

LA MUJER Y EL DERECHO DE FAMILIA

Susana Almeida* - Adriana Martínez*

1. Introducción:

El sistema jurídico positivo vigente en un Estado se encuentra necesariamente conectado con la realidad social existente. Es una manifestación de los valores, ideales y costumbres imperantes en la sociedad en su tiempo.

Por ello, las variaciones producidas en los comportamientos y estructura social y en la trama de valores subyacentes lógicamente deben producir una modificación en la normativa vigente. Lo contrario acarrea una distancia entre lo que la norma prescribe y la conducta o relación regulada, que se traduce en la ineficacia y falta de efectividad de aquélla.

El legislador debe estar atento a esos cambios, lograr una percepción amplia y profunda de la realidad ante la que se encuentra. Esa mirada alerta y crítica le permitirá la captación de la verdadera dimensión de los comportamientos sociales que debe regular y aún obrar en la modificación de aquéllos que se demuestre necesario reencauzar.

Por ello, el análisis de la normativa reguladora de una materia determinada nos permite lograr una visión de la realidad social imperante al momento de su dictado. A su vez, su modificación o derogación son derivaciones de una variación en las conductas, creencias y valores sociales que han impulsado a esa decisión.

Este ha sido el motivo que nos ha impulsado a realizar esta sumaria recorrida por la legislación en materia civil en la búsqueda de normas que hagan referencia concreta (explícita o implícita) al tema de género que demuestren una diferente regulación de las conductas teniendo en cuenta el sexo del sujeto de derecho.

Con este estado de situación pensamos realizar un pequeño aporte, desde la disciplina jurídica, a una comprensión de la temática, demostrando cuál ha sido la percepción del legislador respecto a la posición de la mujer ante la ley, desde fines del Siglo XIX hasta la culminación del Siglo XX en el sistema positivo argentino.

A su vez, entendemos que el ámbito donde más elocuente ha sido la modificación de la postura adoptada es aquel que relaciona la posición jurídica de la mujer con su calidad de formadora e integrante del núcleo familiar. Ello es lo que nos ha determinado a circunscribir el objeto específico del presente artículo a la normativa de la situación jurídica de la mujer en la órbita del derecho de familia.

* *Docentes e Investigadoras en Ciencias Jurídicas y Mujer. Integrantes del Área de Estudios Interdisciplinarios de la Mujer, UNLu.*

2. Situación jurídica de la mujer casada

2.1. Capacidad

Debe destacarse abnritio que es muy difícil encontrar una normativa diferenciada en materia civil, en relación a la capacidad del sujeto de derecho en razón de género en tanto no intercepte con otro atributo: el estado civil de la persona.

Un repaso al articulado del Código Civil, en su redacción original, demuestra la existencia de contadas incapacidades de derecho que afecten a la mujer, sin referencia al parámetro de su estado: así la mujer no podía ser tutora o curadora (art. 398 inc. 8 y 475), ni testigo en instrumentos públicos (art. 990). Ninguna de estas normas indicaba diferencias según el estado civil; de la mujer, por ello, afectaba la capacidad plena de la mujer, tanto soltera como viuda, al igual que la casada.

En relación a su capacidad de hecho, el Código le deparaba una regulación uniforme con la del hombre desde el comienzo de su existencia como persona física, manteniendo el trato igualitario en tanto no se produjera la modificación de su estado civil.

Ante la celebración del matrimonio, se producía inmediatamente una variación disvaliosa en su capacidad: así el art. 55, inc. 2 del C.C. establecía que la mujer casada era una incapaz de hecho relativo, equiparando su tratamiento al de menor adulto. En ese carácter, se encontraba sujeta a la representación legal de su marido (art. 57 inc. 4).

La regulación del Código en la materia sigue las ideas imperantes en su época y reproduce al respecto los antecedentes legislativos y doctrinarios extranjeros de los cuales es tributario y que constituyen sus fuentes.

La codificación civil de fines del siglo XIX y comienzos del XX, basada en la napoleónica, se orientó hacia una paulatina desaparición de la autoridad marital, que, en su primera etapa donde se ubica nuestro Código Civil, no implica una absoluta igualdad entre los cónyuges, pues mantiene el carácter de jefe de hogar el marido o su derecho preeminente de decisión en caso de divergencia.

