

La elección del apellido de los hijos y el ejercicio del derecho a la igualdad de ambos padres

Gabriel Eugenio Tavip

1. Introducción.

El novedoso caso que se presenta ante la Jueza de Familia de 4ta nominación de la ciudad de Córdoba importa la pretensión de un ejercicio pleno de los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares, a la luz de los preceptos emanados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con plena y absoluta vigencia en el ámbito del derecho interno de la República Argentina.

La diferencia del planteo radica en que ambos padres de manera conjunta -y aun antes de la inscripción de su hijo en el registro del estado civil y capacidad de las personas- solicitan que el mismo sea registrado con el apellido materno en primer término, contrariando así lo dispuesto en los art. 4 y 5 de la ley del nombre 18248.

En otros planteamientos judiciales que se han verificado en distintos tribunales del nuestro país, se presentaba la situación en el que se solicitaba mantener el apellido materno, que había sido utilizado por el hijo ante la falta de reconocimiento paterno previo o en realidades similares.

2. La cuestión de competencia

En primer término la jueza actuante debe resolver un planteo de competencia que formula la Fiscal de Cámara que entiende que tratándose de una “inscripción tardía” y por ende una cuestión registral, son los jueces civiles los competentes para resolver la cuestión¹.

Corresponde precisar en este aspecto, que más allá de la postura que se asuma en relación a esa posición del máximo tribunal de la provincia² el caso que se presenta no importa una cuestión registral.

Por el contrario, tal como lo resuelve la jueza actuante, la elección del nombre –y en su caso la opción del primer apellido- de los hijos es una consecuencia directa del emplazamiento en una determinada familia e importa un efecto de la constitución en ese título de estado de familia.

¹ En este sentido y ante un conflicto negativo de competencia (entre un juzgado civil y uno de familia) se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que entendió que por imperio de los principios de especialidad y exclusividad que rigen el fuero de familia según la competencia otorgada a ellos por la ley 7676 son los jueces civiles los competentes para resolver las inscripciones tardías por ser esta una cuestión de neto corte registral (Cfr: TSJ, A.I N° 45 de 05/08/2008, en autos “P. H. D.- SUMARIAS-CUESTION DE COMPETENCIA” (Expte. Letra P, N° 1, iniciado el 22/05/08).

² Desde la doctrina procesalista se ha expresado la doctrinaria que la competencia de los tribunales de familia entiende que “supone la exclusión de otras materias ajenas a lo personal, como las sucesiones, o relativas a otros atributos de la persona natural, como el nombre o la capacidad civil, aunque reconozcan cierta vinculación con el estado de familia” (Bertoldi de Fourcade, María V. y Ferreyra de De la Rúa, Angelina, “Régimen procesal del fuero de familia”, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 8).

Ya sea la filiación de tipo matrimonial o extramatrimonial, el apellido que los hijos llevarán toda su vida, constituye una cuestión que se deriva de ese estado. Por eso, ante un conflicto que merezca resolución judicial, será competente el juez local que tenga atribuciones en materia de familia, excediendo por lo tanto las implicancias de registración que esa elección pueda aparejar.

Tenemos un apellido, porque pertenecemos a una determinada familia, por haber sido “reconocidos”³ por nuestros padres por lo que cualquier cuestión relativa a la determinación de ese apellido es competencia del juez que tenga a su cargo resolver la problemática familiar.

En este sentido, quienes comentan el fallo entendieron que “el tribunal deja asentado, en concordancia con lo expresado por calificada doctrina, que la constitución del título formal del estado de familia se produce en nuestro derecho a partir de la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, siendo la inscripción *constitutiva* del emplazamiento filiatorio”⁴.

3. La elección del apellido de los hijos

a- Principio general vigente

El nombre es uno de los atributos de la personalidad e importa la forma en que las personas se identifican a otra en la sociedad, siendo para algunos autores una institución de la policía civil⁵, constituyendo además normas en el que el orden público deja poco espacio a la voluntad de los padres

Está compuesto por el prenombre o nombre de pila y el apellido. El primero es la manera de designación de cada individuo y se adquiere por su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad, al tiempo que el apellido alude a la común designación de un grupo de personas pertenecientes a una misma familia⁶.

En el sistema vigente, los padres pueden elegir –con ciertas restricciones- el nombre de pila de los hijos. Mientras que en relación al apellido se ha privilegiado de manera acabada y contundente el apellido paterno sobre el materno a la hora de la designación de la prole, con la sola excepción del último párrafo del art. 5.

Esa norma estipula que “el hijo extramatrimonial reconocido por uno sólo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste”.

