Proyecto de Ley N°...6818/2023-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

GRUPO PARLAMENTARIO RENOVACIÓN POPULAR

"Año del Bicentenario, de la Consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
17 ENE. 2024
RECIBIDO
Hora: 09:50

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 129-Q y 129-R EN EL CODIGO PENAL PARA INCORPORAR EL DELITO DE VENTA DE NIÑOS Y SUS AGRAVANTES

Los congresistas de la República, integrantes del **GRUPO PARLAMENTARIO RENOVACIÓN POPULAR,** por iniciativa de la congresista **MARÍA DE LOS MILAGROS JACKELINE JÁUREGUI MARTÍNEZ DE AGUAYO**, en ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado y de conformidad con lo establecido en los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presentan la siguiente propuesta legislativa:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 129-Q y 129-R EN EL CODIGO PENAL PARA INCORPORAR EL DELITO DE VENTA DE NIÑOS Y SUS AGRAVANTES

Artículo 1.- Objeto de la Ley
La presente Ley tiene por objeto tipificar el delito de venta de niños con el fin de sancionar con pena privativa de libertad al sujeto activo que **realice cualquier acto o transacción mediante el cual un niño es transferido a otra persona a cambio de dinero o beneficio de cualquier índole, y delimitar las agravantes de este delito.**

Artículo 2.- Incorpórese el Capítulo III: Venta de niños al Título I-A: Delitos contra la dignidad humana y los artículos 129-Q y 129-R al Código Penal
Incorpórese el Capítulo III: Adopción Irregular al Título I-A: Delitos contra la dignidad humana y los artículos 129-Q y 129-R al Código Penal, de acuerdo con el siguiente texto:

"Título I-A: Delitos contra la dignidad humana

[...]

Capítulo III: Venta de niños

Artículo 129-Q.- Venta de niños

1. **El que realice cualquier acto o transacción mediante el cual un niño es transferido a otra persona o grupo de personas a cambio de dinero promesa dineraria o cualquier otro tipo de contraprestación o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.**

2. **Estará exenta de responsabilidad la madre que bajo coacción o sea víctima de trata de personas, incurra en los supuestos del inciso 1 del presente artículo, salvo que acredite su participación en la venta de niños, en cuyo caso será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 25 años.**

3. **El que con fines de trata de personas o venta de niños, implementa locales para la crianza y posterior comercialización será reprimido con pena de cadena perpetua.**

4. **El funcionario público, profesional de educación o de la salud, director o encargado de institución o establecimiento público o privado que, en el ejercicio de sus funciones o aprovechando el cargo que ejerce, facilite el delito de venta de niños, es reprimido con la misma pena prevista para el autor prevista en el inciso 1 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.**

5. **El agente que facilite la alteración de la identidad de un niño o adolescente en el ejercicio de sus funciones o aprovechando el cargo que ejerce, es reprimido con la misma pena prevista en el inciso 1 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.**

Artículo 129-R.- Formas agravadas de la venta de niños
La pena será no menor de veinticinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:

1. **Existe pluralidad de víctimas.**

2. **El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.**

3. **El agente es parte de una organización criminal.**

4. **El hecho es cometido por dos o más personas.**

5. **Se produzca la muerte, lesiones graves o se ponga en inminente peligro la vida y seguridad de la víctima.**

6. **La victima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.**

7. **El hecho es cometido para alguno de estos fines:**

   a. **Explotación sexual y pornografía infantil**
   b. **Venta de órganos o tejidos somáticos**
   c. **Trabajo forzoso y explotación laboral**
   d. **Adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos aplicables en materia de adopción.**
   e. **Cualquier forma de explotación infantil**

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Repatriación de víctimas

Las víctimas del delito previsto en el artículo 129-Q del Código Penal, que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, tendrán derecho a presentar una solicitud de autorización de una residencia temporal por un periodo mínimo de seis meses, durante los cuales podrán decidir ejercer acciones penales o civiles o iniciar los trámites para regularizar su situación legal para residencia.

En ningún caso podrá decretarse la repatriación de las víctimas que soliciten autorización de residencia por existir grave peligro para su integridad física o psíquica resultante de las circunstancias en que se ha cometido el delito en su país de origen.

Lima, 5 de enero de 2024.