Coincidente con la óptica del Código Civil fue la posición adoptada por el legislador al dictar la ley 2393 de Matrimonio Civil, complementaria y modificatoria del Código, que también estructuraba a la familia sobre la base de la autoridad paternomarital.

Es necesario destacar que en el sistema así estructurado la incapacidad de la mujer no quedaba salvada por la representación del marido, sino mediante la asistencia, ya que sus actos jurídicos no eran otorgados por el cónyuge masculino en su representación sino por la mujer con la venia del marido (art. 54 y 55, ley mat., reproduciendo el art. 188 y 55 del C.). Es decir: le estaba vedado a la mujer casada la celebración de actos jurídicos sin la venia marital. (art. 55 ley mat. civil).

La venia le era también necesaria para la actuación en juicio (art/ 54 ley mat.) excepto, por razones obvias, en los juicios contra el esposo. Tampoco era exigida para ciertos supuestos de actos personalísimos de la mujer, y se presumía cuando ejercía alguna profesión sin oposición del marido, en las compras al contado y en las cotidianas del hogar, aunque fuera al fiado.

El sistema preveía la suplencia de la venia marital por la judicial para supuestos de incapacidad o ausencia del marido y en todos los casos en los que la segunda podía suplir a la primera (art. 60 ley mat.).

A esta altura es necesario referenciar, aun tangencialmente para no exceder el objeto del presente, que en concordancia con la situación jurídica general de la mujer casada, el Código de Comercio establecía un régimen especial de capacidad para la misma. Así: si ejercía el comercio antes del matrimonio, sus derechos y obligaciones no se alteraban por su cambio de estado, presumiéndose la autorización marital para continuar ejerciéndolo, salvo manifestación formal en contrario, comunicada a inscripta en el Registro Público de Comercio. Para comenzar el ejercicio del comercio después del matrimonio, la mujer casada mayor de edad necesitaba formal autorización de su esposo.

En el sistema estructurado sobre la base de la autoridad marital, y en vista al régimen de capacidad de la mujer casada, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes propios o gananciales de la cónyuge (art. 1276), con excepción de los propios de ésta cuya administración se hubiera reservado en las convenciones matrimoniales (art. 1217 inc. 2º), pero como las referidas convenciones no estaban -ni están incluidas- en las costumbres argentinas, en la práctica, el marido administraba la totalidad de los bienes del matrimonio, sin excepción alguna.

En las primeras décadas de este siglo el régimen de incapacidad de la mujer casada adoptada por el Código Civil comenzó a manifestarse inconveniente en relación a las necesidades sociales.

El legislador percibió el cambio operado y esa captación se tradujo en numerosos proyectos e iniciativas de reformas, que finalmente llevó a la sanción de la ley 11.357, conocida como de Derechos Civiles de la mujer.

La ley, sancionada en el año 1926, modificó substancialmente su situación jurídica: su artículo 1º estableció la total capacidad de la mujer mayor de edad, soltera, viuda o divorciada, suprimiendo de este modo las incapacidades de derecho que el C.C. establecía para la mujer soltera y viuda, y definió el status de la divorciada equiparándola a aquéllas, eliminando toda duda sobre los alcances de su capacidad.

Pero si bien el avance es trascendente, no derogó expresamente el principio de incapacidad de hecho relativa a la mujer casada, sino que realizó una enumeración de los actos que podía realizar sin necesidad de venia marital ni judicial (art. 3).

La técnica legislativa utilizada fue de compromiso, puesto que aún existía una fuerte resistencia en parte de la sociedad para aceptar un cambio radical.

De allí que ante el texto legal la interpretación preponderante fue considerar que no se había alterado la estructura de sistema ni el funcionamiento genérico de la incapacidad de la mujer casada mayor de edad, ni derogado la regla del art. 55 del Código: por tanto, el principio general seguía siendo la incapacidad; si bien ella quedaba casi totalmente cubierta por las excepciones enumeradas por el art. 3º de la ley, se mantenía para los actos que no hubieran sido expresamente permitidos por la nueva forma.

