

PATERNIDAD DEL MENOR INDETERMINADA: INTERPRETACIÓN Y ALCANCE EN LA PROVINCIA

por Silvia N. Escobar¹

El artículo 255 del Código Civil dispone que “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

Ese dispositivo se aplica al caso de los hijos extramatrimoniales no reconocidos por el padre y cuando la maternidad haya quedado determinada por haberse reconocido al hijo espontáneamente, o por imposición legal.

La concepción y el espíritu que tuvo en cuenta el legislador al sancionar ese artículo fue que **la paternidad del menor no quede definitivamente indeterminada**; se trata de hacer efectivo, dentro de lo que la ley puede, el principio de igualdad en la responsabilidad paterna independientemente de que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio, ya que para la ley esto último es irrelevante.

Al Estado y a la sociedad debe importarle y mucho que todo menor tenga la certeza de su filiación, ya que de otro modo se estaría ante una de las formas más graves de discriminación al privarse al niño del derecho a su identidad. Por ello, inscripto un menor en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo de padre desconocido, el Oficial Público encargado del Registro debe comunicar el hecho al Ministerio Público de Menores o al Asesor de Menores (en la Provincia de Corrientes), el que citará a la madre al solo efecto de que suministre los datos fácticos que permitan individualizar a la persona que ella indique como presunto padre de su hijo. No puede

¹ Secretaría Relatora del Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Corrientes

pretenderse que solo con el dato de la maternidad que surge de la partida de nacimiento, el funcionario procure obtener el reconocimiento paterno; será necesario, que la madre aporte elementos suficientes como para identificar y citar al progenitor de su hijo. Si bien la madre no tiene obligación legal alguna de revelar información o de aportar datos tendientes a determinar la paternidad extramatrimonial del presunto padre; se interpreta que si así no fuere, resultaría invadida su esfera de intimidad y libertad.

Distintas pueden ser las circunstancias que motiven la renuencia de la madre a presentarse al Ministerio Público de Menores o a la Defensoría General, tal como sentirse íntimamente violentada, o tratarse de una relación que ella prefiera sepultar en el olvido, o por ignorancia, o por carencia de recursos económicos, entre otros. Si la madre comparece ante la citación del Asesor de Menores y de sus dichos se desprende que no puede o no quiere identificar al progenitor de su hijo, corresponde el archivo de las actuaciones sin más trámite, quedando expedita al hijo la vía del art. 254 segunda parte del Código Civil para reclamar la paternidad extramatrimonial, al alcanzar la mayoría de edad.

En cambio, si la madre suministra datos suficientes del presunto padre, el Ministerio Público de Menores intentará inicialmente el reconocimiento del hijo mediante gestiones extrajudiciales. Si éstas fracasaran quedará legitimado para promover la correspondiente acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial, a condición de que la progenitora preste su conformidad expresa, ya que la decisión materna prevalece sobre toda investigación de oficio que pueda realizar el Estado.

Lo expuesto lleva a la conclusión que el art. 255 del Código Civil, no determina un procedimiento a seguir en todos los supuestos en que se persiga la determinación de la paternidad extramatrimonial, ya que es una norma de excepción que autoriza al Ministerio de Menores, a procurar esa paternidad, con la conformidad expresa de la madre.

Al respecto, D'Antonio sostiene que la intervención de los funcionarios del Ministerio Público debe ser interpretada con amplitud y, en caso de duda, se estará a la procedencia de su intervención. Se ha decidido judicialmente que el derecho de la madre a prestar o no el consentimiento no puede ejercerse de manera caprichosa, dándolo y luego denegándolo a su arbitrio. Doctrinariamente cabe preguntarse si, no

obstante el desistimiento de la madre, el Ministerio Público de Menores puede proseguir la acción.

Para un sector, hoy minoritario, la respuesta es negativa porque el Ministerio Público de Menores no puede ejercer una acción independiente del consentimiento materno y debe priorizarse siempre el carácter voluntario que caracteriza a la actuación judicial. No obstante, en las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en agosto de 1986, se aprobó la siguiente recomendación: “La conformidad de la madre solo es necesaria para que el Ministerio Público de Menores promueva la acción judicial de reclamación de la paternidad. El desistimiento posterior de la acción por la madre no paraliza la acción, la que será continuada por el Ministerio Público de Menores”.

También en las III Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (septiembre de 1986), el despacho en minoría recomendó que en la acción del art. 255 del Código Civil, iniciada por el Ministerio Público de Menores, la madre no es necesariamente parte del proceso. La revocación de la conformidad inicial es inocua y el funcionario continuará la actividad procesal. También en las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, y Procesal realizadas en Junín (octubre de 1986) el despacho mayoritario recomendó la obligatoriedad para el Ministerio promover la acción que prevé el art. 255 cuando la madre presta su conformidad expresa. No obstante su desistimiento posterior, el Ministerio Público debe continuarla.

En el X Encuentro Nacional de la Justicia de Menores, llevado a cabo en Trelew (noviembre de 1990) se aprobó una ponencia en el mismo sentido sobre la imposibilidad de que una vez promovida la demanda, el posterior desistimiento de la madre, obliga al desistimiento del representante del Ministerio de Menores cuando es éste el que lleva la acción. Según Zannoni, podría sostenerse, al menos en el ámbito de la Capital Federal, que no obstante el desistimiento de la madre, el Ministerio Público de Menores está habilitado para proseguir la acción ya que en virtud de lo establecido en el art. 137 de la ley 1893 (texto según decr. Ley 5286/57), al asesor de menores e incapaces corresponde intervenir en los asuntos judiciales que interesen a la persona o bienes de los menores de edad, “sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces”. De tal suerte, se sostendría que no obstante el desistimiento de la madre,

el asesor de menores continuaría la acción directamente ejerciendo la representación del actor.

Me parece que esta posición yerra al presuponer que el Ministerio Público ejerce una acción independiente del consentimiento que, según la ley de fondo, debe pervivir en la madre. El desistimiento de ésta, en tanto ejerce la patria potestad de su hijo, importa la falta de consentimiento para el futuro, a proseguir la acción de reclamación de la filiación paterna. Continúa el eximio jurista mendocino diciendo que es cierto que el desistimiento puede, en algún caso, encubrir una negociación repudiable a los intereses del menor –el hijo–; pero no es menos cierto que puede, también, deberse a razones de índole personal, íntima que aconsejen no proseguir la causa. Frente a ello, afirma, debe privar el carácter voluntario que, desde el inicio posee la actuación judicial.

En mi opinión, con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la República Argentina mediante ley 23.849, se han zanjado las diferencias y si la madre dio el consentimiento para ejercer la acción y después lo deniega en forma caprichosa, el Ministerio Público de Menores puede continuar la acción en virtud de lo que establecen los arts. 7º y 8º del citado instrumento jurídico que rezan textualmente: Art. 7º: 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño, resultara de otro modo apátrida. Art. 8º: 1.- Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.