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: JAUREGUI MARTINEZ DE AGUAYO Maria De Los Milagros Jackeline FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 12:57:11-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MONTOYA MANRIQUE Jorge Carlos FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 12:49:55-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MONTOYA MANRIQUE Jorge Carlos FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 12:50:09-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: PADILLA ROMERO Javier Rommel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 13:50:51-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ECHAIZ DE NUÑEZ IZAGA Gladys Margot FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 14:50:23-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MUÑANTE BARRIOS Alejandro FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 15:05:12-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CICCIA VASQUEZ Miguel Angel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 15:59:59-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CUETO ASERVI Jose Ernesto FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/01/2024 15:25:54-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **17** de **enero** de **2024**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° **6818/2023-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de

1. JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTACION

Regulación internacional sobre adopciones ilegales y la trata de niños

A nivel internacional, en el año 1993 se establece el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional la misma que protege a los niños, niñas y adolescentes y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales o irregulares. El cumplimiento de las garantías que establece el Convenio, pretende que los Estados contratantes, prevengan la sustracción, venta y tráfico de niños, y sancionen severamente tales delitos.

De manera complementaria, la Convención sobre los Derechos del Niño[1] y su Protocolo Facultativo sobre Venta de Niños[2], exigen que los Estados Parte tipifiquen como delitos en sus legislaciones el ofrecer, entregar o aceptar un niño con fines de explotación sexual, lucro de sus órganos y trabajo forzoso, así como **la intermediación indebida para obtener el consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales sobre adopción** (el resaltado es nuestro).

En los países de Alemania, Brasil y Francia, se ha tipificado el delito de trata de niños, niñas y adolescentes con fines de adopción, pero su configuración varía. Si bien todas estas legislaciones prevén penas de prisión y multa, estas aumentan ante circunstancias agravantes como la concurrencia de lucro, participación de un funcionario público, asociación ilícita, aprovechamiento de relaciones con la víctima/padres y salida del menor del país, entre otros.

Al respecto, es importante hacer referencia a la legislación comparada, destacando a Francia, donde se aprecia que las penas para el delito de trata de niños, niñas y adolescentes son muy superiores a las establecidas en el contexto de adopción.

En el caso de Chile, la Ley N° 20.507 del año 2011, incorporó el delito de trata de personas al Código Penal, estableciendo una protección especial a favor de las víctimas menores de edad, además, su tipo penal no exige la concurrencia de medios coercitivos para la configuración del delito.

Asimismo, la Ley N° 19.620, Ley de adopción de menores del año 1999 de Chile, tipifica figuras delictivas que pueden darse en el marco de la adopción de niños, niñas y adolescentes relacionadas con el tráfico de niños y la intermediación con fines de lucro, que se sancionan con penas inferiores a las que se contemplan para el delito de trata de personas.

No obstante, Chile en el año 2015, promulgó la Ley N° 20.507 que incorpora el delito de trata de personas, el Comité de Derechos del Niño recomendó a dicho país tipificar expresamente el delito de venta de niños.

---

[1] Suscrito el 20 de noviembre de 1989.
[2] Suscrito el 25 de mayo de 2000.

Por ello, mediante Boletín N° 9119-18 se reforma integralmente el sistema de adopción en Chile, donde se sanciona con mayor severidad los ilícitos que se cometan en el marco de la adopción de un niño, niña o adolescente, en especial en relación a acciones vinculadas a su comercialización.

Al respecto, la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de las Naciones Unidas, Maud de Boer-Buquicchio, ha señalado que, "*desde el punto de vista conceptual, la venta y la trata de niños, aunque similares, son delitos diferentes, pero los estados tienden a identificarlos*"[3].

Por otro lado, para el abogado especialista en derechos de la infancia David M. Smolin, *"los conceptos de "trata/tráfico" y "venta" de niños estarían en una relación de género a especie, ya que la trata generalmente se refiere a la compra y venta de niños. Aunque el término tendría mayor aplicación cuando la venta del niño implica que este es transportado a una distancia significativa, particularmente a través de alguna frontera, cualquier venta debería ser suficiente para calificarla como una forma de trata. Por lo tanto, la venta de un niño sería una forma de trata de niños".*[4]

Por ello, resulta importante analizar la regulación que existe a nivel internacional respecto a las adopciones irregulares y la venta de niños.

A nivel internacional el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas. Este Convenio, que opera a través de un sistema de Autoridades Centrales, refuerza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su artículo 21.