Entonces, según la nueva normativa la mujer casada mayor de edad adquirió una amplia capacidad para administrar y disponer, sin necesidad de autorización judicial o marital, de todos sus bienes propios y de los gananciales que percibiera del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria.

Así se había iniciado el lento proceso de maduración legislativa del cambio del status jurídico de la mujer casada.

Además de la presión generada por los cambios evidenciados en las estructuras socioeconómicas y la modificación en los usos y costumbres en nuestro país, tuvo decisiva incidencia la repercusión de importantes instrumentos internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, contiene dos artículos referentes a la igualdad de los sexos, en general y en lo relativo al matrimonio: el art. 2, parr. 1 dice que "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". A su vez el art. 16, parr. 1 expresa que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

A la mencionada Declaración deben unirse los postulados de la Convención Interamericana de Concesión de Derechos Civiles de la Mujer, aprobada en Bogotá el 2 de mayo del mismo año por la IX Conferencia Internacional Americana, que en su art. 1 estableció: "los estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre".

Esta última fue ratificada por decreto ley 9983/57; por lo tanto nuestro país asumió la obligación de igualar los derechos civiles de la mujer con los del hombre, modificando las normas internas que fueren contrarias a esta equiparación.

Fue recién en 1968, con la sanción del decreto ley 17.711/68, que la legislación interna se ajustó a la Convención de Bogotá y se suprimieron en el sistema civil argentino las incapacidades que todavía pesaban sobre la mujer casada.

En efecto, se modificó el art. 1 de la ley 11.357, adoptándose la siguiente

redacción: "La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil". En consecuencia, se derogaron los art. 3, 4, 7 y 8 de la misma ley.

Con lo cual la mujer mayor de edad, independientemente de su estado civil, quedo equiparada en cuanto a su capacidad con el hombre mayor de edad, puesto que la menor de edad siempre estuvo sujeta a reglas que no hacen distinción de los sexos. Desapareció así todo trato distintivo en la materia en relación al sexo de las personas de existencia visible en nuestra legislación civil.

Si bien el paso fue trascendental, todavía quedaban aspectos diferenciales en el tratamiento de la cuestión. El proceso de igualación de la mujer con el marido en el derecho de familia no había concluido y la marcha iniciada no debía detenerse.

Pero fue necesario el transcurso del tiempo y la maduración de valores y creencias para que un nuevo y definitivo hito fuera alcanzado.

2.2. Nombre

La cuestión referente al nombre como atributo de la persona, y en este caso el de la mujer casada, tiene una particular evolución. Esto obedece a que nuestro Código Civil no contiene, en su articulado originario, normas relativas al tema general del nombre de las personas físicas. Tampoco la ley 2393 contiene regulación alguna al respecto.

La doctrina encuentra el fundamento de la agregación del apellido del marido al suyo propio, unido mediante la preposición "de", en una costumbre generalizada, afirmando la casi totalidad de los autores que la misma se deriva de la española, enraizada a su vez en la romana.

Lo cierto es que, ante la falta de norma concreta, las posiciones acerca del carácter del uso del apellido marital se dividieron entre considerarlo un derecho de la mujer impuesto por una norma consuetudinaria, un derecho pero no una obligación de la mujer o una opción que generaba una obligación.

La jurisprudencia fue vacilante al respecto y alternativamente adoptó las diferentes posturas indicadas. En algunos casos consideró que era una facultad de la mujer, en otros llegó a decidir que la negativa al uso del apellido del marido constituía una injuria grave.

La modificación introducida por el decreto ley 17.711/68 en el texto del art. 17 del Código Civil brindó un apoyo argumental a la tesis del derecho de origen consuetudinario, al disponer que los usos y costumbres pueden ser generadores de derechos en situaciones no regladas legalmente. Precisamente el caso: nace el derecho de la mujer a adicionar a su apellido el del esposo de una norma consuetudinaria.

El decreto ley 18.248, regulador del nombre de las personas físicas, establece la obligación de la mujer de añadir a su apellido el del marido ("añadirá a su apellido el de su marido, precedido por la preposición "de") exceptuándola de tal imposición en caso de ser conocida "en el comercio, industria o profesión

por su apellido de soltera", para el ejercicio de tales actividades.

