplate. That is why the intention of executing this analysis is to obtain the legal justification that leads to the incorporation of these actions within the category of human trafficking.

**Key Words: Surrogacy, Trafficking in persons, Bioethics, Fundamental rights.**

## INTRODUCCIÓN

El interés por realizar un tema que se relaciona las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de la maternidad subrogada, es precisamente la ausencia de regulación en torno a ello, lo cual desde luego alcanza a la intervención del derecho penal para corregir o crear condiciones jurídicas que permitan el control de esta actividad, que autorizada o no se produce en la realidad; siendo así uno de los aspectos o ejes temáticos que esta investigación aborda, propenderá al aporte de una posible solución a esta disyuntiva jurídico social respecto a la forma en que se desarrolla la maternidad subrogada, a fin de saber si es realmente útil social y jurídicamente.

En efecto se aprecia en la realidad una ausencia o vacío jurídico para este tipo de acto médico que se orienta a solucionar problemas de infertilidad a través de técnicas que la ciencia aporta para tal fin; lo cual desde un primerísimo punto de observación que se relaciona con el hecho de que el derecho tiene que evolucionar a la par con el desarrollo de la ciencia y de la humanidad, en razón a ello si se encontraría justificada la propuesta de crear reglas que hablen de dicha permisibilidad respecto a esta técnica.

En base a estas circunstancias es que se promueve un cuestionamiento que da el punto de partida a la investigación a través de la siguiente interrogante: ¿Qué tan adecuada resulta la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas para proponer su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales?

Siendo ello la orientación de la tesis proyectada, lo que se pudo advertir inicialmente como la posible respuesta a nivel a priori, sería la siguiente afirmación que se configura como la hipótesis: Si, se considera la concepción de la maternidad

subrogada como trata de personas; entonces, su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales, no resulta apropiada.

Como se puede apreciar existe una relación entre la formulación del problema y su hipótesis que intenta responderla, luego ambas se encuentran constituidas en base a partes esenciales que se comportan como la variable o ejes de la investigación, esto es que tienen una relación de causalidad, de lo cual surge la configuración del objetivo general y específicos, siendo éstos últimos los que orientaron la incorporación de contenidos en la tesis, así se desarrollaron los capítulos que se describen a continuación.

Se da inicio con la construcción del Capítulo Primero, en el cual se detalla toda la estructura de carácter metodológico que se proyecta para el desarrollo de la investigación, teniendo en cuenta la estructura anteriormente marcada para conservar el sentido causal del origen de la propuesta, esto es que la ausencia de regulación que corresponde a la maternidad subrogada y su práctica generan condiciones específicas que permiten la producción de ilícitos que deben ser controlados por el Estado a través del Derecho Penal.

Seguidamente en el Capítulo Segundo se tiene en consideración el desarrollo temático de las teorías y críticas a la configuración de las reglas que son necesarias para controlar el ejercicio de las técnicas de reproducción asistida, en especial atención a la maternidad subrogada, para poder lograr una acción dentro del marco de la legalidad respecto a estos actos médicos, sobre todo en lo que corresponde a la comprensión de la ética y más aún sobre la bioética que comprende una especial relación entre la medicina la ética y el derecho para alcanzar eficacia.

En función a esta base teórica es que se plasma el Capítulo Tercero con relación a la teorización que se tiene sobre el delito de trata de personas que se incorpora como la posibilidad de convertirse en el tipo penal contenedor de este tipo de acción que corresponde a las malas prácticas que se desarrollan en el ámbito de la maternidad subrogada, en tanto se convierten en abusos de parte de los padres que pretenden hacerse de la descendencia que no pueden tener, obligando a las mujeres a desarrollar actividades incluso en contra de su voluntad.

El Capítulo IV, es en el que se desarrolló el análisis de la realidad en la que se marcan cuestiones estadísticas que permitieron verificar la realidad de la incidencia de casos sobre maternidad subrogada y la necesidad de que el Estado deba acudir con las acciones dentro de la política criminal con el fin de promover la existencia de reglas que conlleven al control de las acciones ilícitas que se pudieran dar en el marco de las actividades médicas y contractuales de la maternidad subrogada.

Por último en lo que corresponde al momento de la determinación final de la tesis, se ha de tener en consideración el esquema de la discusión que se generó en función de los objetivos específicos y sus contenidos, cuyo examen permitió llegar al establecimiento de la postura de cada uno de sus aspectos, para luego con dicho resultado poder validar el sentido o dirección de las variables o ejes temáticos que permitieron consolidar la determinación final de la investigación; finalmente esta secuencia conllevó a la estructuración de las conclusiones y recomendaciones que se trasladan al fin de la tesis y se disponen para ser revisadas por el criterio evaluador del jurado.

La Autora.

## **Capítulo I**

### **Aspectos de la metodología**

#### **1.1. Sobre la realidad problemática**

Para el desarrollo de esta parte metodológica ha de tenerse en cuenta que para el tipo de investigación no experimental como la que corresponde a este de tipo más bien propositiva, se ha de señalar de manera sintética los hechos que permitan identificar el problema desde distintas perspectivas, así es que se proyectó el planteamiento del problema como descripción y luego de ello la formulación del mismo en base a un cuestionamiento, lo cual se muestra a continuación.

##### **1.1.1. El planteamiento del problema de investigación**

El interés por estudiar este tema parte de una verificación real en la actualidad, sobre el avance de la tecnología que no deja de influenciar en el ámbito médico, es así pues que los últimos acontecimientos que se han desarrollado en nuestro país sobre la forma en que se tratan las acciones que corresponden a la práctica de la maternidad subrogada, llaman la atención en tanto se busca perseguir dicha acción desarrollada por una pareja de extranjeros quienes pretendieron salir del país con dos recién nacidos que siendo hijos del esposo y no de la mujer, terminan siendo imputados por el delito de trata de personas.

Esto se ha podido corroborar y se ventiló en los medios nacionales e internacionales, así pues se toma como referencia lo señalado en la prensa señalando que “La jueza de la corte superior del Callao, dictó 12 meses de prisión preventiva para los esposos de nacionalidad chilena, Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48), quienes fueron acusados por presunta trata de personas” (Perú21, 2018); conforme se puede apreciar es real la existencia de dicha percepción que conlleva a la



contemplación de actos que siendo de maternidad subrogada se traducen en trata de personas.

Tal percepción es la que motiva la presente investigación con el afán de encontrar lineamientos jurídicos y sociales que permitan establecer con exactitud la forma en que se debería tratar a la maternidad subrogada, verificando la posibilidad de establecerlo como un tipo penal o delimitar su efectividad en tanto corresponda a la protección de los derechos fundamentales de los menores al derecho a la identidad; todo ello visto desde la perspectiva de la bioética que pretende dar un enfoque filosófico al problema.

De otro lado es importante el reconocimiento del problema desde la perspectiva de la regulación de la maternidad subrogada que se plantea en la mayoría de las investigaciones desde el punto de vista civil, puesto que se pretende colegir bajo las reglas de los contratos, lo cual según la investigadora Delgado (2019) quien bajo el título de *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*, llega a opinar que: “Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica” (p. 91); de acuerdo a ello se puede decir que este tipo de relaciones pseudo contractuales no contemplan el aspecto que se refiere a la posibilidad de la lesividad que acarrea sobre la dignidad que corresponde incluso a todas las partes de este tipo de intervención, e incluso con especial énfasis en la mujer que se ocupa de gestar al niño, lo que según esta inclinación temática puede considerarse como la necesidad de establecer un tipo penal o indicar alguno ya existente para que contenga este tipo de acciones ilícitas.

Lo que se puede apreciar es que existe una situación en la realidad nacional que se está produciendo sin que se genere la intervención del Estado para ejercer el control que le corresponde, cuando menos en tanto a lo que se refiere a la aplicación de sanciones para las actividades que salen del marco de la legalidad, que aun cuando no exista una regulación para el caso específico de la maternidad subrogada en el ámbito civil en tanto contrato, este tipo de acciones de todos modos se producen en la realidad, lo cual conlleva a que se promuevan actos que salen del marco de la legalidad, que deben ser sancionados.

La razón por la que se llega a este nivel es porque las acciones que se debieron tomar en el ámbito civil no se han producido, en tanto ello sucede, lo que corresponde es acudir al campo del derecho penal para poder solventar este tipo de actos que resultan lesivos, tal cual lo señala el principio de mínima intervención, tal cual lo señala el investigador Carnevalí (2008), quien bajo el título de *Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional*, en el cual afirma sobre el carácter de última ratio que: “(...) el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas- formales e informales (...)”. (pp. 13-14)

Conforme se puede apreciar el hecho de que las acciones que se han tomado en otras áreas distintas al Derecho Penal y que se supone tienen bajo su responsabilidad paliar este tipo de problemas, no lo han hecho; entonces, le corresponderá al Derecho Penal acudir con su intervención, superando el límite descrito anteriormente, con el fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica que se supone debe ser el marcador de las acciones del Estado para con los ciudadanos, a través de la generación de políticas públicas de control.

### **1.1.2. Formulación del Problema**

¿Qué tan adecuada resulta la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas para proponer su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales?

## **1.2. Justificación e Importancia del Estudio**

### **1.2.1. Justificación del Estudio**

La principal de las justificaciones que se pueden reconocer para el desarrollo de esta investigación tiene que ver con la polémica social que se ha creado respecto a que tan permisible jurídicamente ha de ser el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de la maternidad subrogada, en ese sentido uno de los aspectos o ejes temáticos que esta investigación aborda, propenderá al aporte de una posible solución a esta disyuntiva jurídico social, realmente es útil social y jurídicamente.

Luego de la observación de la justificación social, en base a ella se aprecia otra de corte legislativo, puesto que el desarrollo de la crítica social jurídica tendrá como resultado el hecho de que se encuentra en la realidad una ausencia o vacío jurídico para este tipo de acto médico que se orienta a solucionar problemas de infertilidad a través de técnicas que la ciencia aporta para tal fin; lo cual desde un primerísimo punto de observación que se relaciona con el hecho de que el derecho tiene que evolucionar a la par con el desarrollo de la ciencia y de la humanidad, en razón a ello si se encontraría justificada la propuesta de crear reglas que hablen de dicha permisibilidad respecto a esta técnica.

### **1.2.2. La importancia del análisis**

El interés de este trabajo académico surge a por un acontecimiento para el cual se involucraron a dos personas que en su calidad de pareja intentaron salir del país con un menor recién nacido producto de un embarazo subrogado, cuya detención fue bajo la justificación de la comisión del delito de trata de personas, lo cual se considera un error que obedece a una principal circunstancia, la ausencia de regulación adecuada en el ordenamiento jurídico sobre la forma en que se ha de tratar este tipo de acciones médicas; básicamente esta circunstancia de la necesidad de establecer criterios no se enfoca como un asunto de esclarecer la calificación de la maternidad subrogada como trata de personas, sino más bien como es que la acción de maternidad subrogada tiene que ser regulada no sólo para su concreción como acción médica sino también para permitir establecer las condiciones jurídicas civiles y desde luego los efectos penales que el incumplimiento de dichas reglas generarían.

Es precisamente sobre ese aspecto que se ubica la importancia de la investigación, puesto que se ha orientado en el ámbito penal, por lo cual lo que se pretenderá es que se desarrolle la penalización de la incorrecta acción respecto a la maternidad subrogada que no se ejecuta bajo las condiciones adecuadas, las mismas que se han de diseñar en base a las pautas de la bioética y la criminología.

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo General**

Determinar si la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas resulta adecuada para proponer su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Desarrollar doctrinariamente la justificación jurídica de la maternidad

subrogada

- Estudiar el delito de trata de personas como argumento de incluir sanción por las acciones sobre maternidad subrogada
- Analizar la realidad sobre las malas prácticas de la maternidad subrogada que contradicen la bioética de los derechos fundamentales.
- Proponer la incorporación del delito de maternidad subrogada desde la perspectiva de la trata de personas en base a la bioética de los derechos fundamentales.

#### **1.4. Hipótesis**

Si, se considera la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas; entonces, su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales, no resulta apropiada.

#### **1.5. Variables**

##### **1.5.1. Variable Independiente**

La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas.

##### **1.5.2. Variable Dependiente**

La bioética de los derechos fundamentales.

## **1.6. Métodos**

### **1.6.1. Métodos**

Toda investigación comprende como objeto de estudio la observación de un fenómeno de la realidad, ello se puede ubicar de lo señalado por Ugalde y Balbastre (2013) quienes en su trabajo titulado *Investigación Cuantitativa e Investigación Cualitativa: Buscando las ventajas de las diferencias metodológicas de Investigación*, donde señalan que: “Así pues, bajo la etiqueta de “metodología de investigación” se hace referencia a todas las decisiones que el investigador toma para alcanzar sus objetivos, las cuales se enfocan en aspectos tales como el diseño de la investigación, la estrategia a utilizar, la muestra a estudiar, los métodos empleados para recoger los datos, las técnicas seleccionadas para el análisis de la información y los criterios para incrementar la calidad del trabajo, entre otras”. (Ugalde Binda & Balbastre Benavet, 2013, pág. 2)

Ello para el caso de las ciencias jurídicas tiene que ver generalmente con sucesos sociales que en tanto involucran efectos sobre el hombre y sus relaciones, requieren de la participación derecho para solventar soluciones en aras del control social que corresponde asistir al Estado bajo el esquema constitucional; por lo mismo que dicho análisis debe desarrollarse bajo ciertos lineamientos o estrategias, siendo estas comprendidas como los métodos que a continuación se detallan.

#### **1.6.1.1. Método Exegético Jurídico**

Si bien es cierto toda investigación jurídica incorpora el análisis de reglas que comprometen el problema en tanto sus efectos sean nulos o insatisfactorios, la revisión de tales estructuras legales requiere de un parámetro, para este caso se ha tenido en cuenta el primer nivel de la interpretación jurídica con el fin de alcanzar el

entendimiento de la ley, así es como se encuentra el método de la exégesis, que pese a que se trata de una estrategia que tiene como antecedente el antiquísimo y desfasado criterio de que la ley se aplica tal cual se ha estructurado, conllevando a comprender a los jueces como la boca de la Ley; para este análisis sirve como apoyo puesto que servirá para identificar en primer nivel el contenido textual de la regla.

En ese sentido será útil para entender con exactitud la literalidad de la regla que sanciona al delito de trata de personas, con el fin de verificar si su estructura se ajustaría a la comprensión de la maternidad subrogada que supera los límites de la permisibilidad razonable, para que sea sancionada como tal, siendo importante también entender el sentido literal de la actual regla de salud que incorpora estos tipos de intervenciones médicas relacionadas con la reproducción humana bajo asistencia, como es el caso de la tan conflictiva técnica de maternidad subrogada.

#### **1.6.1.2. Método Sistemático Jurídico**

Tal cual se ha reseñado en el acápite anterior se puede comprender que el resultado de dicho análisis permitirá continuar con el examen de las reglas que se han señalado como son la del tipo penal de trata de personas y la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida; lo cual permitirá colegir dicha comprensión literal en relación con el resto del ordenamiento jurídico, desde su entorno cercano como el cuerpo legislativo que componen, así como la propia Constitución como norma principal que incorpora los principios generales sobre los que se ha de regir todo el ordenamiento.

Vale decir que el resultado de este examen permitirá establecer si es que existe coincidencia entre la regla analizada y la norma, esto es un análisis de la constitucionalidad de las reglas existentes para asegurar el sentido garantista que

caracteriza al derecho penal que resulta ser el que importa como mecanismo de control, así se podrá reconocer el camino adecuado para que la propuesta que se elucubre resulte de un carácter constitucional apropiado.

### **1.6.1.3. Método Hipotético Deductivo**

La comprensión general que corresponde a la aplicación del ius puniendi del Estado mediante el derecho penal, se comporta como el aspecto general del cual ha de partir la observación de esta investigación para luego alcanzar el entendimiento de la naturaleza jurídica del delito de trata personas y en seguida verificar la posibilidad de incluir en su ámbito de protección a las acciones indebidas respecto a la práctica de la maternidad subrogada.

