

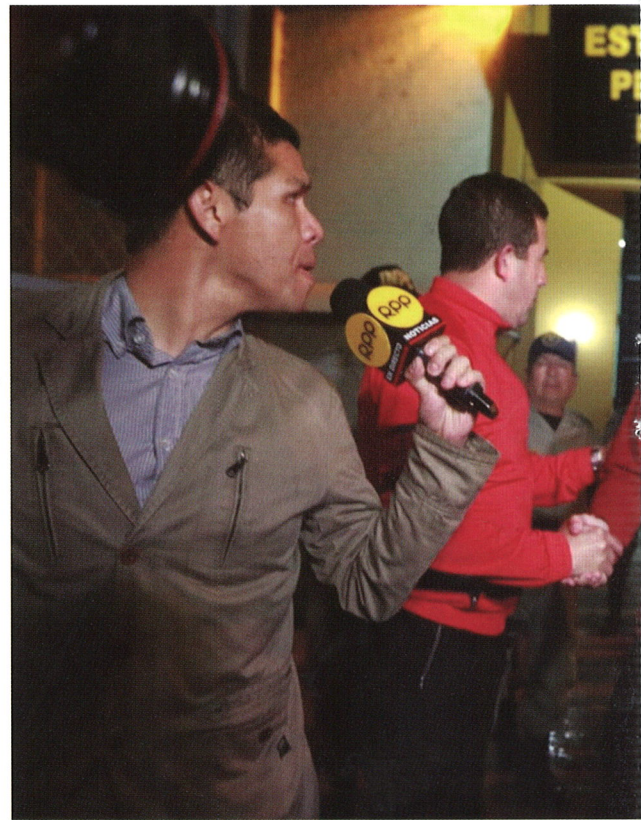
CASOS



En esta oportunidad nos complace presentar la entrevista al Dr. Luis Felipe Cortez Febres, quien es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Y Magister en Derecho Penal por la misma casa de estudios. Con 23 años de experiencia profesional exclusivamente dedicados a la defensa y consultoría en temas penales.

Útero Subrogado

el caso de los señores Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48), quienes por haber recurrido a la práctica del “*útero subrogado*”, fueron injustamente detenidos.



¿Considera usted que en nuestro país, teniendo ya más de una década de aplicación del nuevo sistema procesal penal, realmente los jueces aplican adecuadamente el test de proporcionalidad en la evaluación de los pedidos de prisión preventiva?

Para emitir una respuesta general sería necesario contrastar antes alguna base de datos que permita ver la realidad; sin embargo, es cierto que existe una percepción que la prisión preventiva se ha vuelto un requisito que debe solicitar u otorgar un magistrado, sea fiscal o juez, para evitar cualquier cuestionamiento a la forma en que lleva el proceso. Sobre ello, además, tenemos que existe la amenaza de abrir un proceso disciplinario si no se ha otorgado.

Dicho escenario se refleja en la aplicación de los subprincipios del test de proporcionalidad, cuya aplicación se ve reducida a una formalidad en lugar de un análisis sesudo de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la afectación de un derecho fundamental. Existe una tergiversación de la naturaleza de estos conceptos en varios pronunciamientos de la judicatura, muchos de los cuales recaen en casos mediáticos.



Nuestro delito de trata de personas en el Código Penal se encuentra lo suficientemente desarrollado para poder abarcar el amplio abanico de modalidades en los que este ilícito se puede cometer. El problema viene cuando se intenta calificar como delito trata de personas hechos que no lo configuran en lo absoluto.

¿Considera usted que en el caso concreto del pedido de prisión preventiva solicitado contra las personas de los señores Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48) existió una adecuada justificación de la proporcionalidad de la imposición de una medida como la prisión preventiva?

En el caso de Rosario y Jorge se emitió una resolución que inobservó cualquier criterio mínimo de motivación. Partiendo primero de la valoración de los presupuestos de la prisión preventiva, basta solamente revisar el pronunciamiento de la magistrada para notar que no analizó en los documentos presentados por la defensa, los cuales son lo suficientemente contundentes para demostrar que esta era una medida abiertamente desproporcional.

Como era de esperarse, al partir de premisas que excluyen los argumentos de la defensa, el test de proporcionalidad aplicado fue una mera formalidad que tampoco cumplió ningún requisito mínimo de correcta motivación.

¿Qué aspectos considera han sido los principales en los cuales habría existido una justificación inadecuada de la decisión de prisión preventiva que ahora sabemos ha sido dejada sin efecto por una instancia superior?

Creo que recaen especialmente en el plano valorativo. Los documentos que presentamos en audiencia demostraron la inexistencia de un interés de explotación o trata de menores, y, muy por el contrario, de lo que dieron cuenta es de una pareja de esposos que intentaron por mucho tiempo ser padres. Voluntad que data desde muchos años antes de recurrir al método de la ovodonación.

Y esto lo terminó reconociendo efectivamente la Sala Superior, principalmente en relación con la existencia de graves y fundados elementos de convicción, los cuales se establecieron sin haber requerido previamente la realización de la prueba de ADN. Resultó sumamente clarificador que para la audiencia de apelación se contara con la prueba determinante de la filiación de los menores.

...lo terminó reconociendo efectivamente la Sala Superior, principalmente en relación con la existencia de graves y fundados elementos de convicción, los cuales se establecieron sin haber requerido previamente la realización de la prueba de ADN. Resultó sumamente clarificador que para la audiencia de apelación se contara con la prueba determinante de la filiación de los menores.