La situación recién fue variada con el dictado de la ley 23.515 (nueva ley de matrimonio civil, modificatoria del Código Civil y que derogó la ley 2393), que otorga expresamente a la mujer casada la facultad de utilizar o no el apellido marital.

2.3. Domicilio

En el régimen originario del Código Civil, el domicilio de la mujer casada era un domicilio legal y se encontraba regulado por el inc. 9º del art. 90. Su domicilio era "el del marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya".

El art. 187 establecía la obligación de la esposa de convivir con su marido "donde este fije su residencia", mientras que el art. 185 establecía la obligación del marido "a vivir en una casa con su mujer".

Por tanto, si bien la obligación de la cohabitación era impuesta a ambos cónyuges, las condiciones eran claramente diferenciales: solo el marido tenía el derecho a fijar el domicilio conyugal.

Igual postura de desigualdad jurídica entre los cónyuges mantiene la ley 2393, al establecer en su art. 53 que "la mujer esta obligada a habitar con su marido, donde quiera que éste fije su residencia".

Ni la ley 11.357, ni la ley 17.711 establecieron modificaciones al respecto. No influyeron tampoco los antecedentes de documentos internacionales anteriormente citados.

Y la situación continuó inalterada hasta el dictado de la nueva ley de matrimonio civil 23.515 que expresamente establece que la fijación del domicilio conyugal debe ser determinada de común acuerdo por ambos cónyuges, lográndose así la equiparación al respecto.

2.4. Alimentos

Tanto el Código Civil (art. 185) como la ley 1393 (art. 51), armonizando con el sistema general de trato de los esposos basado en la autoridad marital establecía la obligación del marido de prestarle a la mujer "todos los recursos que sean necesarios".

Era lógica la disposición, ya que era el marido quien administraba los bienes, quien se obliga y tomaba las decisiones fundamentales que involucran a ambos cónyuges incluyendo la fijación de domicilio y la mujer era considerada como una incapaz de hecho relativa.

Es importante destacar al respecto que la situación se mantenía en el sistema aun ante el caso de divorcio: el art. 79 de la ley 2393 otorgaba la facultad de pedir alimentos sólo a la mujer inocente, pero se la negaba al marido declarado inocente.

La ley 23.515 ha variado radicalmente la situación: el art. 198 del Código

Civil, según la modificación, expresa: "Los esposos se deben mutuamente asistencia y alimentos". Coincidentemente, su modificación al art. 207 del Código determina el derecho del cónyuge declarado inocente sin distinción de sexos de reclamar alimentos del culpable.

La modificación en el sistema alimentario entre cónyuges establecida por la ley 23.515 debe ser entendida como una derivación, en esa materia, del principio de igualdad que basa todas las reformas.

La equiparación del hombre y la mujer debe entenderse como igual tratamiento, en iguales condiciones, en el reconocimiento de derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

Por tanto, las normas enunciadas no pueden entenderse como un agravamiento de la situación de la mujer casada, ya que la adopción de una solución contraria en esta cuestión, hubiera representado una incoherencia por parte del legislador.

3. Patria potestad

3.1. Ejercicio de la función

En lo referente al ejercicio de la patria potestad, podemos afirmar que es uno de los aspectos en los cuales, gracias a la evolución de nuestra legislación, la mujer ha obtenido su mayor logro en lo que hace al reconocimiento de sus derechos: se ha consagrado el ejercicio conjunto de la misma, por el artículo 264 de la Ley 23.264, incorporado al Código Civil. La disposición citada expresa el concepto de patria potestad, estableciendo que es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, para agregar a continuación que su ejercicio corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio no fuese anulado, consagrando el mismo derecho para los hijos extra matrimoniales reconocidos por ambos padres, si convivieren.

Es importante aclarar que en los términos de la legislación previa a la reforma ambos padres eran titulares de la patria potestad, pero su ejercicio correspondía, exclusivamente, al padre por aplicación de otras normas del Código Civil y recepción jurisprudencial, el padre debía ejercer su derecho de modo que no configurara abuso del mismo. Presentándose este supuesto, la madre podía formular su reclamo ante los Tribunales.

