



## Consideraciones sobre la indagación de la paternidad extramatrimonial a cargo del Ministerio Público de Menores

*Por Juan Sebastián De Stefano*

Abogado. Consejero, Coordinador del Plan Estratégico Trienal, Presidente de la Comisión de Incorporación de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### I INTRODUCCIÓN.

Entre las importantes modificaciones que la ley 23.264 ha introducido en el derecho positivo argentino merece destacarse la norma contenida en el nuevo artículo 225 que, conjugada con el artículo 242, apunta a que el vínculo biológico emergente del hecho humano de la procreación tenga su adecuada correlación con el vínculo jurídico que de él debe emerger. Esta legislación apunta a que cada padre biológico asuma las responsabilidades, deberes y derechos que por su condición de tal la ley le asigna, remediando de esta manera la situación de la gran cantidad de niños que sólo tienen maternidad acreditada ante la irresponsabilidad del autor del embarazo, que una vez producido el mismo se desentiende de la suerte del hijo propio<sup>1</sup>.

Se procura respetar lo que es un ideal ético y jurídico, o sea la plena concordancia entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico<sup>2</sup>.

Establece la norma 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."

## II CITACIÓN POR EL ASESOR DE MENORES A LA MADRE.

Si bien en el proyecto aprobado por la Comisión del Senado la redacción original del artículo 255 establecía tal citación<sup>3</sup> y aun cuando en la redacción final se suprimió esta exigencia, resulta evidente que, salvo que el asesor opte por actuar a ciegas tal citación es insoslayable.

No queda otra alternativa, aun cuando la ley guarde silencio al respecto, que la citación a la madre para hacer efectiva aplicación del propósito final querido por la ley.

## III LIBERTAD ABSOLUTA DE LA MADRE PARA COMPARECER O NO ANTE LA CITACIÓN.

En el debate parlamentario se sostuvo que el texto proyectado invadía en forma indebida la esfera de la intimidad; que debía respetarse el derecho de la madre a reservar el nombre del padre de su hijo, que bien puede no saberlo, o ser fruto de una relación que prefería olvidar<sup>4</sup>. Pero sólo esto será cierto, cuando la comparencia de la madre a la asesoría de menores fuere obligatoria, o bien si el asesor por su solo arbitrio pudiera iniciar la acción de reclamación de filiación con prescindencia de la expresa conformidad de la madre.

Dejando a salvo la entera libertad de la madre para concurrir o no a la asesoría, y exigiendo la ley su conformidad para que el asesor pueda demandar, aparecen conciliados los intereses en juego.

Además, por abrumadora mayoría las madres no quieren que el Ministerio Público de menores indague acerca de la paternidad de sus hijos. Siendo así, no es razonable distraer el tiempo de la madre, que a veces asustado por la citación y su desconocimiento del tema concurre a la asesoría acompañada por un letrado, que posiblemente le signifique un gasto innecesario, ni distraer tampoco el tiempo de la asesoría en una diligencia que se frustra ante la habitual negativa materna.

También es cierto que pudiendo presumirse que las madres que concurrirían a la asesoría estarán realmente interesadas en que el Ministerio Público de Menores procure determinar la paternidad de sus hijos.

Por idénticas razones a las señaladas precedentemente, la madre, si es que comparece, se puede negar a indicar quien es el padre, con lo que concluirá sin más trámite el acto. Repetimos, que esto es lo que ocurre en la actualidad en la generalidad de los casos, y para evitar este dispendio de tiempo útil, es que proponemos que se haga saber en la comunicación a la madre que es facultativo para ella concurrir o no a la asesoría.

#### **IV ACTUACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL MINISTERIO PUBLICO DE MENORES SI LA MADRE INFORMA QUIEN ES EL PRESUNTO PADRE.**

En la generalidad de los casos vistos en la Ciudad de Buenos Aires, en que la madre, el presunto padre, o ambos, se domicilian en el Gran Buenos Aires, no existiría inconvenientes en que el asesor de la Ciudad Autónoma procure extrajudicialmente obtener el reconocimiento. Diferente será la situación en el caso de actuación judicial, como se verá mas adelante.

#### **V CITACIÓN AL PRESUNTO PADRE.**

La citación al presunto padre se deberá formalizar igualmente con la debida reserva, esto es, sin explicitarse en la citación cuál es el motivo concreto de ella, ya que también en este aspecto cabe respetar la intimidad del citado y su hogar, ya que no es de descartar que se trate de un hombre casado.

