

CAPITULO VI — DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

69. Determinación de la maternidad	145
70. Fuentes	145
71. Requisitos de la determinación de la maternidad	146
72. Identificación del recién nacido y de la madre	149
73. Notificación a la madre	151
74. Cuestiones planteadas por el requisito de la notificación	151
75. Título de estado del hijo con respecto a la madre. Título de estado de madre	154
76. Inscripción de nacimientos acaecidos antes de la ley 23.264	154

Capítulo VI

DETERMINACION DE LA MATERNIDAD

69. Determinación de la maternidad

Conforme al artículo 242 del Código Civil, la maternidad “quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

Está tácitamente derogado por incompatibilidad de contenidos, el artículo 34 del decreto-ley 8204/63 en cuanto que, para el supuesto de la inscripción del nacimiento de un hijo extramatrimonial, vedaba hacer mención del nombre de la madre que no lo reconociese ante el oficial público.

70. Fuentes

Las fuentes del artículo son los que llevan los números 311 y 313 del proyecto Menem-Sánchez que abarcan igualmente que el precepto sancionado, las filiaciones matrimonial y extramatrimonial. El similar artículo 257 del proyecto Belluscio sólo se refiere a la maternidad fuera del matrimonio.

La fuente extranjera es el artículo 120 del Código Civil español, según aclaración del senador Brasesco, pero ha de tenerse en cuenta que este texto se refiere exclusivamente a la filiación no matrimonial y que la figura de la maternidad se contempla en su inciso 4º y último, después de haberse enunciado el reconocimiento, la resolución administrativa y la sentencia firme. El texto español reza: "Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento efectuada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de Registro Civil".

El artículo 464 *in fine* del Proyecto de 1936 propone: "La maternidad se probará por el solo hecho del parto".

El emplazamiento en el estado de hijo y en el correlativo de madre, por solo el nacimiento, está consagrado en el artículo 252, apartado 1 del Código Civil suizo, en el artículo 197 del Código venezolano, sin distinción de filiaciones. Es importante el artículo 337 francés: "El acta de nacimiento que lleva la indicación de la madre vale por reconocimiento cuando está corroborada por la posesión de estado" (99).

71. Requisitos de la determinación de la maternidad

La redacción del artículo 242 no es del todo feliz. La idea que ha querido expresarse es la de que la maternidad queda establecida por el parto y que éste se prueba por el certificado del médico u obstétrica que lo atendieron y en cuya virtud se efectúa la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Ca-

(99) "Los autores de la ley han buscado un compromiso que permite conciliar dos imperativos contradictorios: de un lado facilitar la prueba de la filiación natural maternal evitando la solemnidad de un reconocimiento; de la otra, impedir que un denunciante mal intencionado o simplemente imprudente pueda precipitar a la madre natural cuando ella no lo desea. ¿Qué mejor prueba de la voluntad de la madre de aceptar a su hijo y las cargas de la maternidad que la que se desprende de la posesión de estado? COLOMBET, *op. cit.*, Nº 179.

pacidad de las Personas que constituye, a su vez, el título de estado de la filiación materna. Esta interpretación armoniza con lo dispuesto en la primera oración del artículo 31 del decreto-ley 8204/63, pero la segunda oración de este texto excede la normativa del artículo 242, porque admite la prueba del nacimiento, a falta del certificado del médico u obstétrico, por la declaración de dos testigos que hubieran visto al nacido y firmen la inscripción. Como los textos no son incompatibles, corresponde conciliarlos admitiendo que la inscripción del nacimiento puede hacerse sobre la base del certificado del médico u obstétrica, constituyendo determinación de la maternidad, o del dicho de dos testigos en cuyo caso no es constitutiva de ésta. La observación no carece de importancia ya que no siempre el alumbramiento es asistido por un profesional (médico u obstétrica, designaciones que corresponden a carreras universitarias organizadas y con incumbencias jurídicamente fijadas). En tales supuestos aunque intervenga la misma persona que atendió el parto, su manifestación equivale a la de un simple testigo (¹⁰⁰).

(¹⁰⁰) Confr. las opiniones de Bossert y Fleitas, entre otros, en la reunión de expertos convocada por el Senado de la Nación en *Diario de Sesiones* del 26 de setiembre de 1984, p. 2281.