La reforma lograda, aun cuando existía acuerdo en el sentido de considerar que la mujer tenía el ejercicio ya reconocido para un sinnúmero de actos de la vida cotidiana que no involucraran la representación del menor, recepta lo establecido por la Convención de Bogotá, que ya fuera analizada *ut supra*. Fue el producto de varios años de debate en los cuales se esgrimieron argumentos

variados, pero primando el concepto de mantener la decisión final de los asuntos en que estuviera involucrado el hijo menor de edad en cabeza del padre. La necesidad de mantener unidad en las decisiones; el evitar la intromisión excesiva del Estado en las interrelaciones familiares, lo aceptado culturalmente, la función del padre en razón de sus actividades de obtención de recursos económicos, complementada con la de contención afectiva y hogareña de la madre, y otras muchas razones fueron explicitadas.

Ya en el año 1975 se presentaron ante la Cámara de Diputados tres proyectos modificatorios del régimen de ejercicio: dos de ellos proponían el ejercicio conjunto y el otro, de autoría de la Diputada Guzmán, organizaba el régimen indistinto. Se sancionó en dicho año la ley 21182, que consagraba este último sistema. Pero dicha ley fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional, no entrando, por lo tanto, en vigencia.

La forma consagrada de ejercicio conjunto no significa que en todos los supuestos de la vida del hijo deban concurrir ambos padres para prestar su conformidad o intervenir: se presume que los actos de uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro, salvo que mediare oposición expresa. Por lo contrario, se requiere el consentimiento expreso de ambos para supuestos comprendidos en el artículo 264 quater, que, generalizando, podemos decir son aquellos actos de gran trascendencia para la vida y bienes del menor: contraer matrimonio, salir del país, ingresar en ordenes religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, habilitarlos, son algunos de ellos.

En los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, ejercerá la patria potestad, quien ejerza judicialmente la tenencia (Conf. art. 264. inc. 2º). Esta situación fue una de las que ofrecieron mayor complejidad bajo la legislación anterior a la reforma, puesto que, conforme a la misma aunque la madre ejerciera la tenencia, el padre continuaba con el ejercicio de la patria potestad pudiendo incluso salir de la República con su hijo sin la conformidad de la madre, situación hoy superada por tratarse de uno de los actos que requieren conformidad expresa de ambos y que se mantiene aun producido el divorcio o separación.

3.2. La contribución alimentaria respecto a los hijos menores de Edad.

Con referencia a este tema, transcribiremos la norma legal y luego formularemos algunas aclaraciones respecto a su interpretación. La nueva disposición reza: En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos (art. 271 Código Civil Conf. Ley 23.264). De la normativa anterior surgía que en los casos citados, incumbe siempre al padre deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en sus poder. Parecería que, por aplicación de la misma, si quedaran en poder de la madre no se activaría obli-

gación alguna para el padre.

Esto no fue interpretado de este modo en momento alguno, puesto que la norma debía concordarse con otras disposiciones del propio Código (art. 78 Ley 2393 y 1300), resultando, por tanto, que cuando la tenencia la ejerciera la madre, el padre debía contribuir con los alimentos y educación.

Al modificarse la disposición, desde la interpretación común se entendió que variaba la obligación y que ahora la madre debía contribuir con dinero en proporción igual a como lo hiciera el padre. Por supuesto que esta posición no fue la receptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia vigente, que continuó considerando, para la fijación de las cuotas alimentarias, la situación concreta que se presente, en la que deben evaluarse varias circunstancias: determinar quién detenta la tenencia; tener en cuenta la contribución por parte de la madre a través de las tareas de cuidados, alimentación, atenciones domésticas computables y, a veces, no tarducibles en montos monetarios, cuando los hijos conviven con ella, y otras muchas variables más que definirán en suma las cuotas alimentarias que se fijen. No debemos obviar que, si bien la ley prevé la posibilidad de otorgar la tenencia al cónyuge al que el juez considere más idóneo, en caso de no existir acuerdo de los cónyuges ellos, aún sigue siendo la madre quien, usualmente, es designada. Es preciso, también, considerar la norma que establece que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor (art. 206 C.C.).