Asimismo, el artículo 1 literal b) de la Convención, establece sus objetivos, entre los que está instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto a las garantías de los niños en cuanto a su adopción que *"en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños"*.

También, establece prohibiciones y obligaciones a quienes intervienen en los procesos de adopción. Así, el artículo 32 prohíbe obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional. De la misma manera, dispone que solo podrá reclamarse y pagar costos y gastos razonables de las personas que han intervenido en la adopción; y los directores, administradores y empleados de los organismos que intervengan en la adopción, no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.

---

[3] Naciones Unidas, Asamblea General. UN, AG (2017:3). "Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía". Consejo de Derechos Biblioteca del Congreso Nacional de Chile | Asesoría Técnica Parlamentaria 18 Humanos 34° período de sesiones 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. Disponible en: http://bcn.cl/2cu9a (enero, 2020)

[4] Smolin, David M. (2010:287). Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption: The Future and Past of Intercountry Adoption. University of Louisville Law Review. Vol. 48, p. 441-498. Disponible en: http://bcn.cl/2cu9f (enero, 2020).

Sin embargo, dicho artículo no establece las consecuencias de su incumplimiento, ya que no impide directamente *"el secuestro, la venta y el tráfico de niños"*, sino sería de manera indirecta. Solo habría una expectativa de que el cumplimiento de las normas de la Convención evite tales abusos, pero el sistema en sí no cuenta con medidas de responsabilidad y solo aborda aspectos civiles.

En el mismo sentido, la Guía de Buenas Prácticas para la implementación del Convenio de La Haya sobre Adopción, señala *que "todos estos actos (la sustracción, la venta o el tráfico de niños) constituyen delitos y cada Estado contratante debe garantizar que sus leyes penales impongan sanciones severas para los mismos. El sistema judicial debe garantizar que los autores sean detenidos y juzgados"*[5].

Además, el trabajo de preparación de la citada Convención indica que ella no estaría diseñada para abordar las respuestas del derecho penal a estas prácticas. A lo sumo, facilita la denuncia de delitos penales a las autoridades correspondientes. En ese sentido, la Convención se basaría en el supuesto de que otros medios complementarios a ella abordarán las respuestas apropiadas de la ley penal a tales prácticas ilícitas.

Es por ello que, el Protocolo Opcional sobre la venta de niños, adoptado siete años después que la Convención de La Haya sobre Adopción, respondería a esta necesidad, al exigir específicamente a las partes contratantes que aborden, en su derecho penal, ciertas formas que sancionen la compra de niños con fines de adopción.

Por otra parte, en los trabajos preparatorios del señalado Convenio sobre Adopción, se reconoció que *"la demanda de niños por parte de las naciones industrializadas y la disponibilidad de muchos niños sin hogar en las naciones en vías de desarrollo, (...), ha conducido a prácticas de tráfico internacional de niños con fines de adopción en el exterior, o bajo la apariencia de una adopción, para otros propósitos, usualmente ilegales"*.[6]

Pero, la Guía de Buenas Prácticas hace énfasis en que, aunque el tráfico de niños podría conducir a una adopción ilegal, la sustracción o venta de un niño con fines de adopción podría tratarse de un hecho aislado. Para que tal sustracción o venta sea considerada como tráfico de niños para la adopción, es probable que esta sea efectuada como una operación organizada y sistemática.

Por su parte, la Relatora Especial de Naciones Unidas, Maud de Boer-Buquicchio, en su informe temático sobre adopciones ilegales del año 2017, presentado durante la 34ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, destacó la gran variedad de actos ilegales y prácticas ilícitas que se han cometido, y se siguen cometiendo, en el contexto de los procesos de adopción nacional e internacional, para lo cual sugiere *"soluciones concretas para prevenir y combatir el fenómeno"*.

En ese sentido, las Naciones Unidas recalcaron que *"las adopciones ilegales violan múltiples normas y principios de los derechos del niño, incluidos el interés superior del niño, el principio de subsidiariedad y la prohibición de obtención de ganancias económicas indebidas. Estos principios son violados cuando el propósito de una adopción es encontrar un hijo para padres adoptivos en lugar de una familia para el hijo"*.

---

[5] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008:párr.74)
[6] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2008:párr.73).