Es preciso tener en cuenta lo señalado por el maestro Tamayo (2003) quien en su libro titulado *El proceso de la investigación científica*, en el cual señala que: “La evaluación es aplicada teniendo en cuenta los métodos de la investigación social, que a su vez son válidos para los diferentes tipos de investigación ya que se fundamenta en el método científico; así que al plantear una evaluación hay que elaborar un diseño que nos indica el objeto a evaluar, su medición y análisis de la información. Lo que distingue la investigación evaluativa de otros procesos investigativos no es el método o materia de estudio, sino su intencionalidad, es decir, el objetivo con el cual se lleva a cabo”. (p. 51)

Para la ejecución de este análisis se ha tenido en cuenta la aplicación del método deductivo puesto que se ha de partir del aspecto general que comprende el esquema sancionador dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho,



con la intención de conseguir un resultado científico respecto a los efectos que habría de surtir la ejecución de la propuesta que se ha de sugerir finalmente.

#### **1.6.1.4. Método Inductivo**

El sentido de la aplicación de este tipo de análisis metódico es que luego de haber reconocido el resultado deductivo, tomar dichos resultados para simular su aplicación sobre determinados casos particulares en los cuales se presenta la problemática, cuyo resultado particular o individual podrá razonarse en función a los conceptos que se constituyen como generales.

Esto permitirá conseguir el entendimiento de si la propuesta de incorporar en la tipificación del delito de trata de personas, lo que se comprenderá como ilícito en la práctica de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, ello con el fin de reconocer su viabilidad y la importancia que tendrá en función de la protección a los beneficiarios dentro de la sociedad.

#### **1.6.2. Técnicas**

Bajo el entendido caso de que el análisis desarrollado comprendía la observación de la realidad, esta actividad requiere de una cierta sistematización de acciones, para las cuales se ha de incorporar aquel grupo de técnicas escogidas del ámbito metodológico con el fin de marcar el camino del análisis, siendo con ello cumplido el carácter de rigor científico que se requiere para el desarrollo de una investigación.

Debe señalarse además que según Hernández, Fernández y Baptista (2014) quienes en su libro titulado *Metodología de la Investigación*, indican que: “La tendencia es más estadística; por tanto, se han perfeccionado las técnicas de análisis que sirven para explicar fenómenos desde múltiples dimensiones, a la vez que aportan la mayor cantidad de variable para su comprensión. De igual manera, los paquetes estadísticos para el análisis cuantitativo son ahora más completos y eficaces. En una investigación se puede combinar técnicas cuantitativas y cualitativas para recabar información, que impliquen cuestionarios, observaciones y entrevistas. Pero, a nivel otológico y epistemológico, no es posible mezclar los enfoques, puesto que los planteamientos, en cuanto a la visión de ciencia y la relación con el objeto de estudio, son muy divergentes”. (p. 120)

## **CAPITULO II**

### **LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD**

#### **SUBROGADA.**

Conforme se ha indicado en el planteamiento del problema, la intención del desarrollo de esta investigación, tiene que ver con el sentido que jurídicamente se le ha dado a la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico interno, el mismo que ha de ser comparado con el abordaje a nivel internacional, desde el punto de vista de las convenciones y desde luego de la percepción de los derechos humanos, todo ello con la finalidad de poder tener en claro el concepto de tal acto médico que permite la configuración de un acuerdo entre partes interesadas para conseguir traer al mundo a un nuevo ser ante cierta circunstancia de imposibilidad fisiológica de la concepción.

Por todo ello ha sido necesario recoger algunas puntualizaciones hechas por otros investigadores en temas similares al abordado en este capítulo, así es como se tuvo en consideración ciertos trabajos previamente seleccionados en función a sus conclusiones para que se pueda apreciar la viabilidad o en todo caso la necesidad del desarrollo de esta investigación, lo cual se indica a continuación.

#### **2.1. Antecedentes del problema.**

El sentido de las investigaciones que comúnmente se encuentran en el acervo jurídico se orientan a la verificación de cierta necesidad de la regulación de la maternidad subrogada con el fin de facilitar el acceso a este tipo de acuerdo entre las partes interesadas para conseguir el alumbramiento de un nuevo ser, lo cual se aprecia principalmente en la tesis desarrollada por Manayalle Manay y Hannanel Cassaro, (2013) titulada “La Necesidad de regulación de la ovodonación” sobre la

necesidad de contemplar la ovodonación en la legislación peruana, podemos tomar como referencia su objetivo general que es como sigue: “Elaborar un proyecto de ley en el cual se modifique el Art 7° de la Ley General de la Salud en donde se regule la ovodonación como Técnica de Reproducción Asistida” (pág. 79)

Esta investigación se enfoca en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica derivada del uso de la Reproducción Humana Asistida, en particular del caso de Ovodonación, siendo una modalidad de la Maternidad Subrogada. Propone alternativas, como posibles cambios que se deben realizar en la normativa vigente, originados éstos en vacíos legales frente a controversias sociales, surgidas a partir del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente del tema señalado.

Siendo así es de tener en cuenta que tal investigación verifica un vacío en una norma existente, lo cual se cuestiona en razón de la insuficiencia, luego de ello mismo surge el cuestionamiento de si esta regla analizada como lo es la Ley de Salud será el instrumento adecuado jurídicamente hablando para que se contemple la libertad de este tipo de acciones; desde el punto de vista médico claro que se puede reconocer como una cuestión apropiada, en seguida se puede apreciar que la connotación de esta ciencia alcanza para la determinación de ciertos aspectos de la ética médica para que se desarrolle de la manera más adecuada este tipo de intervención, pero ello sólo constituirán protocolos médicos sin duda.

Qué duda cabe sobre el hecho de que la habilitación mediante esta ley sobre la ovodonación, arrastra un asunto conflictivo relacionado con el derecho civil, puesto que se requerirá un tipo especial de contrato, puesto que los acuerdos para el desarrollo de este tipo de intervención médica tienen la participación de los elementos que consolidan el contrato, puesto que existe el primero que es la

manifestación de la voluntad, luego el acuerdo y el cumplimiento de la obligación adquirida.

Por lo mismo que este aspecto de implementar en la misma regla existente como lo es la Ley General de Salud, se puede criticar como una propuesta insuficiente para alcanzar la eficacia que se ha de esperar de este tipo de complemento de la necesidad de proyección familiar a través de la procreación asistida para promover la descendencia y asegurar vínculos familiares como parte esencial del esquema social.

Además, estos mismos investigadores hacen una propuesta puntual respecto a la implementación de la regla bajo crítica, que está relacionada con el carácter de permisibilidad y las limitaciones correspondientes para su correcta ejecución, desde el punto de vista médico como ya se ha mencionado líneas arriba, haciendo hincapié de la siguiente manera:

Manayalle y Hannanel (2013):

“Debe promoverse la creación de un proyecto de ley, como parte del cumplimiento de la legislación vigente, que involucre la ovodonación como técnica de reproducción asistida en casos de infertilidad, en el art. 7° de la Ley General de la Salud 26842 y que se complemente con consideraciones de restricción y justificación de dicha práctica, en donde se establezca los límites dentro de los cuales deben ser aplicadas y utilizadas fundamentalmente”. (pág. 173)

De acuerdo a lo señalado por los investigadores, la falencia de la ley está

centrada en el hecho de que no se ha marcado la posibilidad de la ovodonación como práctica de la técnica de reproducción asistida, para que sea incorporada como tal, lo cual como se ha dicho anteriormente aún no alcanza a configurarse como una posible solución al problema, puesto que como se ha previsto en la presente investigación existen otros límites que están relacionados con la bioética médica, como aspecto filosófico que se proyecta sobre el derecho para evitar la regulación, quizá en razón de falta de criterio del legislador, o porque no se ha podido concebir la idea de este tipo de acciones que compromete a la concepción de la vida desde un punto de vista natural.

Precisamente en ese punto es donde se inicia el verdadero problema, ¿resulta necesaria una regulación jurídica para establecer las condiciones sobre las cuales se ha de desarrollar bajo la permisibilidad del derecho este tipo de prácticas médicas?, ¿Qué tan útil será para la sociedad el hecho de que se incorpore la permisibilidad civil?, estos cuestionamientos serán desarrollados ampliamente en el punto de la discusión con la base que ha de otorgar el recojo de las teorías y doctrinas jurídicas necesarias para argumentar la posición apropiada.

El investigador Canessa Vilcahuamán, (2008), en su tesis titulada “*Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil Peruana*” sobre la realidad que se viene manejando en el ámbito jurídico que se relaciona con este tipo de intervenciones médicas para lograr asistir a las necesidades reproductivas de los seres humanos que ven restringida este tipo de función, así la concepción civil se manifiesta diciendo que con el fin de alcanzar una legislación adecuada de esta situación médica, será preciso que “(...) el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad

las técnicas en cuestión (...)”. (p.241)

Esta condición se ha de considerar como trascendental, puesto que no solo bastará con el razonamiento jurídico para el establecimiento de reglas civiles que permitan la celebración de estos actos con el fin de alcanzar el bienestar de las partes que intervienen, sino que se debe ajustar la regla a las condiciones de la bioética y el sentido médico que incorpora cuidados necesarios sólo con ello se logrará; “(...) un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana”. (Canessa Vilcahuamán, 2008, pág. 241)

Es necesario resaltar que en la actualidad se han presentado proyectos de ley relacionados a la regulación de maternidad subrogada y que a la fecha se encuentra en comisión, es decir pre dictaminan que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos por unanimidad recomiendan la conformación de una Comisión Especial de Estudio en materia de reproducción asistida, que se realice un análisis técnico mucho más profundo y que finalmente se proponga una formula normativa adecuada.

Es en función a todo lo señalado, incluso con la intervención de la opinión del derecho convencional, que se debe generar con la mayor prontitud posible, una estructura legislativa apropiada para configurar luego una estrategia de acondicionamiento, ello con el fin de satisfacer no sólo las necesidades de quienes acuden a este tipo de servicio como son las TERAS, sino también de dotar de seguridad jurídica a los intervinientes y a la propia sociedad; puesto que se estaría

generando un panorama nuevo sobre el aspecto de la evolución del derecho mismo, así se evitaría la circunstancia de opiniones diversas y posturas distintas a nivel jurisdiccional.

La investigadora española Beorlegui Loperena, (2016), en su investigación titulada “*La Maternidad Subrogada en España*” en relación a la maternidad subrogada en España reflexiona finalmente que:

Después de llevar a cabo toda esta investigación y leer argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, la cual está prohibida en España, los ciudadanos españoles salen hacia otros destinos en los que esta práctica se encuentra aceptada, para así poder tener niños y traerlos de vuelta a casa, con la consiguiente inscripción en el correspondiente Registro Civil. No debemos olvidar que, aunque aquí se prohíbe la maternidad subrogada, se permite la inscripción de los hijos nacidos por estas técnicas, lo que entiendo es un apaño regulativo y que podría mejorarse con una nueva y ampliada regulación de la ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (pág. 91)

Es importante mencionar que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en España están debidamente reguladas en la Ley 14/2016, pero respecto a la maternidad subrogada en su Art 10º prescribe que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (...)”. Es decir, prohíbe expresamente la maternidad subrogada a diferencia de nuestro único



Art 7° de la Ley General de la Salud, por la que si no está prohibido podemos hacer uso de nuestro derecho a la libertad de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni muchos menos impedido de hacer lo que ley no prohíbe.

## **2.2. La teoría de Noción fundamental de la Maternidad y la coexistencia de maternidades.**

De acuerdo al lineamiento que sigue la investigación, se proyectó el análisis de la realidad respecto a la práctica de la maternidad subrogada con la intención de reconocer primero la ausencia de regulación específica sobre este tratamiento médico que implica la manipulación de aspectos que comprenden a la procreación, saliendo del ámbito natural, que precisamente es el aspecto que se toma como inicio de la discusión, así pues, al tratarse de este tipo de manejo, se entiende que involucra al ser humano que es titular de derechos por su condición de tal.

Siendo así la principal preocupación ha de iniciarse desde la perspectiva de si al momento de la manipulación ejercida por la ciencia, el objeto del ejercicio técnico resulta ser un ser humano, o si corresponde a otro tipo de concepto, importante por ello entender primero la forma en que actúa esta práctica.

Es en razón de ello que se toma lo referido por el investigador genetista Lacadena, (2000) describe que el ciclo de un ser humano se inicia a partir de un cigoto, siendo ésta una célula única constituida por la fecundación de los gametos masculino y femenino. Desde el punto de vista genético y ético dice “(...) este procedimiento de gestación producto de la unión sexual física de hombre y mujer para procrear ha sufrido un quiebre frontal con la procreación asistida lo que es precisamente la escisión entre sexualidad y reproducción”. (pág. 43)

De acuerdo a lo señalado se puede reconocer la puntualización del origen del hombre como ser humano, la descripción biológica delimita con precisión el momento en que se puede entender como el inicio de la vida, que tal cual lo señala la norma, se considera sujeto de derecho desde el momento de la concepción; ello quiere decir que el cigoto ya estaría contemplado como el nuevo ser pasible de protección jurídica.

Luego se indica que el acto de la procreación con la intervención del propio hombre para ejercer control en el desarrollo de la gestación, tal acto incluso comporta un manejo previo a nivel genético que permite la unión de los gametos con cuyo producto se podrá generar el embarazo con el fin de engendrar un nuevo ser, tal manejo se entiende que se hace sobre lo que ya podría comprenderse como un sujeto de derecho.

Surge entonces la interrogante de si efectivamente la intervención de terceras personas y la decisión de su implantación para ser gestado en el cuerpo de una mujer cuya célula no ha sido la que generó su existencia, constituye una suerte de vulneración de sus derechos como ser ya protegido constitucionalmente, así es como correspondería la verificación científica del cómo se desarrolla dicho acto, efectivamente haría falta cuestionarse ¿De qué manera la intervención de terceras personas además de los padres constituye una afectación de sus derechos?

Y es que de lo que se trata es ver el aspecto ético de la acción de intervención de terceros en lo que se supone que corresponde por naturaleza pura a la participación de sólo dos personas, dos sujetos aportantes de células que de forma natural se unen para generar un nuevo ser; entonces que tan prudente será acoger esta intervención de otro sujeto en el acto de que se supone ha de ser sublime e íntimo, así pues lo tiene en cuenta el investigador Wagmaister, (1990) quien en un artículo

publicado en la revista Derecho de Familia menciona: “(...) la generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, para pasar a ser un acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo, con intervención de terceros”. (pág. 22)

Tal cual lo menciona el autor citado, se trata pues de una suerte de desnaturalización de algo tan esencial como es una relación íntima, sin la intención de caer en el pensamiento de que el derecho debe considerarse como la creación divina como anteriormente se construían las reglas bajo el naturalismo, pero en esta ocasión sí se trata de algo que pese a que pudiera tener el resultado de una gestación que beneficie a una pareja que no tiene la posibilidad de poder procrear, hay que medir esta circunstancia con el carácter de la lógica para así crear una tendencia jurídica basada en la solidez de este criterio.

Dicho de otro modo, el derecho que corresponde a la generación de nuevos seres está contemplada en el ordenamiento jurídico basado en la idea de que se tratará siempre de la presencia de un padre, una madre y el fruto de su unión, así crece el sujeto amparado respecto a su identidad y demás derechos sobre el eje de una familia; entonces que sucede cuando se produce este fenómeno de la procreación con la participación de otros sujetos en cuanto a lo que se refiere al procedimiento, pero principalmente en lo que se refiere a la ruptura de la cadena lógica de la relación íntima, fecundación gestación y alumbramiento.

Es precisamente en este esquema donde se encuentra el problema, si la estructura jurídica para la protección del ser humano está configurada para que la identidad del nuevo ser sea considerada en función a un padre y una madre, que sucederá ahora que se encuentra con la disyuntiva de la participación de dos madres, una que proporcionó la célula femenina para que se fecunde con la masculina y

generar un cigoto que luego de ser implantando en otra mujer se produce tanto la gestación cuanto el alumbramiento.