3.3. Elección del nombre de los hijos

Este aspecto de los derechos deberes de los padres no surge de la normativa del Código Civil, sino que se encuentra legislado por Ley 18.248, denominada Nombre de las Personas Naturales. Allí, en su artículo 2º reformado estipula con total claridad que: Su elección (el nombre de pila) corresponde a los padres, a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin. Atento que no se trata de los supuestos en los que el Código Civil prevé el ejercicio conjunto y expreso de la patria potestad se presumirá que la elección que uno de ellos realice cuenta con el acuerdo del otro, en los supuestos de convivencia citados. Queda así sin efecto la elección del nombre del hijo realizado exclusivamente por el padre.

4. Filiación

4.1. La determinación de la maternidad

La ley 23264 modificatoria del Código Civil en el tema de la filiación ha consagrado en su artículo 242 la forma en que quedará establecida la maternidad, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la

identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse presentando un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se le atribuye la maternidad del hijo. El sistema anterior carecía de unidad, y por la interpretación de varias normas dispersas en leyes y decretos se arribaba a la conclusión de que la madre extramatrimonial debía reconocer a su hijo; para la matrimonial, se presentaban opiniones diversas sobre las personas obligadas a solicitar la inscripción, siendo, por lo general, el marido el que lo hacía con el certificado del médico u obstétrica. A falta de dicho certificado, con la declaración de dos testigos que hubieran visto al nacido y firmaran la inscripción (Art. 31 del Decreto 8204/63).

Independientemente de la valoración positiva que formulemos, en el sentido de haber igualado las situaciones de las madres, fueran éstas matrimoniales o extramatrimoniales, como también el evitar el reconocimiento que esta última debía realizar y que podía, ante la muerte de ella, dejar un niño sin filiación, para tener que determinarla luego judicialmente, creemos que resulta interesante destacar que el sistema propuesto no ha considerado la realidad de nuestro país, en el cual no siempre se puede obtener el certificado correspondiente. Ya en el debate concretado por doctrinarios especialistas en Derecho de Familia se manifestó la preocupación por los supuestos de los nacimientos sin intervención del médico, situación factible en algunas zonas del interior del país donde no hay médicos y la madre dá a luz en un rancho, auxiliada por la comadrona (Dr. Fleitas, Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores 19842222)

4.2. Las pruebas biológicas

La aceptación en nuestra legislación, a través del artículo 253 del Código Civil conf. Ley 23264, de las pruebas biológicas en las acciones de filiación, conjuntamente con el criterio del legislador de priorizar la verdad biológica sobre la formal declarada, ha venido a revolucionar el sistema vigente. Las pruebas ahora existentes, en su combinación adecuada, permiten arribar a un 98 o 99% en la exclusión o inclusión de un hombre en la situación de padre. Los métodos anteriores sólo permitían aproximar a un 25 o 30% pero demostrando exclusión.

El antiguo precepto de *mater semper certa est* atento que el parto sigue al vientre, viene ahora a complementarse con esta nueva posibilidad que el pater también puede ser determinado con certeza.

Aún no se ha acordado en atribuir a la no aceptación por parte del presunto padre a someterse a las pruebas biológicas el valor de prueba que haga presumir su paternidad. Sólo asume este carácter en caso de existir otras pruebas que corroboren la posibilidad de la aserción. Razones de defensa en juicio, de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, del derecho al propio cuerpo, son los argumentos más comunes para no poder obligar a quien se atribuye una paternidad a someterse a las pruebas biológicas. Pero, de todos modos, el camino de la igualdad de posibilidades está abierto y la ciencia lo ha

puesto a disposición de los involucrados. Desde la simple lógica, pensamos que para una persona que estima no ser el padre, la mayor seguridad se la da el determinarlo en forma fehaciente a través de un arsenal de pruebas que no son complejas y que brindan certeza.