#### **VI COMPARECENCIA DEL PRESUNTO PADRE A LA ASESORÍA DE MENORES.**

Si acepta su paternidad, una vez informado del motivo por el cual se lo citó, se labra un acta ante el asesor de menores, en la que reconoce al menor como hijo suyo. Una razón de orden práctico que además tiene el propósito de evitar cualquier tipo de rastros en la partida de nacimiento, aconseja que ante esta situación se sugiera al padre que comparezca espontáneamente al Registro Civil y reconozca voluntariamente al hijo. Recién para el caso de que el padre no cumpla con esta sugerencia, en el plazo que prudencialmente, éste remitirá al Registro Civil el acta que labró en la que consta el reconocimiento, para que el Registro proceda a la debida inscripción.

Si por el contrario el citado niega su paternidad, será conveniente que explicité claramente sus razones, no debiendo descartarse un comparendo junto con la madre, ya que el asesor no está obligado a accionar, y es posible que este conocimiento personal de las razones invocadas por uno y otro aclare al funcionario el camino a seguir.

#### **VII ACTUACIÓN JUDICIAL DEL MINISTERIO PUBLICO.**

Si el Ministerio Público no consigue que el presunto padre reconozca al hijo, queda habilitado para iniciar la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial. Su legitimación activa para promover la demanda correspondiente surge de la norma que estamos analizando, siendo necesario determinar qué tipo de repre-

sentación ejerce en este supuesto el asesor de menores y cuál es el encuadre jurídico de su labor.

En su nueva redacción el artículo 57, inciso 2 del Código Civil, expresa que son representantes de los menores emancipados sus padres o tutores, es decir que los padres son representantes necesarios, quedando así expresamente confirmada la aplicación de lo dispuesto por el artículo 59 del mismo Código.

La reforma de esta norma legal tuvo como objetivo introducir en nuestra legislación el principio de la función protectora y tuitiva del derecho. Según Jossierand los menores continúan y continuarán figurando en la categoría de los débiles y protegidos, por cuanto la incapacidad que los comprende no es ficticia ni arbitraria, es natural y justificada. En suma, quien dice minoridad dice debilidad de ahí si ineludible protección jurídica.

Se sostenía que "ya es tiempo de intentar la protección integral de los menores... debe organizarse, pues, esta protección tutelar en consonancia con nuestra tradición jurídica e incorporar las reformas que aseguren el bienestar de la niñez en el núcleo de la familia"<sup>5</sup>.

Por otra parte, no ha de verse en el ejercicio de una vigilancia sobre el desempeño de la patria potestad; de la tutela; o de la curatela una injerencia estatal que repugne a nuestra conciencia y tradición familiar<sup>6</sup>.

El Control de los órganos estatales en el ejercicio de la patria potestad es un corolario necesario de la función social que a los padres les atañe. Todo derecho de familia es de espíritu altruista. Ello se debe afirmar, sobre todo, en lo relativo a la patria potestad, sin que la intervención del Ministerio de Menores provoque menoscabo alguno de los derechos y deberes paternos.

## VIII REPRESENTACIÓN PROMISCUA Y REPRESENTACIÓN DIRECTA DEL ASESOR.

Se entiende por representación promiscua la intervención que con carácter necesario y complementario incumbe al órgano que asiste y controla la actuación judicial o extrajudicial de los representantes necesarios del incapaz. Promiscua ha sido utilizada en este caso en el sentido de que es conjunta con la de los representantes necesarios, por lo cual no los excluye.

Esta norma se encuentra complementada por lo establecido en los artículos 491 y siguientes del Código Civil y el artículo 137 de la ley 1893 que dice: "Corresponde a los asesores de menores e incapaces, intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces, y entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o juntamente con los representantes de los incapaces".

Sostiene Llambías que en nuestro derecho coexisten el sistema de representación y asistencia. La función principal del Ministerio de Menores es la asistencia del representante individual del incapaz; solo cuando este es remiso en el ejercicio de su función representativa, y puede el Ministerio Pupilar actuar supletoriamente en ese mismo carácter de representante para impedir la frustración de un derecho. Agrega que, excepcionalmente y siempre por razones de urgencia ante la ausencia de los representantes individuales o por omisión de estos, puede asumir el Ministerio de Menores la representación directa de los incapaces, lo cual ha tenido recepción legal en el artículo 236 del Código Procesal.

Es indiscutible que los padres son los primeros y naturales representantes de los hijos menores sujetos a patria potestad, y como acertadamente se ha sostenido la función del asesor de menores está destinada a integrar y no a sustituir procesalmente a los padres como representantes necesarios de los hijos.