Esto sin duda genera un problema para el derecho, pero este aspecto es el que se discute en un ámbito anterior a lo que se comprende como el verdadero sentido de la investigación, esto es la observación del desarrollo de esta actividad comprendida como maternidad subrogada para verificar aspectos en su desarrollo que permitan evaluarlos como ilícitos, como lo es por ejemplo la disposición de la intervención del cuerpo de la mujer en primer lugar para extraer la célula y luego de la fecundación habiéndose escogido a la mujer que gestará, termina implantándose el ovulo fecundado.

Es decir, la participación de una tercera mujer, de qué manera afecta la garantía de los derechos que adquiere este nuevo ser que inicia su existencia durante la gestación, estará asegurado su derecho a la identidad, a quien corresponderá la maternidad del nuevo ser, resultará apropiado que la madre gestante se desprenda del producto con el fin de obtener una retribución económica acaso.

Todo esto se contradice con la percepción social que se tiene sobre la maternidad, puesto que la expresión latina “mater Semper certa est (madre siempre cierta es)” pese a que ha quedado en el pasado puesto que las condiciones actuales respecto a la maternidad han variado según las posibilidades relacionadas con la ovodonación por ejemplo; anteriormente primaba dicha realidad puesto que el hecho de ser madre se encontraba basado en una realidad biológica, es decir en la gestación y finalmente en el alumbramiento, ahora resulta contradicha por este tipo de actividad, en la que el reconocimiento de la maternidad resulta ser un problema que habrá de resolverse y la única vía posible es a través del derecho.

Las condiciones actuales han variado tanto en función al manejo que se puede tener respecto a la cuestión genética, esto en razón de la posibilidad de extracción de los gametos con absoluta facilidad y seguridad, anteriormente solo pudo concebirse la posibilidad de una suerte de maternidad subrogada o por encargo a ciertos acuerdos que como en el caso bíblico cuando “Saraí” tuvo un hijo de su esposo en otra mujer, pero esta condición más se acercaría a la posibilidad de una adopción, lo único que lo acerca a la idea de la maternidad subrogada sería el acuerdo previo existente y luego el desprendimiento de la verdadera madre para cederlo a la que encarga el embarazo.

Desde luego en esas condiciones no se alteraban aspectos relacionados con el ámbito de la biología, no existía la posibilidad de extraer los gametos y manejarlos como ahora en un laboratorio para lograr la fecundación y la posterior implantación, e incluso lo que se conoce también como la posibilidad de la inseminación artificial a fin de que otra mujer termine gestando el menor que se encarga para satisfacer las necesidades procreacionales.

Pero luego el razonamiento invita a pensar en el qué tan apropiado resultaría implantar reglas que se condigan con la costumbre que deriva de una historia religiosa, que si bien es cierto tendría un reconocimiento en el ordenamiento, pero contiene un aspecto que se relaciona con lo hasta aquí discutido, realmente se debería extender la maternidad para que sea ejercida legalmente por dos mujeres a la vez con el fin de evitar el límite a los derechos del nuevo ser.

Se identifica pues un nuevo problema dentro de la observación de esta realidad, así pues se ha de entender que actualmente la maternidad subrogada se encuentra muy cuestionada por carecer de legislación adecuada, siendo así bajo dicho razonamiento es que los ordenamientos jurídicos a nivel internacional han

plantado la mirada en esta situación tan delicada que a lo largo del tiempo va creciendo en cuanto a su práctica a fin de poder regular y establecer los parámetros necesarios; es en razón a ello que se advierte la necesidad de hacer un análisis de las necesidades que con el paso del tiempo han surgido en el espacio social, que no sólo devienen de actos relacionados con la intervención de la ciencia sobre la genética para generar protección adecuada de la identidad de los nuevos seres humanos.

Siendo, así se acude a la ciencia médica para alcanzar una determinación adecuada de este concepto, de lo cual se encuentra que ésta define a la maternidad como un vínculo que se origina por la procedencia del óvulo a partir de la madre y a su vez distingue como “*maternidad gestacional a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación*”. (Universidad de Navarra. Madrid-España, 2000, pág. 413)

Es preciso notar que la misma ciencia destaca dos aspectos importantes que han de ser comprendidos para la determinación de la maternidad, básicamente en cuanto al origen de la célula que participa en la creación del nuevo ser, lo cual para el caso de la maternidad subrogada en la que se implanta el óvulo fecundado en el útero de una mujer distinta quiebra el esquema completo de la creación del nuevo sujeto de derecho, es decir que al momento de incorporarse para la que la gestación se lleve a cabo, se produce un efecto negativo respecto a la forma en que se determinará su identidad, puesto que el ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad jurídica de que pudieran existir dos madres.

Luego en base a dicha dualidad de maternidad es que sin duda alguna se tiene que dejar de lado una de ellas, puesto que la finalidad de subrogar la maternidad ha de tener un efecto de satisfacción de la necesidad quebrantada de la mujer que otorgó el óvulo, así la comprensión de este hecho se asemeja a la deliberada determinación

de privar de la identidad que biológicamente tiene o que desde un punto de vista funcional le correspondería al nuevo ser como sujeto de derecho.

Esta deliberada determinación promueve el cuestionamiento de si acaso ello constituiría un acto ilícito respecto a los derechos del nuevo ser puesto que la identidad estaría comprometida con la dignidad del ser que ya le corresponde, en ese sentido correspondería evaluar luego si es que se constituye como la motivación jurídica para su sanción mediante el tipo penal de trata de personas.

Ello pues requiere de un examen basado primero en lo que se debe comprender por la maternidad orientada a la identidad del ser, así además de lo ya señalado anteriormente, se puede reconocer que no existe incluso legalmente una definición lo suficientemente adecuada, puesto que la maternidad es una palabra que proviene de materno y significa *“estado o cualidad de madre”* (Universidad de Navarra. Madrid-España, 2000) esta situación permite referencia la situación relacional que se presenta entre las madres y el hijo, sobre ello se puede entender el concepto plasmado por Casanova, (1989), se entiende a *“la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc.”*. (pág. 25)

Por lo tanto la nueva noción de maternidad presenta una evolución histórica que ha ido transformándose debidamente por el avance científico y tecnológico, ahora estas variantes generan un efecto bastante importante en lo que se refiere a la estructura familiar como base de la sociedad, con razón específicamente a los actos procreacionales, esta situación produce un efecto directo sobre lo que se concibe como la relación filial, el aspecto paternal y el sentido reproductivo, lo cual conlleva

a descubrir un concepto renovado de lo que implica ser madre a diferencia del sentido estático de tiempos anteriores, ni siquiera se podían imaginar, lo que incluso requiere desentrañar aspectos de maternidad para poder definir tipos diferenciados.

La madre biológica es aquella en la cual recae la etapa gestacional- esta figura puede coincidir o no con la madre genética o la madre legal. Mientras que la madre genética es aquella que proporciona el material genético que al ser fecundado con el espermatozoide genera un cigoto, del cual se desarrollara un nuevo ser. (Lacadena Calero, 2000, pág. 21)

Según el Doctor Rubio Correa, (1996) señala que en relación a *“la madre biológica que es la que alumbró debe ser aquella en la cual recaiga el papel de madre legal”* (pág. 40), pero debemos de tener en cuenta que lo expuesto por el autor no se encuentra a la par con los adelantos de la ciencia, enfocados a *“Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permitiendo que la maternidad genética y legal se manifiesten de diferentes formas”*. (p. 40)

Recogidas estas acepciones respecto a la noción de maternidad, nos inclinamos a adoptar la noción que define a la maternidad desde el punto de vista genético, puesto que nos parece la más adecuada para definir en los tiempos de hoy, a quien corresponde la maternidad y por ende el derecho de filiación jurídica respecto del niño nacido como producto de una maternidad subrogada.

### **2.2.1. Maternidad compartida y determinación de maternidad.**



La doctrina siempre facilita las discusiones que surgen al momento de colisionar conceptos, definiciones, o cuando éstos se ven afectados por la evolución misma de la humanidad, para nuestro caso el progreso científico de la medicina genética es la que origina esta distorsión aparente de conceptos o definiciones.

Así, debido al avance médico científico encontramos problemas respecto de las condiciones específicas que suponen la existencia de estos acuerdos que subroga la gestación de un menor, puesto que se trata de variaciones en las que se podría prestar el intercambio genético a través de los gametos, la utilización de los propios óvulos o la inseminación artificial, todo con la finalidad de poder generar un embarazo y conducirlo hasta el final con la intención de obtener un nuevo ser que será entregado a los interesados por sus condiciones de infertilidad; sobre esto una porción importante de la doctrina señala ciertas apreciaciones como se muestra a continuación.

En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres-o excepcionalmente tres- que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación. De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y, por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.

“A su vez una segunda tesis defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de adopción a la mujer

gestante”; es sobre esto que se puede entender la relación entre lo que se asume como la verdad biológica como base de la filiación, lo cual según el ordenamiento jurídico actual será la determinante para su reconocimiento jurídico. Es por ello que también se indica que en función a estos parámetros doctrinarios y “De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que solo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer”. (Rubio, 1996, p.42)

“De acuerdo con una posición ecléctica, las soluciones anteriormente propuestas resultad indiscutibles, en tanto consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de maternidad e desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación”. (Deal Aguila Tuesta, 2009, pág. 18)

### **2.2.2. De la definición de maternidad subrogada.**

Reconocer el término de maternidad subrogada bajo la perspectiva de la ciencia médica definición que compromete muchos aspectos relacionados con el ámbito jurídico, como por ejemplo la naturaleza del acuerdo, si puede constituir un contrato pasible de control respecto a su cumplimiento o ejecución, por lo mismo que habrá de observar la forma en que se define y en todo caso la función que cumple desde la perspectiva social.

(...) se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre él. (Baffone, 2013)

## **CAPITULO III**

### **EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMO ARGUMENTO PARA INCLUIR SANCIÓN POR LAS ACCIONES SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA.**

De acuerdo al sentido que aporta el desarrollo de este capítulo como parte del marco teórico, corresponde incorporar en su contenido la doctrina jurídica que se ocupa de la descripción del delito de trata de personas, así esta comprensión permitirá conseguir la determinación de cuan adecuado o no resulta incorporar o reconocer dentro del ámbito de aplicación de este delito, a lo que serían las acciones antijurídicas que se perciban en el desarrollo de la maternidad subrogada en la comprensión de su viabilización legal.

Siendo así, el primer punto que se ha de tener en cuenta es el conocimiento del estado del arte respecto a este tema de investigación, así se procede a recoger ciertas investigaciones a manera de antecedentes con el fin de alcanzar la comprensión del nivel de creación en función a la asimilación del delito de trata de personas, tesis que se muestran a continuación.

#### **3.1. Antecedentes**

Según lo indicado anteriormente, ha de reconocerse como el primero de los antecedentes recogido de la investigación realizada por la abogada Corte, (2015); Directora interina del proyecto: “Centro de estudios para el adelanto de las mujeres y la equidad de género”, en la investigación titulada: “Análisis relativa a la trata de personas”, en cuyo trabajo se puede observar que describe a esta figura jurídica como tipo penal, entendiéndola como: “(...)un fenómeno(...), tan antiguo como la misma historia de la humanidad, es universal dado que se da en todos lados y puede

afectar a todas las personas, hombres (adultos, adolescentes y menores), mujeres y niñas”, descripción de la cual hace cierta distinción en cuanto al nivel de afectación que pueden sufrir las víctimas, mostrando que son las niñas quienes han sufrido un mayor impacto de este accionar delictivo, dado que su vulnerabilidad y la cuestión de su sexualidad las convierten en presa fácil para este tipo de fines ilegales; recalcando además que se trata de una cuestión de mucho interés para las gestiones que se han de ocupar de atender esta situación, puesto que: “(...) Si no se atiende integralmente el tema de la Trata de Personas, “no sólo se crea impunidad, sino que genera altos índices de victimización secundaria”. (Corte Ríos, 2015)

Hemos encontrado conectada la conclusión anterior con el planteamiento de nuestro problema en razón de que se concluye que merece protección mayor y específica la trata de menores en la modificación de trata de personas por que en palabras de la doctora Ángeles Corte Ríos “no sólo se crea impunidad, sino que genera altos índices de victimización secundaria”

Por otro lado, también la Tesis efectuada por Muñoz Herrera, (2009) para obtener el grado de Politóloga de la Facultad Ciencia Política y Relaciones Internacionales de Bogotá – Colombia que lleva por título: *“Descripción del Fenómeno de la Trata de Personas en Colombia, y su Impacto en las Mujeres, con una Mirada Tridimensional: Globalización, Derechos Humanos, y Género”*, en la cual tenemos conclusiones como:

- “La normatividad colombiana establecida en la ley 985 de 2005, ley anti trata, y el decreto 4786 de 2008 por el cual se establece la Política de Estado con el fin de enfrentar el delito de la trata de personas tanto

interna como externa, tiene una pretensión hacia el enfoque de género que le permite identificar cómo las violaciones de los Derechos Humanos producidos en el delito de trata de personas, muestran impactos diferenciados sobre hombres y mujeres, según la edad y la etnia de ellos o ellas”. (pág. 43)

En lo que se refiere a la percepción que se tiene sobre la intervención de la ideología de género en el aspecto legislativo, es lo que permite reconocer la forma en que la trata de personas como tipo penal hace una recopilación de su contexto normativo en función del imaginario colectivo que se muestran sobre el feminismo y su diferencia respecto a lo masculino, para lo cual se tienen en cuenta aspectos relacionados con los modelos sociales que muestran diferencias entre un niño y una niña, dejando de lado la garantía que ofrecen los derechos contemplados de manera fundamental en el Constitución.

Toda esta situación se da en el marco de control que se presume debe ser asumido y ejecutado por el Estado, lamentablemente sólo queda en cuestiones básicas de comprensión, mas la ejecución de la actividad sobre todo la preventiva no se ha logrado consolidar en el nivel estatal que tanto se reclama por parte de la sociedad; es por ello necesaria la urgente atención de este tipo de ausencias regulatorias sobre algo que en la realidad es cada día con mayor frecuencia.

Hace un análisis exhaustivo que tomamos de referencia a los elementos que se deben dar para que se configure el Delito de Trata de Personas, así como del Estado encargadas de la investigación y judicialización del delito de trata de personas permitiéndoles ser más eficaces y eficientes en la persecución y sanción de la conducta punible.

### **3.2. Definición del delito de trata de personas.**

Corresponde ubicar las definiciones más acertadas que permitan conceptualizar a esta figura jurídica, en ese sentido es que se recoge lo indicado por Giovanna Vélez Fernández, Fabiola (2004), en su libro titulado: *El delito de trata de personas en el Perú: Un problema de seguridad ciudadana*, proporciona el siguiente concepto para el delito de trata de personas:

La trata de personas es un delito contra los derechos humanos cometido por una organización criminal generalmente con redes internacionales, cuyos miembros suelen ser altamente calificados y experimentados. La trata implica el reclutamiento y la explotación de la víctima, así también otras formas de vulneración como esclavitud, explotación sexual, trabajo forzado, discriminación de la mujer y afectación a la protección de niños, niña y adolescente (pág. 5).

El apartado nos presenta una descripción del delito, concepto que busca mostrar una afectación a los derechos humanos, bienes jurídicos de suma importancia para el individuo.

Sin duda alguna la autora nos explica la peligrosidad del delito, quienes lo realizan y a quienes les afecta, de acuerdo con antes citado se concluye que la trata

de personas es el delito de gran alcance debido a que afecta a mujeres, niños y adolescentes, población vulnerable a nivel mundial. La trata de personas debe entenderse como un proceso y no como un delito aislado. Muchas veces aparece vinculada a otros delitos como tráfico de armas, de drogas, blanqueo de dinero y evasión fiscal. Ocurre fuera y dentro de las fronteras de un país, tiene diferentes fines de explotación, afecta a niños, niñas, adolescentes y personas adultas y puede producirse con o sin la participación de grupos delictivos organizados.

La creación del tipo penal de trata de personas se ha generado en función a la observación de una posibilidad de que esta condición inhumana se puede generar sobre las personas sin ningún tipo de distingo, así la víctima no tiene una característica especial que la defina, solo las acciones que se aplican sobre ella como persona, pese a ello se ha establecido cierto condicionamiento sobre la vulnerabilidad que agruparía las damas como un sector más afectado seguida de los menores de edad, esto sin duda está en directa relación con la trata de personas relacionada al aprovechamiento de la sexualidad de estos seres humanos; que sin duda se presentan otras posibilidades reconocidas en la realidad como son el abuso esclavizante para trabajos forzados tanto de carácter doméstico o en el trabajo relacionado con la agricultura.