4.3. Hijo inscripto como de padre desconocido. Artículo 255 del Código Civil Conf. Ley 23264

Esta novedosa norma pone a disposición de la madre la posibilidad de reclamar el reconocimiento de su hijo, tanto por vía judicial o extrajudicial. Entendemos la misma como un importante avance en la situación de la madre que veía dificultadas sus posibilidades de acciones frente a la actitud de negación de paternidad del padre de su hijo. No obstante, estimamos que no es una facultad que debiera quedar a disposición de la madre, puesto que el derecho a la identidad y a saber quienes son sus padres corresponde al menor y no sólo a ella (Convención Internacional de los Derechos del Niño vigente con jerarquía constitucional por Ley Nacional).

Transcribiremos a continuación el artículo citado, norma sin antecedentes en nuestra legislación: 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.

Resulta evidente que la existencia y reconocimiento de las pruebas biológicas antes citadas refuerzan la posibilidad de aplicación efectiva de esta disposición. En la actualidad, es diversa la realidad de aplicación de la misma, existiendo poderosos motivos ideológicos planteados con respecto al tema y en función de las distintas responsabilidades de los hombres y las mujeres frente a la procreación. Entendemos que se trata de factores culturales sobre los que será necesario operar para ir llegando a concepto de paternidad responsable así como asumir la importancia que el conocimiento de su origen aporta para el niño desde lo médico, lo psicológico y lo social y considerarlo como sujeto de derecho.

Bibliografía

- Almeida, S. M.; Ferreira Cortes, A. y otras. Ponencia XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino-Tucumán, 1993.
- Belluscio, Augusto. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Ed. De Palma, 1987.
- Bossert, G. y Zannoni, E. Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989, 2º Edición.
- Bossert, G. y Zannoni, E. Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23264. Buenos Aires, 1986.
- Borda Guillermo. Tratado de Derecho Civil-Derecho de Familia. Tomos 1 y 2. Buenos Aires, De Perrot, 1972.
- Cardenas Eduardo. La Familia y el sistema judicial. Buenos Aires. Ed. Emecé, 1988.
- D'Antonio, Daniel H. Derecho de Menores. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986.
- D'Antonio Daniel H., Nuevo régimen legal de la patria potestad. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, E. Rubinzal Culzoni, 1985.
- Groszman, Cecilia P. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1982.
- Lagomarsino, Carlos A. R. Divorcio por presentación conjunta. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1980.
- Lloveras, N. P. Patria Potestad y Filiación, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1986.
- Mendez Costa, Ma. J. y Tamini, N. Matrimonio, separación y divorcio. Reformas del Código Civil. Ley 23515. Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1987.
- Mendez Costa, Ma. Josefa y D'Antonio, D. H. Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 23.515, Santa Fe. Ed. Rubinzal Culzoni, 1987.
- Senado de la Nación, "Debate Parlamentario sobre Filiación", Diario de Sesiones, 1984-2222/2285/2286.
- Spota, Alberto. "Tratado de derecho civil". Derecho de Familia, Tomo II Vol. IV (Filiación, Relaciones paterno-filiales, Tutela y Curatela; Adopción) Buenos Aires, Ed. Depalma, 1990.
- Tanzi S. y Suarez G. La obligación alimentaria emanada de la patria potestad. La Ley-Rep. 11991, pag. 468.
- Yungano, Arturo. Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia. Buenos Aires, Ed. Depalma. 1989.
- Zannoni, Eduardo. Derecho Civil - Derecho de Familia Buenos Aires, Ed. Depalma. Tomos 1 y 2, 1978.
- Zannoni, Eduardo. Derecho Civil - Derecho de Familia Buenos Aires, Ed. Depalma. Tomos 1 y 2, 1989.
- Zannoni, Eduardo. Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio. Ley 23515, Buenos Aires, Ed. Depalma. Tomos 1 y 2, 1987.

Revistas Especializadas.

*Cuadernos de familia. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1981 y 1982.

*Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Publicación Cuatrimestral, Directora Dra. Cecilia Grossman, Ed. Abeledo Perrot, Años 1989 a 1994.

*Derecho de Familia. Coordinador Dr. Eduardo Zannoni, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1991.

Comentario:

"El trabajo presentado por las Dras. Susana Mirta Almeida y Adriana Norma Martínez significa un interesante aporte para ser considerado ante un grupo interdisciplinario, por lo que considero apropiado y recomendable para una publicación como "Género e Intedisciplinas". Guillermo F. Frugoni Rey.