

PRÓLOGO

Tengo el honor y la enorme satisfacción de haber sido invitada a realizar el prólogo de este libro, intitulado *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, editado por María Mercedes Albornoz, que aborda un tema que me apasiona.

La gestación por sustitución ha motivado mi investigación desde hace ya más de una década, y de todo lo que leí, en todo este tiempo de indagación y búsqueda de respuestas, en lo que hace a los aspectos de derecho internacional privado, este libro satisface todas las expectativas.

H. L. Mencken sostiene que “Para cada problema complejo existe una respuesta que es simple, pura y equivocada”. Pretender dar respuestas simples en materia de gestación por sustitución es buscar una respuesta equivocada, de allí que este libro indague profundamente en las cuestiones más difíciles que plantea la figura, como son, entre otras, los conflictos de la gestación por sustitución transfronteriza.

El libro es fruto de una ardua labor de coordinación y el resultado de reuniones y sumatorias de esfuerzos, en las que se involucró y fue sumando a diferentes personas de distintos países. Como se dice, se trata de una construcción colectiva, impulsada por Albornoz, quien ha realizado una descripción de esta obra en la introducción, que detalla sus partes y contenidos, por lo que en este prólogo me abocaré a destacar aquellos aspectos que entiendo cruciales hoy en un análisis de la gestación por sustitución, y que este libro analiza de manera pormenorizada.

El libro comprende un análisis legislativo, doctrinario y también jurisdiccional, realizando un estudio en profundidad y en modo comparativo de las diferentes legislaciones, así como de las decisiones judiciales adoptadas en la materia, dando cuenta de sus aciertos y desaciertos, y volviendo a destacar así la complejidad de la gestación por sustitución.

Esta obra también avanza en propuestas sumamente interesantes y útiles, que hace tiempo pregonamos, como el modelo que propone Ximena María Medellín, en el que la

...intervención estatal tenga por objeto primordial la garantía del libre ejercicio de los derechos de las personas involucradas en un proceso de gestación por sustitución, que debería establecer todo el diseño normativo, institucional

y de política pública necesario para asegurar que cada persona pueda participar en estos acuerdos de manera libre e informada... en el cual el reconocimiento de las disparidades sociales que pueden afectar el libre ejercicio de derechos sirva como base para diseñar las intervenciones estatales dirigidas y adecuadas que reviertan, atajen o mitiguen los riesgos, sin menoscabar el reconocimiento de la autonomía individual.

Se trata, además, de un libro valioso porque, aunque su foco está puesto principalmente en México y su realidad, en especial en sus partes tercera y cuarta —hay un capítulo sobre la regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano y otro sobre el derecho internacional privado mexicano aplicable a la misma, ambos elaborados con el enorme rigor científico de Rosa Elvira Vargas; también existe otro capítulo acerca de otras normas que inciden en la gestación por sustitución en México, escrito por Francisco López González, y hay un cuarto capítulo que aborda lo relacionado a la práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México, de María Virginia Aguilar—, lo cierto es que realiza un análisis exhaustivo y actualizado del derecho comparado y esto es fundamental en una materia que está constantemente evolucionando. En efecto, las posturas legislativas de los países varían y los panoramas internacionales se modifican con frecuencia.

Por tal motivo, la segunda parte de la obra cuenta con cinco capítulos. El primero analiza los Estados cuya legislación permite la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica, en el que Rosa Verónica Esparza analiza la situación de Georgia, Israel, Rusia, Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos de América. El segundo, los Estados cuya legislación la permite, sólo si es altruista, en el que la misma autora estudia la situación de los Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con un régimen uniforme y sólo se permite si es altruista —Reino Unido, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Portugal, Uruguay—; los Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con marcos diferentes en cada entidad federativa y sólo se permite si es altruista —Australia, Canadá, Estados Unidos de América (algunos estados)—, y los Estados que ya no permiten la gestación por sustitución onerosa y sólo admiten la altruista —India, Tailandia, Nepal, Camboya—. El tercero, los Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución, en el que Nuria González Martín analiza la situación de España, Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y algunos estados de los Estados Unidos de América. El cuarto, reservado a Estados cuya legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución, en el que Federico Notrica analiza la situación de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú. Una información

adicional de este apartado está en su capítulo final, en el que Cristina González Beilfuss se dedica a analizar profundamente la jurisprudencia del TEDH en la materia, que, en estos tiempos, deviene de un fundamental estudio, no sólo para tener en cuenta sus avances, sino también para criticar y aprender de sus retrocesos.

Otra razón por la que entiendo que este libro es indispensable —algo ya adelanté— es porque analiza con calidad y rigor técnico uno de los aspectos más complejos que encierra la gestación por sustitución y que, a su vez, es uno de los principales problemas que entiendo hoy aquejan a esa figura: los conflictos de derecho internacional privado ante la gestación por sustitución transfronteriza. Como sostiene Mercedes Albornoz:

...los conflictos de Derecho Internacional Privado en materia de gestación por sustitución se reducirían y sería más simple resolverlos si existiera un marco jurídico internacional uniforme para el tema o si, por lo menos, las legislaciones estatales estuvieran armonizadas. No obstante, aún no sucede ni lo uno ni lo otro. Esta situación plantea desafíos para los Estados y su población, especialmente para la comunidad jurídica y para las personas directamente involucradas en el empleo de diversas TRHA.

Este análisis está sustentado en la calidad de quien edita la obra y de las personas participantes que integran a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip), a cuyo grupo se le unieron referentes de otros países para ampliar la perspectiva y el abordaje.