En la Tesis efectuada por Muñoz Herrera, Ángela (2009) para obtener el grado de Politóloga de la Facultad Ciencia Política y Relaciones Internacionales de Bogotá – Colombia que lleva por título: *Descripción del Fenómeno de la Trata de Personas en Colombia, y su Impacto en las Mujeres, con una Mirada*



*Tridimensional: Globalización, Derechos Humanos, y Género* describe el delito con el siguiente concepto:

“El delito de la trata de personas es una de las actividades del crimen transnacional organizado, en ascenso que atenta, sin excepción contra todas las sociedades del mundo, debido a que se desarrolla en un contexto globalizado y genera crisis migratoria. De hecho, estamos frente a una poderosa multinacional del delito, donde los criminales que

tratan con personas para la explotación comercial derivan sus ganancias de la ilegalidad”. (pág. 43)

Se describe este delito de redes criminales mundiales que a través de una forma operativa generan el dinero ilegal que advierte ganancias que superan a la minería y la tala, el delito de trata de personas es considerado uno de los más lucrativos actualmente, coincido con la autora al decir que el delito es una poderosa multinacional, pues estas redes se encuentran desplegadas dentro y fuera del país, a fin de establecer redes con sus modus operandi a menores de edad y adolescentes, habituados a delinquir con el engaño de un trabajo seguro y bien pagado, convencen a sus víctimas que terminan aceptando sin conocer realmente que han sido vilmente engañadas.

### **3.3. Definición de Bioética.**

Para el desarrollo de esta investigación se ha tenido en consideración este concepto que resulta fascinante en tanto logra agrupar dos condiciones que manejan la cuestión del actuar médico y la consolidación de la ética en su ejercicio, lo cual al

relacionarlo con el derecho resulta de amplia utilidad, toda vez que se puede reconocer el sentido ético y moral relacionado con la estructura básica del derecho.

Ha de entenderse esta filosofía como un elemento importante para el reconocimiento de los factores que salen de las condiciones normales del ejercicio de ciertas prácticas médicas, como es el caso especial que ahora se trata en relación con las prácticas reproductivas ante la necesidad de satisfacer el interés de procreación que ha sido truncado biológicamente para ciertas personas, entre los cuales se encuentra la maternidad subrogada como algo que se ha puesto en marcha desde hace ya muchos años.

Así pues, este ámbito de la ciencia que adquiere este nombre tan peculiar que sobre todo en la relación con la ciencia jurídica está convirtiéndose en algo bastante común en la realidad, así pues: “La división de nuestro saber en disciplinas es una construcción del siglo XIX que ha entrado actualmente, en la época de la revolución tecnocientífica, en una crisis profunda. En ese sentido, la multidisciplinariedad que se predica de la bioética, y que es otra forma de aludir a su naturaleza filosófica, no resulta hoy para nada algo excepcional”. (Mendez Baigez, 2006, pág. 6)

Hemos de entender que las explicaciones que plasma esta nueva disciplina tienen por finalidad el esclarecimiento de las condiciones sobre las cuales se desarrollan las actividades médicas, esto en función a los avances de la tecnología que como se ha visto en los últimos tiempos es de carácter exponencial, lo cual brinda mayores posibilidades de acción y un amplio panorama de opciones para la solución de los problemas relacionados con lo biológico en tanto aspecto del ser humano. En ese sentido la función de la bioética no es generar parámetros estáticos y

obligaciones estrictas para que el ejercicio de la creación de las leyes se sometan de forma directa, sino mas bien guiar de manera adecuada el esquema hacia el razonamiento lógico y filosófico sobre todo a fin de que la estructura que se logre tenga dimensiones acorde no sólo con las necesidades y derechos de los interesados sino que respete el lineamiento ético que ha de caracterizar al derecho como fuente de control social.

Como se puede apreciar, el sentido es servir de guía, eso debe asumirse como la posibilidad de crear un esquema organizativo jurídico que permita la satisfacción de las necesidades de procreación humana a fin de lograr un estado de equilibrio; esto tiene que ver sin duda con la forma en que se maneja la construcción del ordenamiento, que se ha de sentar en base a los valores más importantes que regulan la sociedad, sin llegar a la vinculación directa con el manejo religioso o de ideologías que puedan desnaturalizar o frenar el avance de la ciencia, a eso se entiende como el equilibrio más adecuado en base a la bioética que como ya se dijo, solo se marca el camino para conseguir una regulación adecuada.

Aquello que se comprende como la ciencia que adopta el nombre de la bioética se relaciona de una manera importante con la ciencia jurídica, desde luego bajo los parámetros estrictos que señala la filosofía como base del ordenamiento en función a la razón y la lógica que inspira la norma, combinación que tiene por finalidad el acomodo más adecuado de la estructura reguladora para que se acondicione al sentido de la realidad en la que se presenta.

Para el caso de la bioética tiene un papel bastante importante en lo referente a la estructura jurídica relacionada con los actos médicos que se vinculan con las técnicas manejadas con el fin de poder satisfacer las necesidades reproductivas que por diversas razones han sido truncadas en las parejas impidiendo su procreación; ante esto surge la posibilidad múltiple de acciones médicas, por lo cual las reglas que se planteen sobre este tipo de actividad, deberán estar consensuadas no sólo por expertos en materia jurídica, deberá contar con la asistencia de especialistas en el área médica sobre todo en el campo de la genética a fin de evitar que por cuestiones formales se limiten de manera injusta las amplias posibilidades médicas que ofrece la ciencia para solventar los problemas de la realidad.

Esta intervención debe ser preestablecida de manera puntual con el fin de que los aspectos más saltantes puedan ser adquiridos como una suerte de equilibrio, en el que sin duda tendrá mucho que ver el control ético de la circunstancia relacionada con el manejo de la humanidad en tanto vida y ello alcanzará a la manipulación de los gametos y desde luego a los óvulos fecundados, además de la secuencia que pueda generarse con el fin de lograr la consecuencia final que es la obtención del producto.

De acuerdo a lo que menciona Lander, (1992) Caemos pues en la idea de relacionar el derecho y la ciencia, es un hecho innegable de que los avances en biomedicina que tuvieron lugar durante la segunda mitad del pasado siglo implicaron una profunda modificación del derecho biomédico en los países industrializados (pág. 6).

Por otro lado, se considera la postura desarrollada por Bertrand, (1987) de hecho, algunas veces la argumentación de la ciencia puede enmascarar estrategias e intereses industriales y comerciales importantes. Cada país reaccionó ante la nueva necesidad de tomar decisiones respecto a las cuestiones que el desarrollo de la biomedicina planteaba a su manera y según su tradición. En todos los países, las características nacionales del movimiento bioético influyeron sobre la legislación y sirvieron, junto con otras circunstancias, para conferirle su sello específico.

### **3.4.Bioética y Maternidad Subrogada.**

Para tener un alcance de la forma en que se percibe la actividad que corresponde a la surrogación de la maternidad, ha de considerarse lo señalado por los investigadores García y Cayuela (2020) quienes en su artículo jurídico titulado *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*, señala que: “La G.S. comercial es éticamente inadmisibile porque promueve la explotación de las mujeres en situación de vulnerabilidad. La explotación va paralela al negocio de la tecno-reproducción como forma de industria multimillonaria que distorsiona las implicaciones éticas y jurídicas del proceso”. (p. 43)

Según se puede apreciar la comprensión de las prácticas que se relacionan con la maternidad subrogada o gestación subrogada, se tienen por acciones que puedan ser consideradas como bajo el sentido de un contrato, un acuerdo de voluntades, lo cual según el autor desde el punto de vista de la bioética no puede ser concebible, toda vez que no se puede disponer de la cuestión corporal tal cual no se puede disponer de la vida; esto mas bien estaría relacionado con la cuestión del

derecho natural, empero, resulta apropiado señalar que desde el punto de vista jurídico contractual caracterizaría de fundamento hablar de un acuerdo de voluntades.

Agregan además los autores García y Cayuela (2020) que: “El principio de autonomía y libre consentimiento se convierte en una falacia en la G.S. comercial puesto que existe una igualdad formal pero no real”, es este argumento relacionado con el aspecto contractual, el que permite que se figure la idea de una sanción ante incluso la propia acción de la gestación subrogada, lo cual implica un abuso de derecho respecto de la persona gestante, esto es la vulneración de su derecho a la autodeterminación incluso podría ser sometida a maltrato o exigencias para que el producto final sea apropiado, ello termina pues constituyendo maltrato y abuso que se configura como trata de personas.

Es un hecho que hace falta regulación específica lo cual se puede apreciar de lo señalado por la investigación desarrollada en el Congreso de la República del Perú, en el que: “Esta situación evidencia, no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino esencialmente, el vacío loegal que impide su control y dificulta la resolución de controversias derivadas de esta práctica, razón por la cual resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad”. (Estrada, 2015, p. 20); todo lo que concierne a este análisis es desarrollado en razón de la ausencia de marcos normativos que sean específicos para este tipo de actividad médica conocida como la maternidad subrogada, esto es reglas que permitan considerarla como un ilícito o por el contrario reglas que conlleven a una sana admisión de la práctica imponiendo reglas específicas, dentro del marco de la legalidad y la bioética que es lo que interesa a esta investigación.

No es ajeno a la realidad el hecho de que se trata de una práctica que se ejecuta y se manifiesta o reconoce a través de la producción de casos problemáticos

sobre ello lo que se evidencia mediante los anuncios publicitarios y la prensa que muestran el carácter de clandestinidad en el que se producen estos actos, llegando al marco de la ilegalidad; esta situación precisa de la atención urgente o mas bien la participación urgente de la propuesta jurídica que permita cuando menos desde la perspectiva del Derecho Penal con en base a las pautas de la bioética, accionar en las políticas públicas con el fin de establecer sanciones que intenten restaurar el control.

La intervención de la bioética para apoyar la construcción del derecho, incorpora un elemento que es simil en ambas perspectivas que es precisamente los derechos humanos y la dignidad como característica fundamental de los seres humanos, así lo señalan las conclusiones de la Jornada Anual de AEBI, celebrada en España en octubre del 2016, donde se indica respecto a ello que: “El legislador, en cambio, está llamado a regular situaciones futuras. Por ello, debe elar por la dignidad y los derechos humanos de los sujetos implicados: las madres, que son explotadas mediante un contrato de alquiler, y los hijos, que se convierten en el objeto de un contrato de compraventa”. (Aebioetica.org, 2016, p. 143)

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS Y RESULTADOS**

#### **Análisis de la necesidad de incorporar el delito de maternidad subrogada desde la perspectiva de la trata de personas en base a la bioética de los derechos fundamentales.**

Partiendo del esquema que ordena el tipo de investigación no experimental, se ha diseñado el marco de la observación desde el punto de vista de las técnicas de observación que se orientó en este caso a la verificación de la normativa que se encuentra plasmada a nivel internacional y en relación al tratamiento de la maternidad subrogada, que según se apreció en ocasiones es considerada como apropiada y en otras se sanciona de una manera drástica, siendo casos específicos como el Perú que no se contempla una regulación puntual para la contemplación o tratamiento de su ejecución médica.

En ese sentido se ha considerado importante además de la revisión de la legislación, la validación de las posturas de la investigación a través de la participación de los expertos en la materia, para lo cual se ha recurrido a la aplicación de una encuesta a los operadores jurídicos del distrito judicial de Lambayeque, específicamente a los que intervienen en los juzgados penales; tal opinión se ha plasmado de la manera más sencilla a fin de comprender su aproximación con el planteamiento de la tesis.



#### **4.1. Análisis de los resultados:**

De acuerdo a las indicaciones previas, se plasma a continuación la estructura del análisis partiendo por la revisión legislativa internacional para luego dar parte a la incorporación de los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos que trabajan en el área penal del distrito judicial de Lambayeque, mediante tabulaciones y gráficos correspondientes.

##### **4.1.1. Resultados del análisis legislativo.**

Es importante traer a colación de este análisis la forma en que se está considerando la situación de la maternidad subrogada en los diferentes países, con el fin de establecer un criterio específico sobre el como debería asumirse el control sobre todo en cuanto a la ejecución de este tipo de técnica reproductiva, para cuyo efecto se ha seleccionado ciertos países como se muestra a continuación

##### **ALEMANIA**

La magister Isabel Vega Chilcon en su tesis de maestría (2017: 27), hace cierta referencia a la forma en que se trata la maternidad subrogada en este país, señalándolo de la siguiente manera:

En el país de Alemania se hace una consideración específica como prohibición del ejercicio de la maternidad bajo esta modalidad que termina subrogando la gestación, así se ha construido la “Ley de Protección del Embrión N° 745/90”, en la cual se muestra sanciones específicas, pero en función al abuso de este ejercicio, para lo cual indica en su contenido de la siguiente manera: “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

finest 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 más de tres óvulos en un mismo ciclo; 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que pueda transferirse a una mujer en un mismo ciclo ; 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en su 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”.

### **FRANCIA**

“En Francia el derecho de los franceses la prohibición en forma definitiva fue el año de 1994, al considera en el art. 16-9 del Código Civil Francés que a la letra dice: Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Es preciso señalar entonces que este tipo de regulación es de carácter público por lo que la aplicación de la nulidad planteada es de carácter general, así pues, este carácter prohibitivo se aúna a la sanción respectiva trasladada a la penalidad y que tiene como finalidad sancionar puesto que: “castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados, como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquel. Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención”. (Concepción y Carbonell, 2019, p. 39)

### **ESPAÑA**

“España, art. 10 de la Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida. Artículo 10. Gestación por sustitución 1. Será nulo

de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinado por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, Sin embargo, de manera automática los niños y niñas nacidos por las TERAS, o maternidad subrogada son inscritos en el registro respectivo. Es decir, hay una paradoja, por una parte, es ilegal esta práctica para España, pero los recién nacidos son protegidos y son inscritos, por el principio del derecho superior del niño”. (Concepción y Carbonell, 2019, p. 40)

Se ha de tener en consideración lo recopilado por el Congreso de la República Peruana en la investigación titulada *Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*, en el cual se plasman las legislaciones que a nivel mundial han considerado negativamente la maternidad subrogada, de lo que extraemos el siguiente cuadro:

**Cuadro 1**  
**Prohibición de la gestación por sustitución**

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

Fuente: Informe de Investigación N° 71/2014-2015 Congreso de la República

– Area de Servicios de la Investigación (Estrada Mora, 2015)

#### **4.1.2. Resultados de la opinión de operadores jurídicos.**

Conforme se hubo indicado con anterioridad, la importancia de incorporar el análisis de la opinión de los operadores jurídicos se basa en la necesidad de validar las posturas de la investigación, así pues, se ha tenido en consideración la construcción de un formato de encuesta en el que se incorporan afirmaciones sobre las cuales plasmaron su opinión todos los encuestados a fin de reconocer su conformidad o disconformidad con las ideas plasmadas.

Tal resultado de validación de posturas ha servido a la investigación para reforzar la idea que motiva este análisis, esto es la posibilidad de que se amplíe el ámbito de aplicación del derecho penal, para la comprensión de la maternidad subrogada como un delito en lo que respecta a las acciones que se contemplan en su ejecución como acciones vulneradoras de derechos para cualquiera de las partes.

Es importante esta comprobación dado que la situación de la maternidad subrogada no se ha regulado aún en el ordenamiento jurídico peruano, ni en el civil ni en el penal, siendo que en el primero debía considerarse como un contrato y para luego ser trasladado al ámbito de aplicación del derecho penal ante la irregularidad de la regla comprendida como marcador de las acciones de las TERAS que se reconocen de manera somera en la Ley General de Salud.