Asimismo, afirma que, "*las adopciones resultantes de delitos como el secuestro, venta y tráfico de niños, el fraude en la declaración de adoptabilidad, la falsificación de documentos oficiales o la coerción, y cualquier otra actividad o práctica ilícita, como la falta de consentimiento de los padres biológicos, la obtención de ganancias económicas indebidas por parte de intermediarios y la corrupción asociada a estas, constituyen adopciones ilegales y deben prohibirse, penalizarse y sancionarse como tales*".[7]

Al respecto, el sistema de Naciones Unidas incluye un conjunto de instrumentos internacionales destinados a prevenir y combatir la trata de personas en general, y en particular, la trata de niños y niñas.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece el marco general sobre la materia en dos artículos, el artículo 21 y 35.

En el artículo 21 literal d), se obliga a los Estados Partes que reconozcan o permitan el sistema de adopción, a tener como consideración primordial el interés superior del niño y a adoptar "*todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella*".

Este artículo obliga a los Estados a garantizar que la adopción de un niño esté autorizada solo por los funcionarios competentes que determinan, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que la adopción es permisible en vista del estado del niño en relación con los padres, familiares y tutores legales y que, si son requeridas, las personas interesadas han dado su consentimiento informado para la adopción, fundado en la asesoría que sea necesaria.

Además, con respecto a las adopciones internacionales, el mismo artículo establece el principio de subsidiariedad y la prohibición de ganancias financieras indebidas para aquellos involucrados en el proceso de adopción. También establece que el mismo nivel de salvaguardas y estándares para las adopciones nacionales se aplica en el contexto de las adopciones internacionales.

Luego, en el artículo 35, se dispone que los *"Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".*

Complementariamente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía , exige en su artículo 3.1 que: "**Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se señalan queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente"** (el resaltado es nuestro); debiendo los Estados, regular las sanciones penales para la venta de niños, contemplando a quienes ofrezcan, entreguen o acepten por cualquier medio, a un niño para los siguientes fines: a) Explotación sexual del niño;

[7] 15 Según el art. 32 del Convenio de La Haya de 1993, "solo se podrán exigir y pagar los costos y gastos reales, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que hayan intervenido en la adopción. Además, los directores, administradores y empleados de los organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir una remuneración desproporcionada en relación a los servicios prestados" (NU, AG. 2017:6).

b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño; y, c) Trabajo forzoso del niño; y d) a aquel que induzca indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.

Por su parte, la relatora de Naciones Unidas señala que esta disposición del Protocolo Facultativo, contendría ejemplos no exhaustivos de actos o actividades que constituyen venta de niños con fines de adopción que deben ser penalizados por los Estados Parte.

Por otro lado, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), siendo un instrumento específico en materia de trata de personas, nada señala en forma específica en materia de adopción.

Así, el artículo 3 literal a), define la trata de personas como:

> *"La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación".*

Al respecto, la explotación que señala el artículo citado precedentemente incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Sin embargo, se especifica en el mismo artículo que la trata de personas existe cuando los elementos "transferencia y explotación", están presentes, incluso no habiendo medios ilícitos como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.

Por ello, corresponde analizar, a efectos de dar viabilidad a la propuesta del tipo penal que se propone con el presente proyecto de ley, si una adopción irregular o ilegal puede constituir venta o trata de niños.

Al respecto, en una opinión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos[8] en la causa Ramírez Brothers and Family vs. Guatemala, sobre adopción, se señala que, de acuerdo a la definición del Protocolo de Palermo, la trata de personas tiene tres elementos:

1. Un acto: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas,

2. Un medio: la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la

[8] SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2018. CASO RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS VS. GUATEMALA. Opinión de la Relatora Especial Maud De Boer-Buquicchio

concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra), y

3. Un propósito: con fines de explotación.

Sin embargo, se señala que cuando las víctimas son niños, de acuerdo con el artículo 3 literal c) del mismo Protocolo, la trata solo tendría dos elementos obligatorios: un acto y un propósito, pues debido a su vulnerabilidad particular, los medios utilizados para realizar el acto de trata se considerarían irrelevantes.

Además, aunque el Protocolo de Palermo requiere el elemento de "propósito de explotación" para que exista la trata, no define el término "explotación". En cambio, proporciona una lista no exhaustiva de ciertas formas de explotación que abarca el término, de donde se infiere que otras formas también pueden constituir explotación.