En la redacción sancionada en Diputados, se agregó precisamente a propuesta del diputado Conte, que "en caso de manifiesta pobreza o marginalidad, el oficial público podrá aceptar la prueba testimonial de dos vecinos que hayan tenido conocimiento del embarazo y del parto". La ampliación no fue aceptada por el Senado, que distinguió así acertadamente entre inscripción con efectos y sin efectos de reconocimiento. No obstante, es interesante el prolongado debate de Diputados sobre el tema. *Diario de Sesiones* cit., p. 7539 y ss.

Reviste asimismo interés la siguiente consideración tomada del editorial del diario *La Nación*, Buenos Aires, 31 de octubre de 1985; centrado en la diferencia entre la determinación de la maternidad y de la paternidad: "De tal modo, el hecho biológico del parto y su probanza suplen el reconocimiento expreso de la madre. Parece justo que si la naturaleza permite acreditar el nexo biológico entre madre e hijo, la ley impute la maternidad sin necesidad de que la mujer consienta en admitir la filiación del hijo. La filiación legal deriva, entonces, automáticamente de la acreditación del parto y de la identidad del nacido. Podrá decirse que la naturaleza no facilita igual atribución automática de la paternidad, y que su establecimiento no

Téngase claramente presente que la determinación de la maternidad por el parto responde a que con éste termina el proceso de la gestación iniciado con la concepción: madre es la que concibió. El respeto por la verdad biológica lo impone.

Rigen las normas del decreto-ley 8204/63 con respecto a la obligatoriedad de la solicitud de inscripción del nacimiento y del término para efectuarla. Están obligados a declarar el nacimiento, según el artículo 30: 1º) El padre o la madre y, a falta de ellos, el pariente más cercano que exista en el lugar o la persona a cuyo cuidado hubiese sido entregado el recién nacido; 2º) Los administradores de hospitales, hospicios, cárceles, casas de huérfanos u otros establecimientos análogos, públicos o privados, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos, en el caso de que las personas indicadas en el inciso 1º no lo hicieran; 3º) Toda persona que hallare a un recién nacido o en cuya casa se hubiera expuesto. En estos casos las personas tendrán la obligación de presentar las ropas y demás objetos hallados; 4º) La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo y a que se refiere el inciso 3º del artículo 27 (buques o aeronaves de bandera argentina), agregándole la disposición del artículo 85 del Código Aeronáutico (el comandante de la aeronave debe registrar en el libro correspondiente los nacimientos ocurridos a bordo remitiendo copia autenticada a la autoridad competente), de manera que la inscripción efectuada en tales términos es también constitutiva de la determinación de la maternidad cuando se cuente con el certificado del profesional.

puede ser impuesto por la ley, con lo que la igualdad entre hombre y mujer se desequilibra. Pero si la razonable igualdad jurídica ha de tomar en cuenta los hechos biológicos y naturales es forzoso concluir que cuando biológicamente no hay igualdad natural la ley puede asumir la diferencia y, valorando la conveniencia de que los hijos tengan madre cierta, pueda también preferir la atribución automática de filiación materna a la libertad femenina de reconocer o no voluntariamente al nacido, aunque el supuesto de la paternidad haya de manejarse con otro criterio. Un alto interés social de protección al menor lo justifica plenamente”.

Obsérvese que en el caso de menores expósitos (inc. 3 del art. 30 citado), la determinación de la maternidad resultará casi siempre imposible de hecho porque el solicitante de la inscripción ignorará el nombre de la madre y se carecerá del certificado del médico u obstétrica. Esta subraya la mayor exactitud del artículo 120 del Código Civil español.

72. Identificación del recién nacido y de la madre

La identificación del recién nacido, es decir, que "esta persona ha sido dada a luz por esta mujer", constituye una cuestión técnica de gran importancia según han evidenciado distintos tipos de fraudes nada infrecuentes en los grandes hospitales o clínicas donde se producen numerosos alumbramientos por día y en que la atención pediátrica separa al hijo de su madre para cuidar de él en secciones especiales de neonatología.