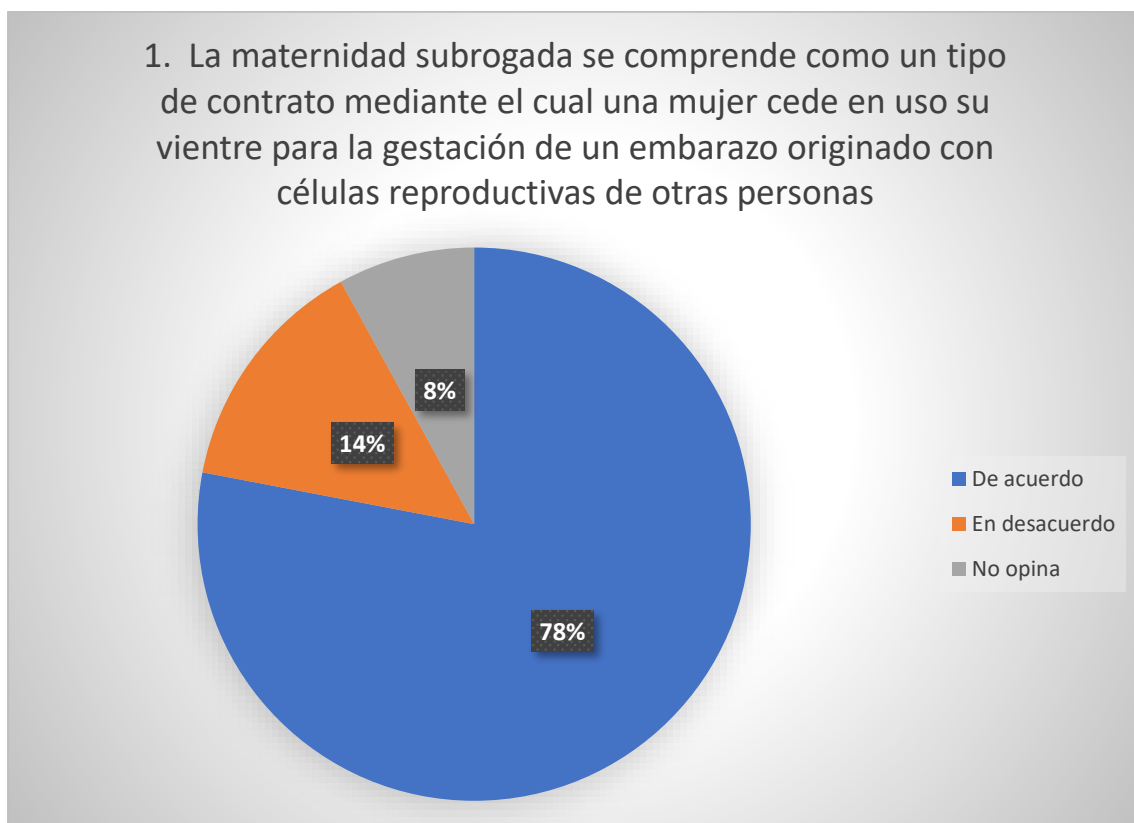
Todo este resultado, se ha plasmado como cifras debidamente tabuladas y con dichos resultados se construyó la graficación de los porcentajes que han permitido evidenciar que es una necesidad de cuidado y merece la atención del esquema normativo penal.

*Tabla 1: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 1.*

<p><b>1. La maternidad subrogada se comprende como un tipo de contrato mediante el cual una mujer cede en uso su vientre para la gestación de un embarazo originado con células reproductivas de otras personas.</b></p>	
<b>Opciones</b>	<b>Res ultados</b>
a. De Acuerdo	<b>39</b>
b. En Desacuerdo	<b>07</b>
c. No Opina	<b>04</b>
<b>TOTAL</b>	
	<b>50</b>

**Lectura:** De acuerdo a lo señalado en el cuadro que tabula los resultados de la afirmación: La maternidad subrogada se comprende como un tipo de contrato mediante el cual una mujer cede en uso su vientre para la gestación de un embarazo originado con células reproductivas de otras personas; se puede apreciar que 39 de los encuestados han opinado que están de acuerdo con la definición planteada, entre tanto que 7 de los operadores no están de acuerdo y luego se aprecia a 4 que no muestran opinión alguna.

*Ilustración 1: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 1.*



### **OBSERVACIÓN**

En relación a esta premisa, se ha determinado que el 78% de los encuestados se encuentra de acuerdo con la definición de maternidad subrogada, en tanto esta se configure como un tipo de contrato, mediante el cual una mujer cede en uso su vientre para la gestación de células reproductivas de otras personas, coligiéndose así que, a pesar de no ser una práctica legalmente reconocida por nuestro país, no es ajena la población.

*Tabla 2: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 2.*

<b>2. La ausencia de regulación expresa para la maternidad subrogada no</b>	
justifica que su práctica se considere como trata de personas,	
porque no se consolida la lesión del bien jurídico protegido en este	
tipo penal.	
<hr/>	
<b>Opciones</b>	<b>Resu</b>
	<b>ltados</b>
a. De acuerdo	<b>38</b>
b. En desacuerdo	<b>10</b>
c. No opina	<b>02</b>
<b>Total</b>	<b>50</b>

**Lectura:** conforme se aprecia de este cuadro de tabulación de resultados sobre la afirmación: La ausencia de regulación expresa para la maternidad subrogada no justifica que su práctica se considere como trata de personas, porque no se consolida la lesión del bien jurídico protegido en este tipo penal; se puede apreciar que muestran su conformidad 38 de los operadores jurídicos encuestados, además de que 10 de los que contestaron la encuesta señalan no estar de acuerdo y solo 2 no han opinado al respecto de la crítica establecida.



*Ilustración 2: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación2*



**OBSERVACIÓN:** Se desprende de esta afirmación, aprobada por mayoría esto es el 76% de los encuestados que en efecto a pesar de la falta de regulación expresa de la maternidad subrogada en nuestro país, ella no es considerada como un delito, máxime si el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas es la Libertad , no existiendo lesión en la práctica de este tipo de maternidad porque las personas que acceden a la misma lo hacen en busca de la necesidad de “ser madres o padres” , sin afectar o lesionar cualquier otro bien jurídico más aún si pesa el consentimiento de las partes intervinientes.

*Tabla 3: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 3.*

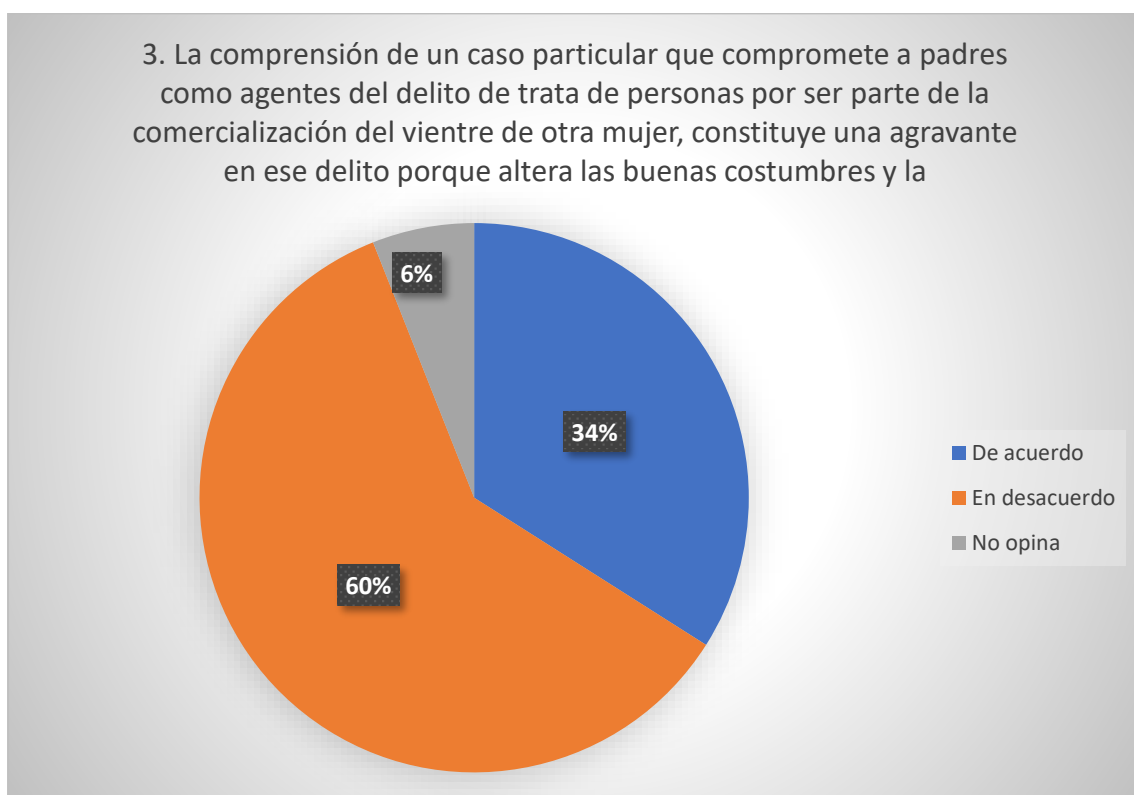
- 
- 3.** La comprensión de un caso particular que compromete a padres como agentes del delito de trata de personas por ser parte de la comercialización del vientre de otra mujer, constituye una agravante en ese delito porque altera las buenas costumbres y la naturaleza de la humanidad.
- 

Opciones	Resultados
a. De acuerdo	<b>17</b>
b. En desacuerdo	<b>30</b>
c. No opina	<b>03</b>
<b>Total</b>	<b>50</b>

---

**Lectura:** como es de ver según el resultado de la tabulación respecto a la afirmación: La comprensión de un caso particular que compromete a padres como agentes del delito de trata de personas por ser parte de la comercialización del vientre de otra mujer, constituye una agravante en ese delito porque altera las buenas costumbres y la naturaleza de la humanidad; se aprecia que 17 de los encuestados opinan estar de acuerdo con la postura crítica planteada pero más bien 30 de los operadores indican no estar de acuerdo y finalmente 3 de ellos no opinan al respecto.

*Ilustración 3: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 3.*



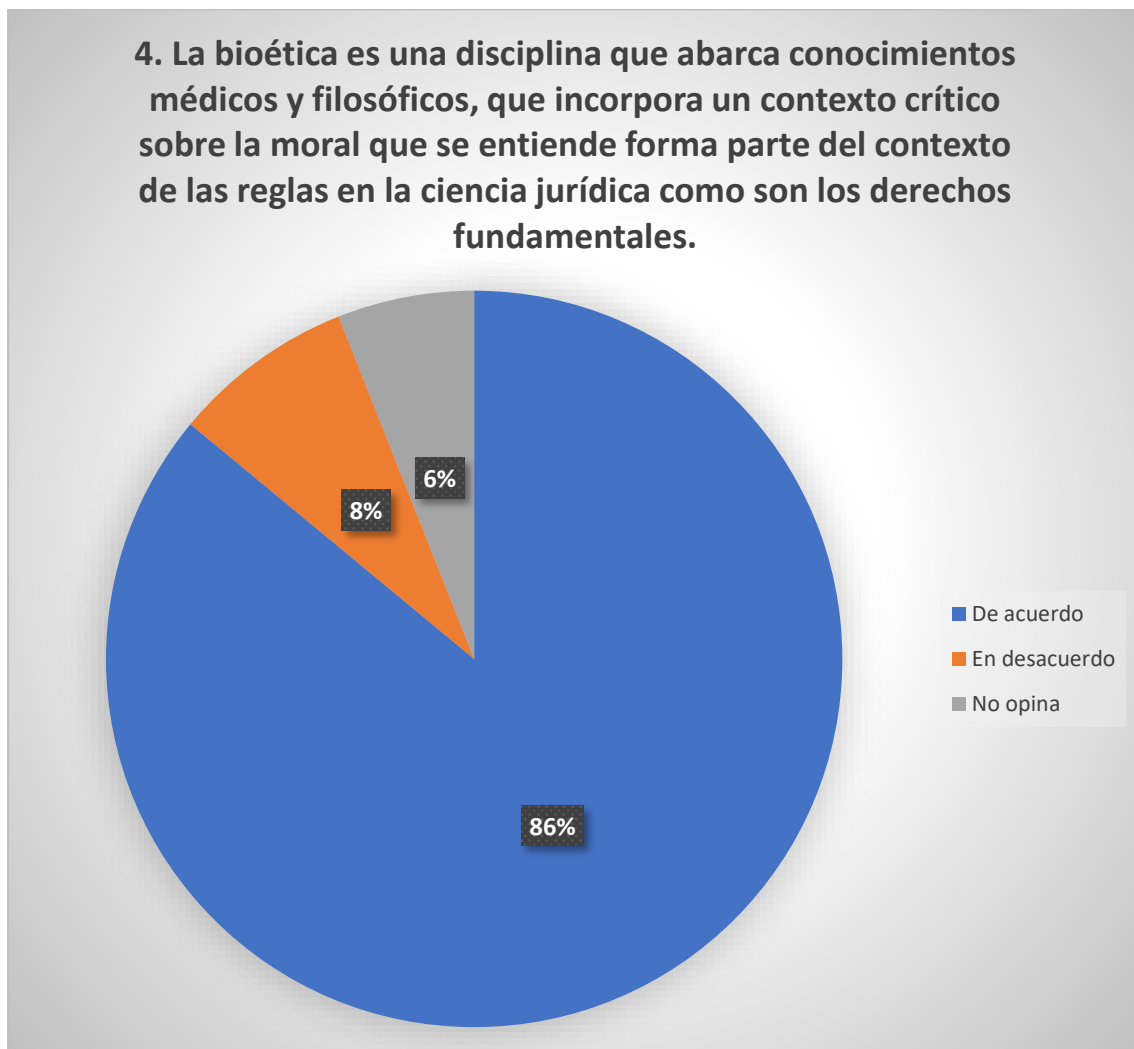
**OBSERVACION:** El 60% de la población encuestada, coincide en que de ninguna manera se puede ser parte de un delito de trata personas por la sola necesidad social, emocional y psicológica de ser padres, recurriendo a un vientre subrogado ello por cuanto si al mediar relación contractual o consentimiento, no configura comercialización alguna, sin afectar tampoco las buenas costumbres y la naturaleza del a humanidad, lo que tampoco implica sanción penal.

*Tabla 4: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 4*

4. La bioética es una disciplina que abarca conocimientos médicos y filosóficos, que incorpora un contexto crítico sobre la moral que se entiende forma parte del contexto de las reglas en la ciencia jurídica como son los derechos fundamentales	
Opciones	Resultados
a. De acuerdo	43
b. En desacuerdo	04
c. No opina	03
<b>Total</b>	<b>50</b>

**Lectura:** de lo que se ha logrado tabular como resultado de la encuesta sobre la afirmación: La bioética es una disciplina que abarca conocimientos médicos y filosóficos, que incorpora un contexto crítico sobre la moral que se entiende forma parte del contexto de las reglas en la ciencia jurídica como son los derechos fundamentales; se puede apreciar que de los operadores jurídicos encuestados 43 de ellos se encuentran de acuerdo con el planteamiento, entre tanto que 4 de ellos muestran su disconformidad y 3 de ellos no opinan al respecto.

*Ilustración 4: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 4*



**OBSERVACIÓN:** La bioética estudia los aspectos éticos de la medicina y biología, salvaguardando los derechos fundamentales de las personas, afirmación amparada por los encuestados, razón por la cual recurrir a prácticas biológicas para la procreación, con la debida protección de los derechos fundamentales no se puede configurar como un acto antijurídico o típico.

