

LIBRO PRIMERO. TITULO PRIMERO.

LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA PERSONA POR NACER EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

PONENCIA. Adición de un inciso al artículo 101.

a) En el artículo 562, el Proyecto regula la gestación por sustitución en la cual, la filiación queda establecida entre el niño nacido y los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Luego establece los requisitos básicos para la homologación del convenio de consentimiento informado previo.

Si bien queda claro que la filiación, de reunirse los requisitos fijados por el artículo se establece con los comitentes, nada se dice sobre quien es el representante legal de la persona por nacer durante la gestación y hasta el nacimiento con vida.

Todo ello es relevante teniendo en cuenta el principio establecido en el artículo 19 que establece que el comienzo de la existencia de la persona humana se verifica con la concepción en el seno materno, o en caso de técnicas de reproducción asistida, análogo a este caso, con la implantación del embrión en la mujer.

A su vez el artículo 51 establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

b) Respecto de los incapaces, el artículo 100 establece que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí, y el artículo 101 enumera quienes son esos representantes :

- de las personas por nacer, sus padres.

- de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si éstos faltan o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe.

- de las personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud mental el curador que se les nombre.

NADA SE ESTABLECE EN EL CASO DE LA PERSONA POR NACER EN LA GESTACION POR SUSTITUCION.

Esto genera problemas de índole relativa a los derechos personalísimos y también patrimoniales, para el nasciturus. En efecto: Quien dispondría el adelantamiento o no del parto en caso de prescripción médica?, Quién administraría o controlaría durante el embarazo eventuales tratamientos médicos preparto?, Quién brindaría el consentimiento informado en tales casos?, Quién representaría a la persona por nacer en caso de amenazas o tentativas de daño contra su salud o su integridad física?

Desde lo patrimonial: Si recibiera un legado o una donación, quién la aceptaría o la rechazaría?, Si los comitentes mueren ambos antes del nacimiento, los heredaría? , y en tal caso quién aceptaría la herencia y administraría los bienes del sucesorio? Si fallece uno de los comitentes, quién representará a la persona por nacer en el sucesorio?

Podría aplicarse analógicamente el artículo 563?. Parecería que no pues se refiere a un caso distinto, que es la muerte del cónyuge o conviviente de la mujer que dá a luz, que no es este caso.

Por lo demás el establecimiento de la filiación es para el niño “nacido” , es decir luego del parto; y mi pregunta se relacionaba con la persona por nacer.

A mi juicio ha existido un olvido de los autores del anteproyecto, que genera una laguna en la ley.

Ante el vacío normativo necesariamente se tendría que designar un curador, pero tampoco está previsto en el proyecto.

A mi juicio correspondería ampliar el artículo 101 agregando un inciso que estableciera los siguiente: **En el caso de las personas por nacer, en la gestación por sustitución del artículo 562, sus representantes legales son los comitentes, si hubieren obtenido autorización judicial previa. De no haberse obtenido la misma, la representante legal será la gestante.**

Dejo constancia que habiendo planteado la cuestión en ámbitos académicos, se me respondió que, por vía de interpretación, regirían las reglas generales, y que como la filiación se establece con los comitentes, estos serían los representantes legales, y que en todo caso, en situación de conflicto, el Juez designará un curador ad-litem, y además rige la representación necesaria del asesor de menores.

Pero el establecimiento de la filiación es para el niño “nacido” , es decir luego del parto; y mi pregunta se relacionaba con la persona por nacer.

A mi juicio ha existido un olvido de los autores del anteproyecto, que genera una laguna en la ley, y que ocasionará que cada acto de disposición o de administración de la persona o bienes del nasciturus deba ser judicializado.

Entiendo que la existencia de un representación legal para la persona por nacer es trascendente, y hace al orden público. No parece adecuado dejar un vacío legislativo,

y obligar en todos los casos (sean de derechos personalísimos o patrimoniales del nasciturus) a la judicialización de las decisiones que a su respecto deban adoptarse durante el embarazo, y antes del parto.

Mario Alberto De Antoni
Asesor Diputado Luis Cigogna.