A ello se le suma el valioso capítulo elaborado por Nieve Rubaja sobre la labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución. Este capítulo marca el futuro y, por haber sido Rubaja parte de estos trabajos, cuenta las discusiones desde adentro o, como se dice en mi país, “la cocina” de los avances en la temática.

Para finalizar, la parte culminante de este libro viene a ser su último capítulo, en el que se formula una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza para el derecho internacional privado mexicano y se le analiza y desmenuza, justificando cada supuesto. De esta manera, el libro no se queda en el análisis, sino que va a la acción, lo que multiplica su utilidad al proponer una regulación. Con ello sostiene la premisa que hace años defendemos, según la cual la mejor respuesta ante la gestación por sustitución es un marco legal que la contemple.

En un mundo como el de hoy, en el que las fronteras pueden ser “duras”, pero cada vez más cercanas, la gestación por sustitución se presenta como una alternativa para ejercer el derecho a formar una familia, cualesquiera que sean las legislaciones de los países, y esto genera serios con-

flictos. El turismo reproductivo es cada vez más frecuente y las tecnologías reproductivas, sumadas al deseo de maternidad y/o paternidad, hacen que las personas, muchas veces sin medir consecuencias o sin conocerlas, se embarquen en estos procesos, y el derecho debe responder porque, aunque no haya ley específica, éste siempre responde.

Este libro permite conocer la problemática, así como las opciones, no sólo para los juristas, sino también para aquellas personas que desean acudir a la gestación por sustitución. Así, esta obra muestra el abanico de posibilidades, poniendo sobre la mesa las dificultades e inconvenientes, así como los problemas que pueden presentarse. Pero no se queda allí, sino que brinda soluciones, proponiendo al respecto alternativas para que todo esto que genera problemas deje de existir. Y éste es, para mí, el mayor aporte: poner sobre la mesa, con claridad rotunda, que los problemas se presentan por la falta de marcos legales que comprendan todos los aspectos en juego. Sostener esto en un contexto complejo no es menor. Defender una regulación seria de la gestación por sustitución ante contextos muchas veces adversos deviene hoy indispensable.

Este libro fortalece mi convencimiento de que una debida regulación no implica sólo permitir la gestación por sustitución con todas sus consecuencias, sino también avanzar o retroceder en el reconocimiento de derechos, libertades, autonomías y cuerpos.

De los pronunciamientos internacionales adversos resulta cada vez más explícito y claro que, cuando se está defendiendo la admisión y regulación de la gestación por sustitución por parte del ordenamiento jurídico, las resistencias que esta posibilidad despierta tienen que ver con los roles y estereotipos de género que durante siglos se han ido construyendo en nuestra sociedad, y que el derecho también ha perpetuado y contribuido a configurar.

Tal como sostienen Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés:

La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida cuestionable por su relación con estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, así como por el mensaje que envía por parte del Estado acerca de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida privada, sino que ha probado ser inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes relacionados con la práctica. En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres y los niños nacidos de estos acuerdos, favorece su persecución y la aparición de nuevos patrones de abuso.

La gestación por sustitución contribuye a dismantelar estas construcciones, no sólo en cuanto a que rompe con el binario y sus derivaciones “clá-

sicas” —el derecho se construyó sobre la base de que quien daba a luz era la madre que había quedado embarazada por el padre y nada de esto sucede en un caso de gestación por sustitución—, sino también y en especial porque modifica radicalmente el rol y las asunciones hechas respecto de la maternidad, hasta el punto de que en muchos supuestos, incluso, la elimina: aunque una mujer geste y dé a luz, igualmente puede no haber madre, sino, por ejemplo, dos padres o un solo padre. Esto también nos lleva a cuestionarnos qué es, en definitiva, ser madre si ya no pasa por gestar, parir, cuidar o aportar óvulos, e incluso puede que ésta no exista, aunque alguien realice todo lo descrito de manera previa. Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales.

La gestación por sustitución es una muestra evidente y cada vez más frecuente de que aquello que entendíamos por maternidad ya no existe, y la caída de estos cimientos asustan y, por ende, generan resistencia. Cuestionar la maternidad “clásica” y entenderla sin roles posibles, predeterminados o genéricamente asumibles, es un quiebre antipatriarcal enorme si comprendemos que esa maternidad que se derrumba es la que ha facilitado la construcción y sostenimiento del patriarcado como sistema. De esta manera, la gestación por sustitución colabora en esas rupturas en pos de la libertad y la autonomía de las mujeres y personas gestantes.

De ahí que se tenga la necesidad más fuerte de regular la gestación por sustitución como un ejercicio de la autonomía reproductiva, con todos los efectos y aspectos pertinentes. Y esto es lo que con enorme solidez propone este libro.

Luis Villoro sostuvo:

...quien está preso en un estilo de pensar ideológico no tiene por qué aceptar que su creencia se deba a intereses particulares, porque él sólo ve razones. En realidad, si aceptara que su creencia es injustificada y sólo se sustenta en intereses, no podría menos que ponerla en duda. Por eso la crítica a la ideología no consiste en refutar las razones del ideólogo, sino en mostrar los intereses concretos que encubren.¹

Corramos el velo a la ideología, y leamos argumentación fundada. Ésta es mi invitación.

Eleonora LAMM

¹ Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, 18a. ed., México, Siglo XXI editores, 2008, pp. 110 y 111.