*Tabla 5: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 5.*

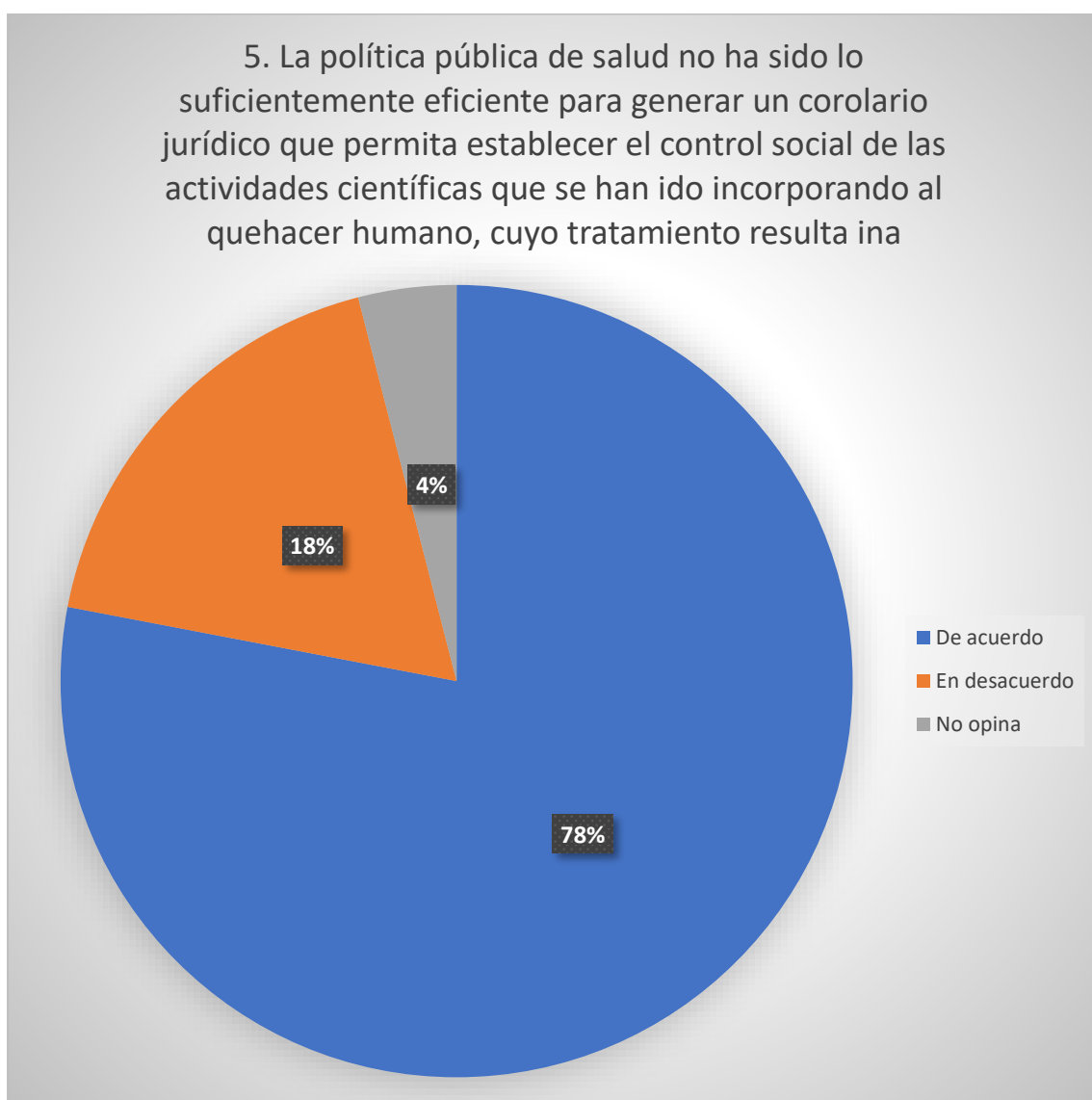
**5.** La política pública de salud no ha sido lo suficientemente eficiente para generar un corolario jurídico que permita establecer el control social de las actividades científicas que se han ido incorporando al quehacer humano, cuyo tratamiento resulta inapropiado con reglas que controlan en base a los derechos fundamentales desde una perspectiva netamente moral.

Opciones	Resultados
a. De acuerdo	39
b. En desacuerdo	09
c. No opina	02
	50
<b>TOTAL</b>	

**Lectura:** en razón de los resultados tabulados sobre la afirmación: La política pública de salud no ha sido lo suficientemente eficiente para generar un corolario jurídico que permita establecer el control social de las actividades científicas que se han ido incorporando al quehacer humano, cuyo tratamiento resulta inapropiado con reglas que controlan en base a los derechos fundamentales desde una perspectiva netamente moral; puede apreciarse un resultado que muestra a 39 de los operadores jurídicos que se

encuentran de acuerdo con la postura de esta tesis, entre tanto que 9 de ellos están disconformes con la idea y 2 han preferido no opinar.

*Ilustración 5: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 5.*



**OBSERVACIÓN:** Definitivamente no se puede sancionar moral o penalmente a las personas por actividades científicas que surgen por la propia

necesidad, como en este caso ser madres o padres, pues por la falta de legislación o políticas de salud que no han previsto estas necesidades de manera amplia y específica originan conflictos jurídicos sociales.

*Tabla 6: Cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 6.*

<b>6. La incorporación de reglas más específicas sobre la maternidad</b>	
subrogada debe ir acompañada de los alcances de la bioética a fin de alcanzar un control social acompañado de la postura filosófica de la bioética que incorpora tintes morales de la actividad médica, para evitar confusiones innecesarias con el tipo de trata de personas.	
<b>Opciones</b>	<b>Resu ltados</b>
a. De acuerdo	<b>45</b>
b. En desacuerdo	<b>04</b>
c. No opina	<b>01</b>
<b>Total</b>	<b>50</b>

**Lectura:** según lo mostrado en los resultados de la tabulación sobre la afirmación: La incorporación de reglas más específicas sobre la maternidad subrogada debe ir acompañada de los alcances de la bioética a fin de alcanzar un control social acompañado de la postura filosófica de la bioética que incorpora tintes morales de la actividad médica, para evitar confusiones innecesarias con el tipo de trata de personas; puede reconocerse la cantidad de 45 operadores encuestados que opinan estar de acuerdo con la postura



final de la tesis, mientras que 4 no lo están y solo 1 ha obviado la opinión al respecto.

*Ilustración 6: Muestra porcentual del resultado del cuadro de la tabulación sobre los resultados obtenidos en la aplicación de la encuesta a los operadores de justicia en el distrito judicial de Lambayeque, respecto a la afirmación 6*



**OBSERVACIÓN:** Se requiere de legislación específica y detallada en cuanto a las distintas prácticas de maternidad subrogada la cual debe proteger los derechos fundamentales de los intervinientes, desde el punto de vista Bioético el cual es necesario para un debido control social en estas prácticas.

## **CAPÍTULO V**

### **CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

#### **5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

Es importante dejar en claro que la discusión que se proyecta en esta parte del capítulo se basa en los contenidos que se han plasmado en función de los objetivos específicos comprendidos como las metas de la investigación, que a su vez constituyen los capítulos correspondientes; este desarrollo crítico se hace con la finalidad de reconocer la función de cada una de las figuras jurídicas y poder usarlas en la construcción del argumento que corresponde a la formulación de la propuesta de la tesis, gracias al establecimiento de las tomas de postura en cada una de las discusiones.

##### **5.1.1. Discusión sobre el objetivo: “Desarrollar doctrinariamente la justificación jurídica de la maternidad subrogada”**

¿Cuál es la definición más adecuada para entender la figura de maternidad subrogada?

Es precisamente de la definición de la maternidad subrogada de donde parte el análisis del problema, puesto que señala que se trata de un acuerdo, esto es que participan dos o más voluntades, cabe esa posibilidad, luego dicho contrato como se proyecta sobre el hecho de que una mujer cede su vientre para gestar un bebe con material genético de terceras personas, que para cumplir dicha circunstancia se ha de

entender la aplicación de una técnica especial que científicamente se trata de la manipulación a nivel genético de las células aportantes para la creación.

Entonces pues, la definición contenida en el párrafo anterior enmarca a la maternidad subrogada en el marco de un contrato, por lo cual se precisa determinar si existe legislación específica que pueda ejercer el control de dicha actividad, en tanto a lo que se refiere al cumplimiento y ejecución de la misma, sobre lo cual se han pronunciado algunos tratadistas, señalando que sólo en el derecho comparado se ha podido ubicar regulaciones que permitan la ejecución de dichos actos.

Es importante plantar como discusión el hecho de que la definición de la maternidad subrogada se lleva al plano en el que interviene la participación de la ciencia para el manejo de la actividad genética de los seres que participan en este acuerdo, así la ciencia genética se ha desarrollado al punto tal de que el problema de reproducción humana ha podido lograr ser asistida con el fin de satisfacer la necesidad de procreación.

Siendo así el punto más importante es aquel que en tanto regulación sugerida hace falta incorporar en el ordenamiento jurídico, dentro de cuya estructura de control también ha de participar el ius puniendi del Estado, lo que se ha permitido enfocar desde la perspectiva que otorga la trata de personas en su estructura tipológica.

¿Qué efectos jurídicos traería la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento peruano?

La ausencia de regulación jurídica sobre ciertas actividades del hombre respecto de las cuales se ha ubicado a la maternidad subrogada como práctica, ha

conllejado a que su desarrollo en la realidad se ejecute bajo la circunstancia del desorden y descontrol por parte del Estado, por lo mismo que siendo una necesidad que se ha de cubrir, es prudente que se promueva la regulación, pero de la manera más adecuada.

Evitaría las sanciones jurídico penales hacia las parejas solicitantes de esta práctica, así como la protección de los concebidos y el respeto a sus derechos fundamentales como a la familia, para cuyo fin el esquema regulatorio que se proponga deberá contener los parámetros específicos que generen control de dicha actividad.

Tal control deberá contemplarse en primer lugar a la forma en que se habrá de ejecutar dicho acto médico a nivel de la regulación de salud; aunado a ello se debe ajustar la regulación desde la perspectiva civil para que se considere como un contrato especial, toda vez que la acción de subrogar el vientre aun cuando puede o no tener una compensación, constituye un acuerdo de voluntades, ergo un acto jurídico, que dada la connotación de los casos observados en la realidad nacional y mundial requiere a todas luces de su regulación.

En ese marco de ideas, se percibe como un efecto posible e inmediato el control propiamente dicho de parte del Estado sobre una actividad a nivel del sector salud que comprende acciones en las que intervienen particulares, esa sería la primera forma de conseguir el segundo efecto respecto a la consolidación de la garantía de la comprensión bioética de los derechos fundamentales.

**TOMA DE POSTURA:**

El control del Estado se asume en diferentes dimensiones, interesa por ello que la comprensión del control sobre las actividades entre particulares con la intervención del sector médico, requieran ser reguladas; este es el caso de la maternidad subrogada que de acuerdo a la observación de la doctrina que justifica su presencia en razón de la satisfacción de intereses individuales inalienables; por lo mismo, que resulta de carácter urgente y necesario la incorporación de pautas que generen control de dicha actividad, para evitar los conflictos que en la actualidad se asumen con respuestas que no se ajustan ni al derecho ni a los intereses de los ciudadanos.

**5.1.2. Discusión sobre el objetivo: “Estudiar el delito de trata de personas como argumento de incluir sanción por las acciones sobre maternidad subrogada”.**

¿Qué argumentos justifican la persecución penal?

La actividad de control que ejerce el Estado, se orienta hacia la protección de los bienes jurídicos de diversa índole, en tanto correspondan a derechos fundamentales, derechos constitucionales e incluso los que tienen connotación convencional, actividad que se justifica en razón del resguardo del ordenamiento jurídico que procura el establecimiento del orden público; es en base a esta circunstancia que el Estado podrá construir las reglas que sirvan para establecer el control social y jurídico en la nación, así para el caso del derecho penal, la persecución se justifica en dicho control basado en la aplicación del *Ius Puniendi* que le otorga la propia normativa constitucional, para aplicar sanciones en cuanto corresponda.

¿Cuál es el marco de protección del delito de trata de personas?

Teniendo en cuenta que el delito de trata de personas es uno de aquellos que pueden ser catalogados como de naturaleza muy compleja, toda vez que para lograr comprenderlo o interpretarlo se requiere de una asistencia jurisprudencial bastante extensa, pues al ser de ese carácter, las circunstancias en la realidad se presentarán de diversas formas, por lo mismo que su recojo típico en el Código Penal peruano resulta extenso en sus peculiaridades; pero aun así no es suficiente para poder identificar el exacto marco de protección de dicho tipo.

Para poder alcanzar una comprensión más cercana al marco de protección debe señalarse más bien lo que se entiende por la finalidad del agente que incurre en este tipo penal, lo cual sería la explotación de los seres humanos, que hubieran caído en las redes de esta clase de personas que delinquen con este tipo de actividad, partiendo de ello es que se puede indicar que el marco de protección es sobre el tipo de explotación que se refiere a la sexual, laboral y prostitución.

¿Qué argumentos se pueden consolidar para justificar un tipo penal sobre maternidad subrogada bajo el ámbito de protección de la trata de personas?

Habida cuenta que la actividad de control estatal respecto a la protección del ordenamiento jurídico en tanto que se resguardan los intereses y bienes jurídicos que incorpora, se debe señalar que el Estado está en la obligación de verificar la ocurrencia de circunstancias que se desarrollan fuera del marco normativo y que constituyen lesiones a los derechos de los seres humanos.

Para el caso de la maternidad subrogada que no tiene una legislación apropiada, se puede establecer con sencilla facilidad el hecho de que su actividad esta desprotegida

en el ámbito penal, puesto que no existe primero una regulación civil para establecer su ejercicio como técnica de reproducción humana asistida, y en segundo lugar ello acarrea el hecho de que tampoco se pueda establecer una sanción desde la perspectiva penal para las acciones que en su ejecución pudieran estar vulnerando derechos de las personas que intervienen en dicha actividad.

#### TOMA DE POSTURA:

El límite de la vida ¿Cuándo comienza la vida humana? Atentado al derecho a la vida producido por el descarte de óvulos fecundados. Existe la duda de cuándo debe comprenderse a la concepción para que se asume al embrión como sujeto de derecho, por lo mismo que desde la perspectiva del derecho la duda siempre va a llevar a favorecer al más vulnerable por lo mismo que se protegerá la promesa de vida del embrión.

¿Se puede decir que el acuerdo de gestar el óvulo fecundado constituye un contrato cuyo incumplimiento acarrea consecuencias civiles y penales?

La circunstancia de la celebración de un contrato de este tipo, no se puede hacer encajar en el ámbito civil, puesto que no alcanza a cubrir un tipo especial de contratación, pese a que la manifestación de la voluntad se constituye al igual que la contraprestación y la entrega del bien, ello en razón de que no existe ninguna regulación específica.

Luego para que este tipo de circunstancias generen una sanción penal requerirá previamente de la existencia de aquello que se explica cómo ausente en el párrafo anterior; sin embargo en el desarrollo de estas actividades que surten sus efectos casi en la clandestinidad jurídica, pueden desencadenar circunstancias de



abuso de derecho, como el caso de la imposición a una mujer para que sea la portadora del óvulo fecundado en contra de su voluntad, lo cual se podría llevar al plano del esclavismo, sólo en ese sentido se podría abstraer dicha circunstancia al marco de protección del delito de trata de personas.

**5.1.3. Discusión sobre el objetivo: “Analizar la realidad sobre las malas prácticas de la maternidad subrogada que contradicen la bioética de los derechos fundamentales”.**

En lo que corresponde al análisis que se ha desarrollado sobre la forma en que se reconoce legislativamente la práctica de las TERAS en el ordenamiento peruano, resulta ser muy escueto, toda vez que sólo se plantea en el ámbito de la Ley General de Salud, en la cual se menciona la permisibilidad de la práctica de la concepción in vitro, como una técnica reproductiva, sin más explicación sobre el amplio universo de posibilidades médicas que se puedan generar en función a este tipo de técnica.

En ese sentido es importante traer a colación lo recogido del derecho comparado que para el caso de Alemania, la descripción existente a nivel penal es bastante amplia a comparación con el sentido nulo de la regulación peruana, así pues existe una prohibición expresa de la técnica de “maternidad subrogada”, que se contempla como el control del abuso respecto a la aplicación de estos modos de concepción, aplicando una sanción que alcanza los 3 años de prisión e incluso la multa; para lo cual además hace una descripción específica de las acciones que se consideran como abusos, puntualizando los aspectos que se relacionan con la maternidad subrogada propiamente dicha; con lo cual se advierte la percepción puntual de la conservación de la bioética como concepto para asumir el ejercicio

penal sobre este tipo de conductas relacionadas con el abuso de la técnica de reproducción humana asistida que es la Maternidad bajo subrogación.