Asimismo, la cuestión de la adopción como forma de explotación, no mencionada en el Protocolo de Palermo, se aborda explícitamente en los Tratados Preparatorios del mismo, donde se señala que:

> *"Cuando la adopción ilegal equivale a una práctica similar a la esclavitud como se define en el artículo 1 literal d), de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, también entrará en el ámbito del protocolo".*

Dicho artículo de la Convención Suplementaria mencionada anteriormente, incluye entre las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, cualquier institución o práctica mediante la cual un niño es entregado por sus padres o tutores a otra persona, *"con el fin de la explotación del niño o joven o de su trabajo".*

Por lo tanto, los Tratados Preparatorios indicarían que la adopción cumple el propósito del requisito de explotación cuando se trata de una práctica similar a la esclavitud. Esto también sugiere que, cuando existe la intención de explotar al niño, la adopción ilegal puede equivaler a la trata de niños.

Incluso, algunos académicos habrían argumentado que la obtención de niños de manera ilícita para fines de adopción puede ser explotadora, ya que la capacidad del niño y la necesidad de amar y vincular se utiliza como parte de un proceso ilícito, mediante el cual se hace que el niño se una emocionalmente a extraños en lugar de los padres y familia originales de este. Esto constituiría una explotación profunda del carácter, la vulnerabilidad y las necesidades inherentes de desarrollo de los niños[9].

Este último argumento es rebatido por Smolin, quien afirma que, en los términos del Protocolo de Palermo, la adopción, en sí misma, no parece ser un propósito de explotación. La definición de trata de personas del artículo 3 literal a) pareciera

[9] Naciones Unidas, Asamblea General. UN, AG (2017:6). "Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía". Consejo de Derechos Biblioteca del Congreso Nacional de Chile | Asesoría Técnica Parlamentaria 18 Humanos 34° período de sesiones 27 de febrero a 24 de marzo de 2017. Disponible en: http://bcn.cl/2cu9a (enero, 2020).

considerar que una transferencia ilícita de un ser humano es insuficiente en sí misma para constituir trata.[10]

Asimismo, el mismo autor concluye que la venta de niños implicaría dos elementos: 1) la transferencia de un niño; y, 2) alguna forma de remuneración, es decir, una transacción, siendo el propósito de la transferencia irrelevante.

Así, en el contexto de las adopciones, la comisión de actos o actividades en violación de las normas y estándares internacionales aplicables –como el principio del interés superior del niño, la prohibición de obtener ganancias económicas inadecuadas y el principio de subsidiariedad-, conducirían a adopciones ilegales y también podría constituir venta de niños.

Finalmente, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés), afirma que la adopción ilegal puede ser una forma de trata de personas, enfatizando la naturaleza "abierta" de la lista de prácticas de explotación del Protocolo de Palermo y reconoce que pueden identificarse propósitos de explotación nuevos o adicionales en el futuro.

La OHCHR considera que, según el "entendimiento jurídico internacional" de la trata, la gama de prácticas potencialmente explotadoras vinculadas a la trata es muy amplia. Del mismo modo, UNICEF ha caracterizado la adopción ilícita como una forma de trata, haciendo hincapié en la amplitud de la definición de "explotación".

Problema social

El paradigma social caracterizado por el individualismo conduce a los individuos a querer hacer realidad, a toda costa, su sueño de paternidad o maternidad, lo que es aprovechado por los intermediarios que, deseando enriquecerse, no dudan en someter a las mujeres, en muchos casos migrantes en situación de vulnerabilidad, a toda clase de explotaciones, muchas de ellas caracterizadas como supuestos de trata de personas por el Protocolo de Palermo.

En ese sentido, la maternidad que se logra a través de "la compra de un niño" comparte con la adopción ilegal algunos rasgos, porque no garantiza el respeto al interés del menor, por la situación de vulnerabilidad de la madre gestante y por existir una retribución que bien puede considerarse una forma de venta del niño.

Al respecto, es considerable que la utilización y explotación de las mujeres, niñas y niñas como mercancía va adoptando diversas caras en nuestra sociedad, aunque debe reconocerse que numerosas instituciones y organizaciones internacionales desde hace tiempo vienen preocupándose por esta realidad, como lo son las Naciones Unidas, la OIT, la Unión Europea, la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre otras.

Estas organizaciones han ido dotando de un extenso marco normativo internacional de protección de la infancia, que reconoce derechos a la niñez y se ha ido concientizando

[10] Smolin, David M. (2010:298). Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption: The Future and Past of Intercountry Adoption. University of Louisville Law Review. Vol. 48, p. 441-498. Disponible en: http://bcn.cl/2cu9f (enero, 2020).

a la sociedad sobre la necesidad de considerar a la infancia, adolescencia y juventud como sujetos de derechos.