El artículo 6 de la ley 13.482 (creación del Registro Nacional de las Personas) dispone que la identificación se cumplirá "ante la dependencia del registro correspondiente al lugar donde viva el causante mediante fotografías, impresiones dactiloscópicas, descripción de señas físicas y datos individuales... Los nacidos en jurisdicción argentina serán identificados en las condiciones y dentro de los plazos mínimos que se determinen, que progresivamente irán reduciéndose hasta coincidir, en lo posible, con la inscripción del nacimiento. Se procederá a la identificación dactiloscópica del recién nacido y, de ser posible, de su madre..." La reglamentación de esta identificación de madre e hijo se encuentra en el decreto nacional N° 6652, que rige en la Capital Federal desde el 1º de enero de 1964 y debió extenderse a todo el territorio de la República mediante convenios, generalización que está lejos de haberse logrado. Conforme al artículo, "la identificación del recién nacido debe hacerse registrando en formularios los calcos dactiloscópicos de las plantas de los pies y del dígito pulgar derecho de la madre, antes del corte del cordón umbilical, siempre

que ese proceso no afecte la integridad física de la madre o del hijo". El decreto organiza distintos juegos de formularios en que debe tomarse constancia de la historia clínica, del nombre y apellido de la madre de acuerdo a los datos de la libreta cívica, con el número de ésta, o, en su defecto, las impresiones digitales completas. Se prevén soluciones especiales para la identificación de la madre en caso de nacimiento sin atención profesional, abandono del establecimiento donde se produjo el alumbramiento, partos anormales y fallecimiento de la madre (arts. 11 a 14). Dado que los nacimientos se inscriben con la presentación de los formularios de identificación (art. 19), tanto la del hijo como la de la madre quedan incorporadas al Registro, no pudiendo comunicarse los datos sino a requerimiento de autoridad judicial o administrativa competente (arg. del artículo 19 de la ley 13.482).

Guastavino se planteó oportunamente la legalidad de la identificación de la madre dispuesta por el artículo 6 de la ley 13.482, ante los artículos 334 y concordantes del Código Civil, optando por interpretar que sólo en caso de imposibilidad material, técnica o sanitaria, puede prescindirse de la identificación de la madre y que ésta y la del recién nacido no involucran un reconocimiento de la maternidad. Las consideraciones que formula al respecto cobran renovado interés ante la disposición del artículo 242 en su redacción vigente. Afirmó Guastavino: "De la mera identificación de la madre no surge el estado de hijo que, por el contrario, sí deriva del reconocimiento. Ello es así porque la individualización dactiloscópica de la madre, realizada con abstracción de su consentimiento, no puede constituir un reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial, y tampoco puede ser considerado como reconocimiento forzoso que requiere el ejercicio de una acción judicial, con las garantías del debido proceso" (¹⁰¹).

(¹⁰¹) GUASTAVINO, Elías P., *Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*, en J. A. 1964-II, Doctr. 40 y ss., Nº 31 (ver también los números 29 y 30).

El cumplimiento de las mencionadas normas sobre identificación de la madre y del recién nacido es absolutamente excepcional, pudiendo más bien afirmarse que no se satisface en absoluto. De ser cumplidas, la inscripción del nacimiento se encontraría rodeada de máxima certeza al acompañarse los documentos identificatorios al certificado del médico u obstétrica. Por otra parte, es un hecho la omisión de la inscripción de nacimientos extramatrimoniales en número proporcionalmente elevado (¹⁰²).

73. Notificación a la madre

La inscripción debe ser notificada a la madre salvo en dos casos, a saber, si hubiere reconocimiento expreso del hijo por ésta o si la denuncia del nacimiento hubiese sido efectuada por el marido. Las dos excepciones suponen distinto tratamiento para la filiación extramatrimonial y para la matrimonial, aunque también en ésta será necesaria la notificación si la inscripción ha sido efectuada por otra persona distinta del marido.

No se establecen forma ni término para efectuar la notificación que, indudablemente, debe ser fidedigna.

El texto sancionado por Diputados agregó a la misma, los calificativos de "personal y auténtica", rechazados en la sanción final del Senado.

74. Cuestiones planteadas por el requisito de la notificación

La notificación a la mujer inscripta como madre plantea cuestiones fundamentales, a saber, su finalidad, si es o no constitutiva de la determinación de la maternidad, si abre o no la posibilidad de que se configure un reconocimiento tácito del hijo extramatrimonial, y cómo procede su impugnación.

(¹⁰²) Ver reunión de expertos cit., intervenciones de Alvarez, Grosman, Alterini y otros, *op. cit.*, p. 2280.

La finalidad de la notificación de la inscripción a la mujer inscripta como madre no puede ser otra que la de permitirle negar la maternidad.

La redacción inicial del artículo 242 conduce a sostener que no es constitutiva de la determinación de la maternidad, de manera que su omisión no afectaría la validez de ésta y sólo acarrearía sanciones para el oficial público remiso en efectuarla por falta grave, dada la importancia de atribuir a una mujer un hijo que no es suyo.