De otro lado se aprecia el caso de la legislación francesa, en la que desde el año de 1994 se precisa una limitación específica sobre este tipo de actividades, plantea un reconocimiento de la acción a través del convenio que se pueda dar para que el óvulo fecundado pueda ser gestado por una persona distinta a la que pertenece dicho gameto; esta disposición que deviene de un aspecto civilista puesto que se comprende como una acción contractual ilícita, se traslada hacia el ámbito típico de lo penal, relacionando la vulneración de la filiación como justificante de la sanción, así pues se considera la concepción de engaños que deben ser sancionados.

También teniendo en cuenta lo señalado en la legislación española , se ha de tener en consideración el hecho de que si bien existe la prohibición puntual de la práctica de maternidad subrogada, se entiende también como una ampliación justa de la acción estatal hacia la protección de los menores que ya se hubieran procreado y nacido mediante el uso de estas técnicas, así pues el sentido de cuidado se tendría que trasladar hacia el derecho penal a fin de que se garantice de manera ampliada los derechos de estos menores.

Para el caso del Perú, como ya se había mencionado anteriormente, no existe una regulación expresa, ni en el ámbito civil ni tampoco en el penal, por lo mismo que se presenta como necesidad el hecho de que ante la recurrente presencia de casos sobre maternidad subrogada en el ámbito de la clandestinidad, de lo cual se puede observar cifras en los observatorios internacionales en los que se aprecia la incidencia de oferta de vientres de alquiler en Latinoamérica sobre todo en países como el Perú y México en el que no está regulado este tipo de actividad terapéutica para la reproducción humana asistida.

Toma de postura:

Se ha podido apreciar que en la realidad nacional se presentan de manera constante las prácticas de este tipo de actividades de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, denotado por la existencia de clínicas especializadas en fertilidad que ofrecen este tipo de servicio, en el cual sin duda alguna se presentan casos específicos relacionados con la maternidad subrogada en función a la imposibilidad de la madre para poder gestar el embrión fecundado por una cuestión biológica, por lo mismo que se advierte como necesidad de urgente atención de parte del derecho a fin de evitar este tipo de conflictos.

**5.1.4. Discusión sobre el objetivo: “Proponer la incorporación del delito de maternidad subrogada desde la perspectiva de la trata de personas en base a la bioética de los derechos fundamentales”.**

Conforme se ha podido advertir en la construcción de esta investigación, el problema de la maternidad subrogada se constituye en razón de la ausencia de su regulación, lo cual se proyecta a la intervención de diferentes áreas para dicha labor, como por ejemplo la materia civil en la que se debería definir si corresponde o no a la consideración de un contrato mediante el cual se proyecte la ejecución de este tipo de acciones de reproducción humana asistida.

Partiendo de ello conviene a esta investigación, en razón de la problemática advertida respecto a ciertos acontecimientos en los que se hubo considerado la acción de retiro del país de dos menores de edad recién nacidos como el delito de trata de personas, inspira el razonamiento de si acaso estaría abierta la posibilidad a generarse un tipo penal que intente reconocer este tipo de acciones como un delito.

Desde luego ha de dejarse en claro el hecho de que la acción descrita desde el punto de vista del Ministerio Público, como se ha indicado anteriormente, se trataría de un error jurídico que no tendría sustento legítimo, dado que no existe un tipo penal de esta dimensión, o cuando menos que puntualice la acción para que la maternidad subrogada sea considerada como tal.

El principal recurso jurídico y filosófico que puede orientar a la ciencia penal para la construcción de un tipo delictivo que conlleve a la sanción del acto de maternidad subrogada como un delito, sería la concepción filosófica de la bioética, por lo mismo que se precisa cuestionar ¿Cuál es la finalidad de la bioética y que relación guarda con el ius puniendi del Estado?

En definitiva, la función de la bioética es guardar los límites que se relacionan con la protección de la dignidad de la persona en cuanto a lo que se considera como derechos humanos, respecto de las intervenciones que se ejecutan en un tratamiento o desarrollo médico o científico; la meta será entonces evitar que se sobre pasen los límites que imponen estos derechos a fin de respetar al propio ser humano o a su humanidad.

Siendo así se puede reconocer una relación directa entre la intervención de la bioética y la acción que le corresponde al derecho penal como abanderado del a potestad del ius puniendi del Estado, por lo mismo que la aplicación de sanciones por actos de este corte médico o científico, le corresponderá controlar a la ciencia penal a través de la creación de tipos penales específicos que conlleven a evitar la vulneración de la dignidad humana, o en forma directa los derechos fundamentales que le corresponden a cada ser humano.

El punto de partida sin duda alguna es el ser humano y su dignidad, en ese sentido, el manejo o manipulación de las condiciones naturales en las que se desarrollan los actos reproductivos, deberán contemplar dichas condiciones jurídicas, éticas y biológicas que se consideran en base a los parámetros que imponen los derechos humanos que tienen como finalidad la protección de la dignidad humana.

En esa idea caen a primer nivel de protección los nuevos seres que se estarán creando o más bien propiciando su gestación a fin de satisfacer las necesidades de otros seres humanos como aquellos que no tienen la gracia de la concepción de manera natural; precisamente esta separación es la que debe contemplarse al momento de considerar como posible la sanción de la irregularidad de ciertos actos que se contemplan en el derecho de estos nuevos seres, puesto que su condición de concebidos ya les permite gozar de la dignidad que le corresponde en su condición de humano.

Tal garantía, se entiende es ofrecida por los derechos humanos y se controlaría en razón de los lineamientos de la bioética como una herramienta principal a fin de que se incorporen las acciones que no se contemplan en estos márgenes, como delitos y por ello es que se identifica como el mejor camino para conseguir dicho fin, a la estructura del delito de trata de personas, puesto que la postura permite que calce en el estereotipo de dicha acción delictiva, toda vez que se está vulnerando las condiciones de dignidad de estos sujetos, convirtiéndolos en objeto de comercialización o intercambio, esto es la cosificación de los nuevos seres nacidos por este medio de reproducción humana.

#### TOMA DE POSTURA

Según lo referenciado respecto a la necesidad de incorporar al delito de maternidad subrogada en el ámbito del tipo penal de trata de personas, se advierte como una circunstancia posible toda vez que la intención de proteger la dignidad del nuevo ser, es la justificante que permite reconocer las acciones que se desarrollan en el contexto de la maternidad subrogada y que van en contra de los lineamientos de la bioética.

## **5.2. RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES**

El sentido de la observación de esta tesis, ha tenido su origen en dos variables que bajo la relación causal que las une, se planteó el reconocimiento de un problema jurídico en la realidad, así pues , en función a ello luego de haber tenido los resultados de la discusión como son las tomas de postura de cada uno de los objetivos específicos, corresponderá usar esos lineamientos para conseguir la identificación del nivel de validez de cada una de las variables que son los ejes temáticos de la investigación y ahora se modificaran a fin de generar una nueva orientación pero ya con el carácter científico que otorga el resultado de la observación teórica y de la realidad.

### **5.2.1. Respecto a la Variable independiente: La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas.**

Como ya se había indicado el sentido de la relación causal implica que la variable independiente asuma el papel de la causa del problema, por lo mismo que la función que desempeña es estática y no se someterá a ningún tipo de experimento en razón del tipo de investigación en la que se ejecuta esta tesis, por lo mismo que se

busca la relación con las tomas de postura que corresponden para alcanzar su entendimiento.

El control del Estado se asume en diferentes dimensiones, interesa por ello que la comprensión del control sobre las actividades entre particulares con la intervención del sector médico, requieran ser reguladas; este es el caso de la maternidad subrogada que de acuerdo a la observación de la doctrina que justifica su presencia en razón de la satisfacción de intereses individuales inalienables; por lo mismo, que resulta de carácter urgente y necesario la incorporación de pautas que generen control de dicha actividad, para evitar los conflictos que en la actualidad se asumen con respuestas que no se ajustan ni al derecho ni a los intereses de los ciudadanos.

El límite de la vida ¿Cuándo comienza la vida humana? Atentado al derecho a la vida producido por el descarte de óvulos fecundados. Existe la duda de cuándo debe comprenderse a la concepción para que se asume al embrión como sujeto de derecho, por lo mismo que desde la perspectiva del derecho la duda siempre va a llevar a favorecer al más vulnerable por lo mismo que se protegerá la promesa de vida del embrión.

¿Se puede decir que el acuerdo de gestar el óvulo fecundado constituye un contrato cuyo incumplimiento acarrea consecuencias civiles y penales?

La circunstancia de la celebración de un contrato de este tipo, no se puede hacer encajar en el ámbito civil, puesto que no alcanza a cubrir un tipo especial de contratación, pese a que la manifestación de la voluntad se constituye al igual que la contraprestación y la entrega del bien, ello en razón de que no existe ninguna regulación específica.

Luego para que este tipo de circunstancias generen una sanción penal requerirá previamente de la existencia de aquello que se explica cómo ausente en el párrafo anterior; sin embargo en el desarrollo de estas actividades que surten sus efectos casi en la clandestinidad jurídica, pueden desencadenar circunstancias de abuso de derecho, como el caso de la imposición a una mujer para que sea la portadora del óvulo fecundado en contra de su voluntad, lo cual se podría llevar al plano del esclavismo, sólo en ese sentido se podría abstraer dicha circunstancia al marco de protección del delito de trata de personas; en razón de lo cual se ha podido establecer la validez de esta variable indicando que:

**La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas depende de la práctica dentro del ámbito de la comercialización.**

5.2.2. Respecto a la Variable dependiente: La bioética de los derechos fundamentales.

Tal cual se ha señalado en el campo de la variable independiente, en esta otra que representa el efecto que se produce luego de la ejecución de la anterior, corresponde verificar si realmente cumple la funcionalidad de control sobre el aspecto bioético de los derechos fundamentales respecto a la posibilidad de controlar las acciones ilícitas que se desprenden de la maternidad subrogada.

Según lo referenciado respecto a la necesidad de incorporar al delito de maternidad subrogada en el ámbito del tipo penal de trata de personas, se advierte como una circunstancia posible toda vez que la intención de proteger la dignidad del nuevo ser, es la justificante que permite reconocer las acciones que se desarrollan en el contexto de la maternidad subrogada y que van en contra de los lineamientos de la



bioética; por cuyas consideraciones se establece la validación de esta variable, de la siguiente manera:

**La bioética de los derechos fundamentales es un elemento de control de la actividad médica.**

### **5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

Luego de haber obtenido el sentido más cercano a la validación de las variables de acuerdo a los resultados obtenidos mediante el análisis de la legislación y la posibilidad jurídica que implica la incorporación de la maternidad subrogada como parte del tipo de trata de personas, se ha tenido como resultado en función a las validaciones de las variables, una determinación final que muestra el resultado de la tesis en una nueva hipótesis.

#### Hipótesis conclusiva:

**La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas depende de la práctica dentro del ámbito de la comercialización; entonces, para ello servirá la bioética de los derechos fundamentales como un elemento de control de dicha actividad médica.**

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	
HIPOTESIS INICIAL	HIPOTESIS CONCLUSIVA
Si, se considera la concepción de la maternidad subrogada como trata de personas; entonces, su tipificación en base a la bioética de los derechos fundamentales, no resulta apropiada	La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas depende de la práctica dentro del ámbito de la comercialización; entonces, para ello servirá la bioética de los derechos fundamentales como un elemento de control de dicha actividad médica.

## CONCLUSIONES

### Primera

Se ha logrado determinar respecto a la justificación jurídica de la maternidad subrogada en función a la doctrina que contempla al control del Estado sobre las actividades entre particulares con la intervención del sector médico, requieran ser reguladas; este es el caso de la maternidad subrogada que de acuerdo a la observación de la doctrina que justifica su presencia en razón de la satisfacción de intereses individuales inalienables; por lo mismo, que resulta de carácter urgente y necesario la incorporación de pautas que generen control de dicha actividad, para evitar los conflictos que en la actualidad se asumen con respuestas que no se ajustan ni al derecho ni a los intereses de los ciudadanos.

### Segunda

Se ha llegado a la conclusión de que para poder argumentar la sanción para la maternidad subrogada se debe atender primero su contemplación como un contrato, lo cual no se puede hacer encajar en el ámbito civil, puesto que no alcanza a cubrir un tipo especial de contratación, pese a que la manifestación de la voluntad se constituye al igual que la contraprestación y la entrega del bien, ello en razón de que no existe ninguna regulación específica. Luego para que este tipo de circunstancias generen una sanción penal requerirá previamente de la existencia de aquello que se explica cómo ausente en el párrafo anterior; sin embargo en el desarrollo de estas actividades que surten sus efectos casi en la clandestinidad jurídica, pueden desencadenar circunstancias de abuso de derecho, como el caso de la imposición a una mujer para que sea la portadora del óvulo fecundado en contra de su voluntad, lo

cual se podría llevar al plano del esclavismo, sólo en ese sentido se podría abstraer dicha circunstancia al marco de protección del delito de trata de personas.

### Tercera

Se ha podido establecer que sobre la práctica de la maternidad subrogada en contra de la bioética y los derechos fundamentales, en la realidad nacional se presentan de manera constante las prácticas de este tipo de actividades, bajo el manto que ofrecen las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, denotado por la existencia de clínicas especializadas en fertilidad que ofrecen este tipo de servicio, en el cual sin duda alguna se presentan casos específicos relacionados con la maternidad subrogada en función a la imposibilidad de la madre para poder gestar el embrión fecundado por una cuestión biológica, por lo mismo que se advierte como necesidad de urgente atención de parte del derecho a fin de evitar este tipo de conflictos.

### Cuarta

Según lo referenciado respecto a la necesidad de incorporar al delito de maternidad subrogada en el ámbito del tipo penal de trata de personas, se advierte como una circunstancia posible toda vez que la intención de proteger la dignidad del nuevo ser, es la justificante que permite reconocer las acciones que se desarrollan en el contexto de la maternidad subrogada y que van en contra de los lineamientos de la bioética.

## **RECOMENDACIONES**

### **Primera**

Se recomienda la elaboración de un proyecto de ley para incorporar a la maternidad subrogada en el delito de trata de personas, a fin de controlar la posibilidad de comercialización del producto que se obtiene de la maternidad subrogada, protegiendo con ello no sólo el derecho a la dignidad de los menores nacidos por esta técnica, sino también a las mujeres que pudieran ser captadas para tal fin.

### **Segunda**

Se sugiere, como una cuestión alternativa y necesaria a fin de evitar las controversias jurídicas que se ven en la actualidad, debería modificarse el artículo 7 de la Ley General de Salud, a fin de que se reconozca de forma puntual los límites de la práctica clínica respecto a la maternidad subrogada; en base a lo cual se podrán generar los protocolos médicos necesarios para el debido procedimiento médico de la maternidad subrogada, quizá como una ley especial a fin de prevenir la vulneración de los derechos fundamentales de las personas intervinientes.

## Bibliografía

- Aebioetica.org. (2016). Conclusiones de la Jornada Anual de AEBI. *Cuadernos de Bioética* (págs. 141- 143). Madrid: Aebioetica.org. Obtenido de [http://aebioetica.org/archivos/Book\\_2.pdf](http://aebioetica.org/archivos/Book_2.pdf)
- Baffone, C. (2013). La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín mexinacno de Derecho Comparado*, 46, 441-470. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711396#sect0055>
- Beorlegui Loperena, A. (2016). *La Maternidad Subrogada en España*. España: Academica-E. Unvarra. Obtenido de <http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>
- Canessa Vilcahuamán, R. H. (2008). *Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil Peruana*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Obtenido de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/192>.
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. *Iust et Praxis*, XIV(1), 13-48. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>
- Casanova, M. P. (1989). *Ser Mujer, la Formación de la Identidad Femenina*. México: Editorial. Universidad Autónoma Metropolitana.