Sin embargo, todas estas normas sobre derechos de la infancia y prevención de las situaciones de explotación de menores no son suficientes para erradicar las violaciones de derechos humanos de que son víctimas las niñas y los niños y sus madres.

En ese sentido, el egoísmo y la ambición, conlleva en algunos casos, a pretender elevar los deseos y caprichos del yo individual a la categoría de derechos, sin importar si para ello se conculcan los derechos de las otras personas o si se abusa de su situación de vulnerabilidad.

La desidia, respecto a la situación de explotación que sufren las mujeres y los menores se debe, en parte, a la creencia de que con ello se hace un favor a la persona explotada; o a la convicción social de que la infertilidad o esterilidad suponen una carencia inaceptable para las personas, lo que lleva a cerrar los ojos ante la posible explotación que sufren "las otras"; explotación, que es vista como una externalidad inevitable para conseguir la plenitud del yo individual.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la capacitación de estas mujeres, promueve una premisa falaz del consentimiento libre e informado prestado por ellas, a quienes se les supone el ejercicio de su libertad individual y del libre desarrollo de su personalidad.

El consentimiento no es libre cuando la mujer no tiene otra opción real para salir de la pobreza, o si no decide ella, sino su cónyuge o un tercero que pudiera condicionarla. No puede afirmarse que la mujer presta un consentimiento informado, cuando nadie la previene de las consecuencias.

En ese sentido, es pertinente señalar, que la venta de niños, cumple los requisitos previstos en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo para ser considerada como uno de los fines de la trata, ya que: 1) se realiza un acto (captación de la mujer para que entregue a su hijo a través de los procesos de rastreo o con anuncios en internet u otras formas), 2) acude a un medio (pago o abuso de la situación de vulnerabilidad de la mujer); y, 3) su finalidad es la explotación (de las funciones reproductivas de la mujer).

Por otro lado, igualmente puede ser vista como forma de trata en relación con los niños nacidos mediante la contratación o captación a una mujer para que geste, pues estos niños resultan mercantilizados, cosificados, lo que constituye una práctica análoga a la esclavitud, tal y como se menciona en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud del 7 de septiembre de 1956.

Al respecto, el art. 1 literal d) de dicha Convención, señala que **es una práctica análoga a la esclavitud toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (el resaltado es nuestro)**.

Aunque dicho artículo no define a qué tipo de explotación es sometido el menor, bien podría considerarse que se abusa de la vulnerabilidad del niño o la niña y se atenta

contra su dignidad. De este modo, la mercantilización o venta del menor es una forma de esclavitud moderna o de práctica análoga a la esclavitud.

Asimismo, si advertimos la definición de esclavitud que proporciona el art. 1 de la Convención sobre la Esclavitud que precisa que *"la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos"*, vemos que la cosificación del menor conduce a no atribuirle su condición de sujeto, sino a considerarlo un objeto que se puede comprar y cuya personalidad es anulada, al quedar privado de su identidad.

Por tanto, si admitimos el "consentimiento" en la entrega de un recién nacido por parte de la madre vulnerable, esto no es otra cosa que la venta de un menor, para transferirlo a otra u otras personas, renunciando la madre su maternidad para cederla a terceros, por tanto, el niño o la niña nacido de esta práctica estaría sometido a una forma de esclavitud, pues resulta cosificado y se le priva de su identidad, al ser falseada su filiación materna y al ser privado de ella.

En el mismo sentido, la Guía 1 de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre la puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, ha definido la adopción ilegal como *"aquella que resulte de abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños"*.

Al respecto, existen una serie de principios que es necesario considerar para evitar la adopción ilegal, los mismos que se encuentran plasmados en instrumentos jurídicos internacionales tales como la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, la Convención sobre los derechos del niño, el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, o la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, entre otros instrumentos normativos.

En ese sentido, tenemos en primer lugar que, **la adopción debe ir en interés del menor**. Este se convierte en el principio superior y en la consideración primordial a atender, de modo que impregna todas las actuaciones a realizar en torno a la adopción de niños.