Sólo en ciertos casos el asesor asume la representación directa del menor, es decir, actúa en lugar de los representantes legales del incapaz. En doctrina se ha entendido que esta actividad es subsidiaria, el asesor de menores suplirá a los representantes principales cuando estos incurrieren en omisiones en el cumplimiento de actos propios a su función, sólo en casos excepcionales.

## **IX CONFORMIDAD DE LA MADRE PARA INTENTAR LA ACCIÓN. SERIEDAD DE LA PRETENSIÓN.**

Recordemos que el artículo 255, última parte, expresa que cuando el Ministerio Público de Menores no hubiera logrado el reconocimiento del hijo por el presunto padre "podrá promover la acción judicial correspondiente, si media conformidad expresa de la madre para hacerlo".

El Ministerio Público deberá asumir la obligación ética y moral de defender y hacer respetar el derecho que tiene el menor de tener plenamente acreditada su filiación, pero asimismo deberá actuar con la suficiente prudencia y cautela que requiere el caso.

Dicha conformidad deberá ser manifestada por la madre en forma expresa en la demanda, y deberá perdurar durante todo el juicio, pues el desistimiento que ella formule del proceso implicará la imposibilidad de que el asesor pueda proseguir la acción, por no contar con el requisito exigido al efecto por el artículo 255 del Código Civil.

Con la modificación del proyecto original en primer término se puso límite a la injerencia del Estado en el intimidad del hogar. Es necesario que se respete el derecho de la madre a oponerse a la promoción de una acción que la involucra y que por diversos motivos puede querer no intentar, en resguardo no sólo de ella misma sino también de su hijo, como acertadamente lo manifestaron los senadores De la Rúa y Martiarena.

En segundo lugar, legitima a la madre para actuar juntamente con el Ministerio Público pues la conformidad expresa que ella debe dar en la demanda la sitúa en calidad de litisconsorte con el asesor de menores, siendo además, requisito indispensable para configurar la personería activa del Ministerio Público en el proceso.

## **X REPRESENTACIÓN DIRECTA DEL ASESOR DE MENORES.**

Recordemos que el pleito tramitará con la intervención de la madre como representante legal de su hijo menor, toda vez que es ella quien ejerce de conformidad con lo dispuesto por el artículo 264, inciso 4 del Código Civil la patria potestad del menor, y, por ende, su representación en el juicio de acuerdo con el artículo 274. Por ello, existiendo una representación dual y simultánea por parte de la madre y del asesor de menores, pareciera que la labor de este último queda enmarcada dentro de los límites de la representación promiscua.

Pero, dijimos también que en virtud de esa representación, el artículo 255 lo faculta para promover la acción de reclamación e impulsar el proceso, con el fin de determinar la filiación paterna reclamada, lo que nos lleva a afirmar sin lugar a dudas, que no obstante la representación que ejerce la madre, el asesor actúa en forma directa, sujeto sólo a la conformidad de ella. Tampoco puede empezar el Ministerio Público proseguir el juicio sin la presencia de la madre si ella, una vez que prestó su asentimiento en la demanda, es citada como litisconsorte y no comparece, pues no es la madre sino el Ministerio Pupilar quien deberá impulsar el proceso hasta su fin natural que es la sentencia.

Esta representación directa que asume el Ministerio de Menores encuentra sobrado fundamento no sólo en lo dispuesto por el artículo 137 de la ley 1893, sino también en los principios de orden público que gobiernan esta rama del derecho, pues corresponde al Estado, a través de sus funcionarios competentes, resguardar y defender el derecho de un hijo de saber quien es su padre; de hacer cumplir el principio de igualdad en la responsabilidad paterna nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio; y de que los padres asuman los deberes y derechos que emanan de la patria potestad.

## **XI COMPETENCIA.**

Siendo aplicable la consideración tradicional de que como es el accionante quien elige el modo y tiempo de promoción de la demanda, se debe establecer un equilibrio fijado como competencia la del juez del domicilio del demandado, la acción deberá interponerse entonces ante el juez del domicilio del presunto padre.

## XII PROBLEMAS FACTICOS QUE SE PLANTEAN EN ORDEN A LAS PRUEBAS.

La filiación es el vínculo biológico jurídico que une al hijo con el padre que lo engendró y la madre que lo alumbró.

Por ello, en esta acción de reclamación de paternidad será necesario recurrir a todos los medios de prueba que permitan acreditar la existencia del nexo biológico, para que este vínculo que une al hijo con el padre trascienda al plano jurídico y lograr así el consiguiente emplazamiento.

La doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que como la prueba directa de la paternidad resulta prácticamente imposible, deben acreditarse los siguientes extremos: 1) relaciones íntimas de los presuntos padres, 2) que las mismas tuvieron lugar durante el periodo legal de la concepción, 3) parto de la madre, y 4) identidad del reclamante con el nacido de dicho parto.

Sin embargo, los adelantos científicos y especialmente los avances en el campo de los estudios genéticos, han convertido a la prueba biológica en la prueba por excelencia, superando así las dificultades que en este aspecto se presentan. Adviértase que el nuevo artículo 253 del Código Civil si bien admite toda clase de pruebas en las acciones de filiación, hace especial mención de la prueba biológica, demostrando el irremplazable valor que actualmente tiene.

Distintos han sido los sistemas descubiertos destinados a incluir o excluir la paternidad, como por ejemplo los estudios hematológicos denominados: Grupo A. B. O.; secretores y no secretores; M.n. y S. s.; Rh. y Hr.; P.; sistema Lewis; Kell-Cellano; Lutheran; Duffy; Kidd; Grupo Xg. A estos puede agregarse los estudios sobre proteínas séricas; citogenéticos; morfológico; antropométricos; fisiológicos; etc. Pero sin lugar a dudas el método que ha superado a todos los mencionados, es el denominado Complejo Mayor de Histocompatibilidad o H. L. A. (Human Lymphocyte Antigen), pues permite determinar con certeza la paternidad alegada, excluyendo o incluyendo al presunto padre.

Se ha señalado que la "prueba H.L.A., dado su alto grado de exclusión o inclusión de paternidad, que alcanza valores entre el 95 y 99,99 % tiene elevada seguridad diagnóstica y no puede ser confundida con la prueba hematológica que sólo puede alcanzar un grado de exclusión de aproximadamente el 65 %. El aporte de las nuevas pruebas y exámenes biológicos relativos a la determinación de la paternidad hacen perder relevancia a la prueba precisa de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en el periodo legal de la concepción. Los modernos métodos científicos que complementan el cotejo de factores eritrocitarios con el estudio de antígenos de histocompatibilidad (sistema H.L.A.), marcadores electroforéticos, etc., permiten hoy arribar a la certeza casi absoluta de la paternidad atribuida sin necesidad de presumirla sólo en razón del hecho probado de las relaciones sexuales<sup>7</sup>.

### XIII NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PERICIAS.

Antes de los recientes y notables avances de la ciencia, era criterio generalizado en doctrina y jurisprudencia que la negativa a someterse al examen pericial médico era una seria presunción en contra de quien se negaba a someterse a ellas<sup>8</sup>.

Si consideramos, que actualmente, gracias a los aportes que las ciencias biológicas han brindado al campo jurídico, a través del sistema de antígenos de histocompatibilidad y de los estudios de enzimas, proteínas séricas y grupos eritrocitados, que complementando al primero permiten excluir o incluir con absoluta certeza que la negativa a someterse a dicha prueba significa entorpecer seriamente el camino que nos conduzca a descubrir el verdadero nexo biológico que nos llevará a determinar una filiación, que de no ser la reclamada quedará absolutamente excluida, y que es el fin supremo de esta acción.

Si como dijimos, el correcto emplazamiento en el estado de familia es una prerrogativa que interesa a toda la sociedad, tal vez hubiera sido plausible que los legisladores hubiesen establecido en forma concreta que la negativa a someterse a este tipo de pruebas significa tener por cierta la paternidad alegada, dejando al presunto padre la posibilidad de demostrar por medios fehacientes e indubitados que él no podía ser el padre<sup>9</sup>.

### NOTAS

1. Ver Grosman, Cecilia, "El hijo extramatrimonial no reconocido por el padre. Investigación exploratoria con un enfoque socio jurídico" Revista Ciencia Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 1981.
2. Díaz de Guijarro, Enrique "Tratado de derecho de familia", t 1, pagina 21, Buenos Aires, 1953
3. Cámara de Senadores, Diario de Sesiones 1984 pagina 2294.
4. Cámara de Senadores, Diario de Sesiones, 1984, pagina 2244.
5. Justo, Alberto M.
6. Sánchez de Bustamante, Miguel "LA patria potestad durante el juicio de divorcio y una vez decretado el mismo", Revista La Ley t 88, pagina 950
7. CNCiv., Sala A, Revi. La Ley, t. 1985-C, pagina 503
8. Díaz de Guijarro, Enrique "Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos", Jurisprudencia Argentina 1947-III, pagina 216.
9. Grossman, Cecilia "La filiación matrimonial. Su reforma según la Ley 23264" Rev. La Ley t. 1986-D, pagina 924.