- Concepción Pastor, L., & Carbonell Paredes, A. (2019). *Aspecto jurídicos del vientre de alquiler, Perú, 2019*. Universidad peruana de las Américas. Obtenido de <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/bitstream/handle/upa/828/VIENTRE%20DE%20ALQUILER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Corte Rios, A. (2015). *Análisis relativo a la trata de personas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 28 de 05 de 2017
- Deal Aguila Tuesta, R. (2009). *Maternidad Subrogada y sus Efectos Jurídicos*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Delgado Martínez, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el derecho civil y derecho constitucional*. Universidad de Piura. Obtenido de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER\\_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Estrada Mora, H. (2015). *Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*. Area de Servicios de Investigación del Congreso de la República del Perú. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/\\$FILE/265\\_INFINVES71\\_2014\\_2015\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)
- García Capilla, D., & Cayuela Sánchez, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de Filosofía*, XLV(1), 27-46. Obtenido de <https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/download/57976/4564456553076/>

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014).

*Metodología de la investigación*. México DF, México: McGraw Hill Education. Recuperado el 1 de Agosto de 2020, de [http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf?fbclid=IwAR1p\\_1JfzQCv9f62FSOEyewxuCqtlqzOvSmNKhdZGDAvduoZjKvgLZjsKmw](http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf?fbclid=IwAR1p_1JfzQCv9f62FSOEyewxuCqtlqzOvSmNKhdZGDAvduoZjKvgLZjsKmw)

Lacadena Calero, J. R. (2000). Embriones Humanos y Cultivos de Tejidos: Reflexiones Científicas, éticas y Jurídicas. *Revista de Derecho y Genoma Humano de la Universidad Complutense*, 21.

Lacadena, J. R. (2000). El Embrión Humano: Reflexiones Científicas y Éticas en el año 2000. *Familia, Tecnología y Derecho*, 43.

Lander, E. (1992). *La Ciencia y la Tecnología*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad.

Manayalle Manay, J., & Hannanel Cassaro, C. (2013). *La Necesidad de regulación de la ovodonación*. Pimentel-Chiclayo: Universidad Señor de Sipán. Obtenido de <http://docplayer.es/6749107-Facultad-de-derechoescuelaprofesional-de-derecho-tesis-la-necesidad-de-regulacion-de-la%20ovodonacion-en-la-legislacion-peruana.html>

Mendez Baigetz, V. (2006). Las Relaciones entre Bioética y Derecho. *Revista de Bioética y Derecho*.

Muñoz Herrera, Á. P. (2009). *Descripción del Fenómeno de la Trata de Personas en Colombia, y su impacto en las Mujeres con una Mirada Tridimensional: Globalización, Derechos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.



Obtenido de  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/7631/tesis218.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Otzen, T., & Manterola, C. (2017). Técnicas de muestreo sobre la población a estudio. *Int. J. Morphol.*, 227-232. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v35n1/art37.pdf>

Perú21. (2 de setiembre de 2018). Dictan 12 meses de prisión preventiva para chilenos acusados por presunta trata de personas. *Perú21*. Obtenido de <https://peru21.pe/lima/dictan-12-meses-prision-preventiva-ciudadanos-chilenos-acusados-presunta-trata-personas-video-nndc-425263-noticia/>

Rubio Correa, M. (1996). *Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio: Reproducción Humana y Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial.

Rubio Correa, M. (2014). *Nulidad y Anulabilidad. La Invalidez del Acto Jurídico*. Lima: PUCP.

Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica* (cuarta ed.). México DF, México: Limusa Noriega Editores. Recuperado el 1 de Agosto de 2020, de <https://clea.edu.mx/biblioteca/Tamayo%20Mario%20-%20El%20Proceso%20De%20La%20Investigacion%20Cientifica.pdf?fbclid=IwAR3FINRbNU6PTTilwFCwxW5keOvGzFUAGpiXGdfAGHR4AjjbyIGIVOkKl8>

Ugalde Binda, N., & Balbastre Benavet, F. (2013). Investigación Cuantitativa e Investigación Cualitativa: Buscando las ventajas de las diferencias metodológicas de Investigación. *Revista UCR. AC. CR.*, 179-187 .

Recuperado el 2 de Agosto de 2020, de  
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/12730>

Universidad de Navarra. Madrid-España. (2000). *Diccionario de Medicina-Fcultad de Medicina*. Madrid: Editorial Siglo XXI.

Velez Fernandez, G. (2004). *El Delito de trata en el Peru: Un problema de seguridad ciudadana*. Lima. Obtenido de  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/5B3E2774B4DC5E7E052576630060B1E7/\\$FILE/PERU\\_DELITO\\_DE\\_TRATA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/5B3E2774B4DC5E7E052576630060B1E7/$FILE/PERU_DELITO_DE_TRATA.pdf)

Wagmaister, A. (1990). Maternidad Subrogada. *Derecho y Familia*, 22.

Walpole, R., & Myers, R. (1966). *Probabilidad y estadística* (Cuarta ed.). México: McGraw\_Hill.

## **ANEXOS**

### **1. Cuestionario de encuesta aplicada a 50 operadores jurídicos.**



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



## **TESIS**

### **“LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TRATA DE PERSONAS Y LA CONCEPCIÓN BIOÉTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”**

#### **CUESTIONARIO DE ENCUESTA**

Es grato dirigirnos a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de los cuestionamientos que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica que realizamos.

#### **I. Variable independiente: La concepción de la maternidad subrogada como trata de personas**

1. La maternidad subrogada se comprende como un tipo de contrato mediante el cual una mujer cede en uso su vientre para la gestación de un embarazo originado con células reproductivas de otras personas.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
2. La ausencia de regulación expresa para la maternidad subrogada no justifica que su práctica se considere como trata de personas, porque no se consolida la lesión del bien jurídico protegido en este tipo penal.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
3. La comprensión de un caso particular que compromete a padres como agentes del delito de trata de personas por ser parte de la comercialización del vientre de otra mujer, constituye una agravante en ese delito porque altera las buenas costumbres y la naturaleza de la humanidad.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.

**II. Variable dependiente: La bioética de los derechos fundamentales.**

4. La bioética es una disciplina que abarca conocimientos médicos y filosóficos, que incorpora un contexto crítico sobre la moral que se entiende forma parte del contexto de las reglas en la ciencia jurídica como son los derechos fundamentales.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
5. La política pública de salud no ha sido lo suficientemente eficiente para generar un corolario jurídico que permita establecer el control social de las actividades científicas que se han ido incorporando al quehacer humano, cuyo tratamiento resulta inapropiado con reglas que controlan en base a los derechos fundamentales desde una perspectiva netamente moral.
  - a. De acuerdo
  - b. En desacuerdo
  - c. No opina.
  
6. La incorporación de reglas más específicas sobre la maternidad subrogada debe ir acompañada de los alcances de la bioética a fin de alcanzar un control social acompañado de la postura filosófica de la

bioética que incorpora tintes morales de la actividad médica, para evitar confusiones innecesarias con el tipo de trata de personas

- a. De acuerdo
- b. En desacuerdo
- c. No opina.

[https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSfYf2Pm5Y1ul1Oo2yG5-YWO8WUls2CkjEEAmJCyLmPcPvRqCQ/viewform?usp=sf\\_link](https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSfYf2Pm5Y1ul1Oo2yG5-YWO8WUls2CkjEEAmJCyLmPcPvRqCQ/viewform?usp=sf_link)

## **2. Proyecto de Ley**

“PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA A LA MATERNIDAD SUBROGADA ANTIBIOÉTICA EN EL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”

La Bachiller en Derecho que suscribe ZENIA PRISCILA UGAZ DE LA PIEDRA, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

“PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA A LA MATERNIDAD SUBROGADA ANTIBIOÉTICA EN EL TIPO PENAL DE TRATA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”

### **I. FÓRMULA LEGAL**

#### **Artículo 1°. - Objeto de Ley**

La presente Ley tiene por objeto incorporar en el tipo penal de trata de personas del código penal peruano, las acciones que se desprende de la técnica de maternidad subrogada que se desarrollen fuera de los lineamientos de la bioética a fin de salvaguardar los intereses de integridad y dignidad de los seres concebidos mediante este proceso clínico.

#### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

ÚNICA. - Deróguense o déjense sin efecto las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

## II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 2.1. ASPECTOS GENERALES

El proyecto de ley que se propone al Congreso se origina en la intención de asegurar el bienestar de los nuevos seres concebidos mediante la técnica de maternidad subrogada, por lo mismo que la intención tiene que ver con la polémica social que se ha creado respecto a que tan permisible jurídicamente ha de ser el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de la maternidad subrogada, en ese sentido uno de los aspectos o ejes temáticos que esta investigación aborda, propenderá al aporte de una posible solución a esta disyuntiva jurídico social, realmente es útil social y jurídicamente.

Luego de la observación de la justificación social, en base a ella se aprecia otra de corte legislativo, puesto que el desarrollo de la crítica social jurídica tendrá como resultado el hecho de que se encuentra en la realidad una ausencia o vacío jurídico para este tipo de acto médico que se orienta a solucionar problemas de infertilidad a través de técnicas que la ciencia aporta para tal fin; lo cual desde un primerísimo punto de observación que se relaciona con el hecho de que el derecho tiene que evolucionar a la par con el desarrollo de la ciencia y de la humanidad, en razón a ello si se encontraría justificada la propuesta de crear reglas que hablen de dicha permisibilidad respecto a esta técnica.

El interés de esta ley surge a raíz de un acontecimiento en el cual se involucraron a dos personas que en su calidad de pareja intentaron salir del país con un menor recién nacido producto de un embarazo subrogado, cuya detención fue bajo la justificación de la comisión del delito de trata de personas, lo cual se considera un error que obedece a una principal circunstancia, la ausencia de



regulación adecuada en el ordenamiento jurídico sobre la forma en que se ha de tratar este tipo de acciones médicas; básicamente esta circunstancia de la necesidad de establecer criterios no se enfoca como un asunto de esclarecer la calificación de la maternidad subrogada como trata de personas, sino más bien como es que la acción de maternidad subrogada tiene que ser regulada no sólo para su concreción como acción médica sino también para permitir establecer las condiciones jurídicas civiles y desde luego los efectos penales que el incumplimiento de dichas reglas generarían.

Es precisamente sobre ese aspecto que se ubica la importancia de la incorporación de las acciones que superan los límites de la bioética respecto a la técnica de maternidad subrogada, puesto que se ha orientado en el ámbito penal, por lo cual lo que se pretenderá es que se desarrolle la penalización de la incorrecta acción respecto a la maternidad subrogada que no se ejecuta bajo las condiciones adecuadas, las mismas que se han de diseñar en base a las pautas de la bioética y la criminología.

## MARCO JURÍDICO

### CÓDIGO PENAL

#### Artículo 153.- Trata de personas

El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o 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.

Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, o su comercialización como producto de la maternidad subrogada, 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.

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.

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.

El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la pena prevista para el autor.

### 2.3. PROBLEMÁTICA EXISTENTE

Como parte de la política pública que le corresponde al Estado, se encuentra esta intención de proyecto de ley, que se orienta a la seguridad que le corresponde a los menores nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada, así pues la realidad evidenciada respecto a que los últimos acontecimientos que se han desarrollado en nuestro país sobre la forma en que se tratan las acciones que corresponden a la práctica de la maternidad subrogada, llaman la atención en tanto se busca perseguir dicha acción desarrollada por una pareja de extranjeros quienes

pretendieron salir del país con dos recién nacidos que siendo hijos del esposo y no de la mujer, terminan siendo imputados por el delito de trata de personas.

Esto se ha podido corroborar y se ventiló en los medios nacionales e internacionales, así pues se toma como referencia lo señalado en la prensa señalando que “La jueza de la corte superior del Callao, dictó 12 meses de prisión preventiva para los esposos de nacionalidad chilena, Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48), quienes fueron acusados por presunta trata de personas” (Perú21, 2018); conforme se puede apreciar es real la existencia de dicha percepción que conlleva a la contemplación de actos que siendo de maternidad subrogada se traducen en trata de personas.

Tal percepción es la que motiva la presente investigación con el afán de encontrar lineamientos jurídicos y sociales que permitan establecer con exactitud la forma en que se debería tratar a la maternidad subrogada, verificando la posibilidad de establecerlo como un tipo penal o delimitar su efectividad en tanto corresponda a la protección de los derechos fundamentales de los menores al derecho a la identidad; todo ello visto desde la perspectiva de la bioética que pretende dar un enfoque filosófico al problema.

De otro lado es importante el reconocimiento del problema desde la perspectiva de la regulación de la maternidad subrogada que se plantea en la mayoría de las investigaciones desde el punto de vista civil, puesto que se pretende colegir bajo las reglas de los contratos, lo cual según la investigadora Delgado (2019) quien bajo el título de Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional, llega a opinar que: “Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación

de esta técnica” (p. 91); de acuerdo a ello se puede decir que este tipo de relaciones pseudo contractuales no contemplan el aspecto que se refiere a la posibilidad de la lesividad que acarrea sobre la dignidad que corresponde incluso a todas las partes de este tipo de intervención, e incluso con especial énfasis en la mujer que se ocupa de gestar al niño, lo que según esta inclinación temática puede considerarse como la necesidad de establecer un tipo penal o indicar alguno ya existente para que contenga este tipo de acciones ilícitas.

Lo que se puede apreciar es que existe una situación en la realidad nacional que se está produciendo sin que se genere la intervención del Estado para ejercer el control que le corresponde, cuando menos en tanto a lo que se refiere a la aplicación de sanciones para las actividades que salen del marco de la legalidad, que aun cuando no exista una regulación para el caso específico de la maternidad subrogada en el ámbito civil en tanto contrato, este tipo de acciones de todos modos se producen en la realidad, lo cual conlleva a que se promuevan actos que salen del marco de la legalidad, que deben ser sancionados.

La razón por la que se llega a este nivel es porque las acciones que se debieron tomar en el ámbito civil no se han producido, en tanto ello sucede, lo que corresponde es acudir al campo del derecho penal para poder solventar este tipo de actos que resultan lesivos, tal cual lo señala el principio de mínima intervención, tal cual lo señala el investigador Carnevalí (2008), quien bajo el título de Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional, en el cual afirma sobre el carácter de última ratio que: “(...) el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas- formales e informales (...)”.

(pp. 13-14)

Conforme se puede apreciar el hecho de que las acciones que se han tomado en otras áreas distintas al Derecho Penal y que se supone tienen bajo su responsabilidad paliar este tipo de problemas, no lo han hecho; entonces, le corresponderá al Derecho Penal acudir con su intervención, superando el límite descrito anteriormente, con el fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica que se supone debe ser el marcador de las acciones del Estado para con los ciudadanos, a través de la generación de políticas públicas de control.

#### 2.4. PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

Según lo referenciado respecto a la necesidad de incorporar al delito de maternidad subrogada en el ámbito del tipo penal de trata de personas, se advierte como una circunstancia posible toda vez que la intención de proteger la dignidad del nuevo ser, es la justificante que permite reconocer las acciones que se desarrollan en el contexto de la maternidad subrogada y que van en contra de los lineamientos de la bioética.

.

### III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Se pretende con esta regla incorporar la garantía que asiste a los nuevos seres que se conciben bajo la técnica de maternidad subrogada ante la ausencia de regulación, que se limita a su contemplación en la Ley General de Salud, por lo mismo que tal circunstancia genera la posibilidad de que se realicen dichos actos sin el mayor control, produciéndose actos de tráfico de menores que se puede considerar como la vulneración a la dignidad que les corresponde como seres humanos desde el momento de la concepción.

En ese sentido el efecto principal es la protección de la dignidad como bien jurídico de los menores nacidos mediante esta técnica de maternidad subrogada que no cumplan con los lineamientos de la bioética que controla las cuestiones médicas o clínicas que se orientan a la concepción y no a la comercialización de personas.

#### IV. CONCORDANCIA CON EL ACUERDO NACIONAL 2016-2021

Existe concordancia con el citado acuerdo nacional, toda vez que coincide con las políticas criminales que se construyen en base a los objetivos trazados para garantizar la seguridad ciudadana y justicia nacional, que se deberán ejecutar con respecto a la constitucionalización del proceso penal, para lo cual se asegura el cumplimiento de las garantías de la dignidad de la persona.

#### V. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de ley no ocasiona gastos al Estado, debido a que no generará un presupuesto adicional a ninguna entidad.