En particular, de este principio se desprende el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto a la interna, así como el derecho del menor a conocer sus orígenes. Cuestión distinta es si el interés del menor debe ser el criterio exclusivo a tener en cuenta, despreciando todos los demás implicados en la relación.[11]

En segundo lugar, **la prohibición de obtener beneficios financieros indebidos por la adopción está vinculada a la necesidad de prevenir la venta y la trata de menores para cualquier fin o en cualquier forma**.

[11] García Rubio, 2020, 14-49.

Según el art. 2 literal a) del Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por venta hay que entender *"todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución"*. Además, entre las formas de venta para fines sexuales y no sexuales, el art. 3 literal a) numeral 1 acápite ii) del mencionado Protocolo incluye la adopción ilegal.

El tercer principio básico en materia de adopción, es que **se requiere que el consentimiento prestado por quienes deban darlo sea libre y consciente**[12], para prevenir la venta y trata de menores, y este consentimiento debe darse frente a las autoridades correspondientes.

En cuarto lugar, **la adopción debe realizarse respetando la legalidad, lo que facilitará la eficacia extraterritorial de las adopciones**, y, en particular, el reconocimiento de las adopciones certificadas conforme al Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

El reconocimiento de la adopción válidamente constituida ante la autoridad pertinente permite hacer valer en otros Estados la filiación legalmente establecida, lo que es una exigencia del derecho a la identidad de los menores, y forma parte de su derecho a la vida privada, tal y como viene reconocido en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

De lo mencionado anteriormente, podemos concluir que las adopciones ilegales no responden al interés de los niños, vulneran el derecho a su identidad y dignidad, porque falsean y alteran su filiación y los priva de la filiación que les corresponde. Por eso, cabe afirmar que las adopciones ilegales son una forma de trata de menores, tal y como se define en el Protocolo de Palermo.

En la definición de trata que ofrece el Protocolo, encaja perfectamente la trata cuando es la finalidad de la adopción ilegal, es decir, cuando se adopta al menor para someterlo a alguna de las formas de explotación mencionadas expresamente en el art. 3 literal a[13]), porque reúne todos los requisitos previstos en dicho precepto (se capta a un menor para someterlo a una de las formas de explotación mencionadas en el art. 3 literal a) del Protocolo, sin que sea necesario recurrir a los medios enumerados en dicho precepto). Y es que la adopción ilegal favorece y propicia la trata con fines de explotación, la sustracción y la venta de menores.

En ese sentido, las adopciones ilegales resultan de transacciones económicas que se realizan para eludir los procedimientos legales y garantistas de los derechos de los niños y de las niñas entregados en adopción; no se respetan los cauces legales y son una forma rápida de saltarse la ley, previo pago de una cantidad de dinero.

En este tipo de adopciones no hay garantía de que los consentimientos de los progenitores del niño o de la niña, si existen y deben consentir, se hayan obtenido sin

[12] Art. 4 de la Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional
[13] Trata de niños referidos a la explotación sexual, laboral, para el tráfico de órganos, servidumbre, etc.

haber recibido "una compensación económica" a cambio, lo que implicaría una alteración ilegal de la filiación del menor.

También es característico de las adopciones ilegales el pago para agilizar los trámites, o para seleccionar a un bebé frente a otro que hubiera sido designado idóneo para la familia adoptante.

Todo ello implica una mercantilización, una compra del bebé. **A través de las adopciones ilegales los niños y niñas entregados en adopción son reducidos a mercancías, al ser comprados y vendidos, privando, de este modo, a los y las menores de su dignidad, al convertirlos en objetos y no en sujetos de derechos.**

No obstante, sería deseable que se reformara el Protocolo de Palermo y se incluyera, expresamente, la adopción ilegal entre las formas de explotación típicas de la trata o, mejor aún, entre los actos constitutivos de la trata.

II. PROPUESTA NORMATIVA

La propuesta normativa, nace en virtud a que en el marco de la semana de representación la congresista Milagros Jauregui de Aguayo, realizó una visita a la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Trata de Personas de Cusco, dirigida por la Fiscal Andrónika Zans, quien informó que desde la fiscalía realizan acciones de abordaje integral de lucha contra la trata de personas, no solo mediante la persecución del delito, sino además, a través de un eje preventivo y efectuando campañas para sensibilizar a la población.

En dicha reunión, la fiscal mencionó que el delito de trata de personas es complejo por ser de tendencia interna, trascendente y continuada, es decir, se trata de un delito de naturaleza compleja y presenta problemas dentro de su interpretación en la jurisprudencia peruana.