La tercera cuestión es más compleja. Siendo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial un acto voluntario, la no participación de la mujer en la inscripción impide que invista ese carácter. Pero si notificada, no se opone a la maternidad que se le atribuye, podría concluirse en que su silencio equivale a una manifestación positiva de voluntad porque habría obligación de explicarse por las relaciones de familia (art. 919 Código Civil) configurándose un reconocimiento tácito implícitamente admitido por la norma del artículo 242 (¹⁰²⁻¹). Esta conclusión se debilita al no existir término para el pronunciamiento de la notificada el que, de estar previsto, permitiría que su silencio efectivamente comportara un reconocimiento tácito, desplazando irrevocablemente la incertidumbre sobre la maternidad del inscripto.

En tal sentido era más definitorio el artículo 312 del Proyecto Menem-Sánchez, en cuanto proponía: "La mujer a quien se atribuya la maternidad sin haber mediado reconocimiento expreso, podrá negar el hijo en el término de un mes desde que se le haya notificado la inscripción del nacimiento, ante el mismo Registro Civil. En tal caso el Registro procederá a suprimir el dato relativo a la maternidad de la partida y elevará los antecedentes al Ministerio Público el que deberá iniciar acción reclamando la filiación materna dentro de los tres meses".

(¹⁰²⁻¹) El reconocimiento produciría los efectos implicados en los artículos 287 y 3296 bis.

Belluscio opinó en contra de la facultad de la mujer de negar la maternidad en el término de un mes de ser notificada, entendiendo que era suficiente con el ejercicio de la acción de desconocimiento de la maternidad, aunque, como él mismo reconoció, en los proyectos que se analizaban en la reunión de expertos, y, después en el texto de la ley, sólo está prevista la impugnación de la maternidad matrimonial (art. 261 y 262) y la del reconocimiento (art. 263) pero nada se dice de la impugnación de la inscripción (¹⁰³). La omisión es importante y ante la necesidad de resolver la dificultad que plantea, es recurso aceptable de hermenéutica la interpretación extensiva: si el reconocimiento puede ser impugnado, puede serlo también la inscripción ajena a la verdad biológica y a la voluntad de la mujer. Esto no implica, que se lo haga conforme a lo prescripto para la impugnación del reconocimiento necesariamente, por cuanto es admisible la rectificación de la inscripción por vía judicial (art. 71, decreto-ley 8204/63). En síntesis, la inscripción con el nombre de la madre podrá ser dejada sin efecto mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la maternidad matrimonial (arts. 261 y 262), en su caso; del reconocimiento si fue expreso (art. 263); o de la rectificación de la inscripción si no lo hubo, con el trámite del artículo 71 del decreto-ley 8204/63 y prueba de la falta de relación biológica (¹⁰³⁻¹).

La no mención expresa de la notificación a la madre en el artículo 120, 4º del Código Civil español ha sido motivo de críticas y de interpretación integradora con disposiciones de la ley de Registro Civil que la establecen y a las que, por otra parte, se remite el citado texto. De la Cámara Alvarez califica el procedimiento adoptado por el Código español para la determinación de la maternidad, con la frase “demasiado atrevido” y propicia como me-

(¹⁰³) BELLUSCIO en reunión de expertos cit., *loc. cit.*, p. 2280 y 2281.

(¹⁰³⁻¹) BOSSERT y ZANNONI admiten la impugnación de la maternidad conforme a los artículos 261 y 262; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, 1984, com. al art. 242, § 8.

dida de prudencia proceder a la mentada integración (¹⁰⁴). Zannoni aclaró haber tenido en cuenta la ley de Registro Civil española para su propuesta (¹⁰⁵).

75. Título de estado de hijo con respecto a la madre. Título de estado de madre

La inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y sus testimonios auténticos, constituyen título de estado de hijo con respecto a la madre y el de ésta en su cualidad de tal.

76. Inscripción de nacimientos acaecidos antes de la ley 23.264

Siendo la inscripción del nacimiento efectuada con los requisitos del artículo 242 determinante la filiación materna, producirá estos efectos siempre que sea formalizada en fecha posterior a la vigencia de la ley, aunque el nacimiento haya acaecido en fecha anterior a la misma. Simplemente se aplica la ley a un hecho, la inscripción del nacimiento, producido durante su vigencia.

(¹⁰⁴) CÁMARA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 66, nota N° 36.

(¹⁰⁵) Dario de Sesiones del Senado, *cit.*, p. 2280.