Tal como lo expusimos en el recurso, la juzgadora ha realizado una interpretación por déficit probatorio al no contar con todos los elementos que permitan reconocer la gravedad de los elementos de convicción; en lugar de uno por alto grado de probabilidad o contar con todas las pruebas necesarias para determinar la certeza de los hechos.

¿Considera usted que en Perú tenemos una adecuada regulación respecto al delito de trata de personas?

Nuestro delito de trata de personas en el Código Penal se encuentra lo suficientemente desarrollado para poder abarcar el amplio abanico de modalidades en los que este ilícito se puede cometer. El problema viene cuando se intenta calificar como delito trata de personas hechos que no lo configuran en lo absoluto. Probablemente, lo ideal sería que se desarrolle una legislación específica respecto de las técnicas de reproducción asistida para evitar que vuelvan a ocurrir casos como este.

¿En el caso concreto de los señores Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48), considera usted que el hecho de haber recurrido a la práctica del "útero subrogado" debe ser considerado como un acto que deba ser tipificado como trata de personas?

Considero que no resiste ningún tipo de análisis serio considerar una técnica de reproducción asistida como una forma de trata de personas.

Para empezar, debemos partir del contexto en que se desarrollan las leyes. El artículo 7 de la Ley de Salud, que tanto alboroto ha generado, responde a la realidad del año 1997, en la que las técnicas de reproducción asistida recién estaban perfeccionándose, a ello sumémosle el inicio de su aplicación en nuestro país y el desarrollo de jurisprudencia. No obstante, en la actualidad las TERAS (técnicas de reproducción asistida) son una realidad a la que muchas mujeres y parejas acuden para lograr el sueño de tener un hijo.

Estamos ante un escenario en el que en el que la realidad ha dejado completamente desfasada a la legislación.,

Y esto no lo digo solo yo, principalmente lo reconoce la Corte Suprema.

¿El hecho de acordar una "compensación económica" en el contexto del presente caso es un acto permitido por nuestro ordenamiento jurídico? ¿Existen antecedentes al respecto en la jurisprudencia de la Corte Suprema?

La compensación económica del presente caso responde a factores muy específicos que no tienen absolutamente nada que ver con venta de menores.

La compensación económica tiene un amplio desarrollo en la jurisprudencia civil y laboral de la Corte Suprema, contando con algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, es cierto que su aplicación en casos



de maternidad subrogada no ha tenido la suficiente repercusión jurisprudencial, a pesar de sí haber sentencias que reconocen que esta técnica de reproducción asistida está completamente permitida.

Entonces, para poder analizar la naturaleza de la compensación económica en este caso, lo primero que debe tenerse presente es que la mujer gestante ve reducida su capacidad para producir ingresos, sumado a las complicaciones a la salud que un embarazo puede generar y que usualmente genera. Tenemos, además, los tratamientos, los medicamentos, los chequeos, el tiempo invertido, entre muchos otros factores que se traducen en un

Los documentos que presentamos en audiencia demostraron la inexistencia de un interés de explotación o trata de menores, y, muy por el contrario, de lo que dieron cuenta es de una pareja de esposos que intentaron por mucho tiempo ser padres. Voluntad que data desde muchos años antes de recurrir al método de la ovodonación.



perjuicio económico. Como se puede apreciar, estos criterios de interpretación están lo suficientemente alejados de cualquier idea de compra de niños. Desde luego, esperamos que con este caso se empiece a poner los ojos en la necesidad de sentar jurisprudencia al respecto.

¿En nuestro ordenamiento jurídico existe una regulación legal expresa de casos de "útero subrogado" o "vientre de alquiler" del cual podemos partir para analizar la licitud del presente caso? ¿Es necesaria tal regulación para la solución del presente caso?

Es interesante la pregunta que realiza, pero debo hacer una precisión técnica muy importante. A diferencia de un funcionario público, cuyas facultades deben estar comprendidas en una norma; la conducta de las personas no requiere una regulación expresa para poder realizarse, siempre que se fundamenten en la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad. En el caso del vientre subrogado, se debe partir de los principios generales del derecho y las libertades individuales. Ese es el nuestro marco interpretativo. Por otro lado, no todo escenario de la realidad necesita contar con un marco regulatorio para ser considerado lícito, pues una conducta solo puede ser considerada ilícita si ha sido establecida expresamente como tal por una

norma. Lo que no ocurre en el caso del vientre de alquiler.

Creo que, al ser un tema médico y técnico que ha dejado muy atrás en el tiempo nuestra actual legislación, sí es necesario emitir una regulación especial para evitar situaciones de injusticia como este caso.

¿De acuerdo a su experiencia profesional, ¿qué recomendación puede dar a las personas que, como los señores Rosario Madueño (46) y Jorge Tovar (48), tengan la necesidad de acudir a mecanismos similares de "útero subrogado" para evitar verse inmersos en problemas legales como los que han tenido que afrontar las mencionadas personas?.

Paradójicamente, para poder responder esta pregunta, es necesario tomar como ejemplo el caso de Jorge y Rosario; que es un escenario en el que no existe duda de su legalidad. Tenemos la existencia de tratamientos de fertilidad que datan desde ocho años atrás, dichos tratamientos han estado a cargo de reconocidos médicos especialistas en fertilidad y en las más prestigiosas clínicas de Chile y Lima; además, cuando se considera la opción del útero subrogado, se requiere la elaboración de informe legal de un destacado abogado especialista en la materia que reconoce la legalidad del procedimiento. Sumado a ello, todo el aspecto económico está debidamente sustentado.