Estos problemas obligan al autor a estudiar la delimitación del bien jurídico protegido detrás de este delito, el consentimiento de menores de edad, el análisis de la relación de dominio que antecede o es provocada por el agresor sobre la víctima y el enfoque probatorio; por lo que, el plazo para realizar las investigaciones que actualmente es de 48 horas, propone, debería ampliarse a 15 días, para otorgar la oportunidad a los fiscales a efectuar las diligencias correspondientes.

Por otro lado, la fiscal destacó que en Cusco **existen numerosos casos de trata con fines de esclavitud como la venta de niños y adopción irregular, sin embargo, en las normas vigentes no se establece un concepto de venta de niños,** por ende, dicho vacío debería ser interpretado en concordancia con la Constitución del Perú y el derecho internacional público, a través de tratados internacionales ratificados, como la Convención de los Derechos del Niño.

En dicho contexto, la Fiscal trasladó su preocupación por lo señalado en la Casación N° 1765-2021-Cusco, de Sala Penal Permanente, la cual, (según la fiscal), determina que la trata de personas por venta de niños con fines de adopción irregular no es delito de trata *per se*, por tanto, cree que, si se tiene en cuenta dicha casación la mujer que compra un niño con fines de generar un vínculo filiar irregular, podría quedar en libertad.

Es por ello, que la presente propuesta normativa busca desarrollar en nuestro ordenamiento legal el tipo penal de la venta de niños y sus agravantes, conforme a los tratados internacionales que el Perú ha ratificado.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa de Ley no se contrapone a ningún dispositivo normativo de nuestro ordenamiento jurídico; puesto que, solo incorpora los artículos 129-Q y 129-R referentes al delito de venta de niños y sus agravantes respectivamente, con el fin de sancionar con pena privativa de libertad al sujeto activo que ofrezca, intermedie, entregue o acepte a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución o beneficio a un niño, y delimitar las agravantes de este delito.

Además, en la disposición complementaria final se prevé la repatriación de víctimas que hayan adquirido la mayoría de edad y que no sean nacionales o residentes permanentes en el país, tendrán derecho a presentar una solicitud de autorización de una residencia temporal por un periodo mínimo de seis meses, durante los cuales podrán decidir ejercer acciones penales o civiles o iniciar los trámites para regularizar su situación legal para residencia.

MARCO LEGAL

- Constitución Política del Perú, cuyo artículo 4 señala que la comunidad y el Estado protegen especial ente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.
- Reglamento del Congreso de la República, cuyo artículo 22°, literal c) precisa el derecho que tiene todo congresista a presentar proposiciones de ley.
- Decreto Legislativo 1578 – Código Penal

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa, busca regular en nuestra normativa el tipo penal de la venta de niños y sus agravantes conforme a los tratados internacionales que el Perú ha ratificado, en atención al interés superior del niño, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 76, inciso 2, literal a del Reglamento del Congreso de la República; es decir, no crea ni representa un aumento de gasto público.

Adicionalmente, el presente proyecto tiene como población objetiva beneficiaria a los niños, niñas y adolescentes, quienes por su vulnerabilidad propia de la edad, pueden ser comercializados, además su identidad pueda ser falseada con fines de ser adoptados irregularmente, cuyos derechos a la dignidad e identidad se ven afectados principalmente por redes de trata de personas, por ello, se requiere de un tipo penal especifico, a fin de resguardar dichos derechos los cuales deben ser tutelados prioritariamente por el Estado peruano, en observancias de nuestro marco Constitucional y en virtud de las obligaciones asumidas por el Estado en los tratados internacionales de Derechos Humanos y Derechos de los Niños y Adolescentes.

V. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa concuerda con la siguiente política de Estado:

- Segunda Política de Estado del Acuerdo Nacional: referida a el Desarrollo con Equidad y Justicia Social

16. Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud
Nos comprometemos a fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes.

Es política de Estado prevenir, sancionar y erradicar las diversas manifestaciones de violencia que se producen en las relaciones familiares.

Nos proponemos, asimismo, garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión.

Promoveremos espacios institucionales y entornos barriales que permitan la convivencia pacífica y la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales.

Con este objetivo el Estado:

(...)

(e) prevendrá todas las formas de violencia familiar, así como de maltrato y explotación contra niños, niñas y adolescentes, aportando a su erradicación.