Es decir que sólo es aplicable a determinados casos de filiación extramatrimonial debiendo además quien lo invoca demostrar que el reconocimiento paterno fue posterior al

³ En relación al acto jurídico del reconocimiento, se ha entendido que es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo. (Cfr: Azpiri, Jorge Osvaldo, Juicios de filiación y patria potestad, p. 98, 2ª ed., Hammurabi; Famá, María Victoria, La filiación, p. 149, 2ª ed., Abeledo-Perrot; entre otros)

⁴ Ríos, Juan Pablo y Scoozza, Romina Daniela “El apellido de los hijos. Un precedente que fortalece el principio de igualdad y no discriminación”, en DFyP 2013 (marzo).

⁵ Cfr: Vidal Taquini, Carlos H. “El apellido se adquiere por la filiación”, DFyP 2010 (abril), 01/04/2010, 189

⁶ Cfr: Quirno, Diego Norberto Crisci, Anabella, “El apellido del hijo extramatrimonial”, DJ02/11/2011, 11.

materno y que quien detenta el nombre fue públicamente conocido por el apellido de su progenitora.

-b- ¿Es razonable la norma vigente?

Para responder a esta pregunta hay que realizar un análisis general del sistema actual. Así, cabe cuestionarse si en el marco del sistema legal/constitucional actual es posible la subsistencia de la regulación relativa al nombre referenciada. La respuesta aparece a claras luces como negativa.

En primer lugar porque la preferencia del apellido paterno para designar a la prole muestra de manera contundente la inapropiada prosecución de un sistema “patriarcalista” que ha legado el antiguo derecho romano, traspasó por todo el derecho medieval, se introdujo en la legislación española y finalmente se insertó en el derecho argentino.

Decimos que esta solución aparece “inapropiada” ya que la plena vigencia en el sistema jurídico actual⁷ de la Convención para Eliminar toda forma de discriminación contra la mujer, no posibilita la subsistencia de sub sistemas normativos que diferencien derechos en virtud del sexo⁸.

Incluso se ha sostenido que “respecto de la normativa que rige la materia del apellido, considero que Ley 18.248 se encuentra en contraposición a las disposiciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, permitiéndome afirmar que la Ley de Nombre se encuentra tácitamente derogada”⁹.

Se encuentra vulnerado así el derecho a la igualdad de la mujer y el hombre¹⁰ ya que como lo ha sostenido la doctrina “en lo que respecta a la elección del nombre de los hijos, (la igualdad) no se alcanza mediante la opción de agregar en segundo lugar el apellido materno, pues sigue vigente el rol secundario de la mujer”¹¹.

Por otra parte, la ley 18248 plantea también una flagrante e inadmisibles diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que en el caso de los primeros existe una veda absoluta en la designación con el apellido materno como primera opción, en tanto que para los segundos es viable en algunas situaciones esa posibilidad.

⁷ Art. 75 inc 24 de la Constitución Nacional

⁸ En especial el art 5 dispone que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

⁹ Koon, María Lucila: “Modernas tendencias en materia de apellido familiar”, DFyP //2011 (enero), 24/01/2011, 206

¹⁰ Se ha sostenido que “el art. 5 de la ley 18.248 es discriminatorio, pero debe ser modificado por una reforma legislativa a fin de que la misma tenga alcance general a todas las personas”. Cfr: Azpiri, Jorge Osvaldo Rato, María Clara: “El artículo 5º de la ley del nombre y su eventual inconstitucionalidad” DFyP 2011 (agosto), 01/08/2011, 259.

¹¹ Ronconi, Liliana, “El apellido de los hijos. En referencia a las desigualdades que padecen las mujeres y los/os niños/as”, en RDF N° 56, Abeledo Perrot, septiembre de 2012, p. 150.

No existe ninguna razonabilidad en esa distinción, que sólo se asienta en una anacrónica forma de mirar la institución familiar matrimonial en la que sólo el “pater familia” está habilitado para designar “familiarmente” a su descendencia.

Por último, la preeminencia de un denominado “orden público” que impregna la norma de la ley del nombre 18248 importa una arbitraria interferencia en ámbitos de la intimidad familiar y del poder de decisión de los padres en relación a la su vida y la vida de sus hijos.

Esta idea de una voluntad autónoma para decidir en relación a la vida privada y familiar encuentra su razón en preceptos constitucionales en donde tiene su fundamento primario, necesario y fundamental la contención jurídica tuitiva de la autorregulación de las relaciones familiares¹².

Por eso no existe razón para que padre y madre, en ejercicio de su derecho a la libertad y autodeterminación, no puedan elegir en la intimidad de su familia cuál será el apellido que designará a sus hijos

4. Conclusiones

Por todo lo analizado, y dando una respuesta al interrogante que nos hiciéramos entiendo que la regulación de la ley 18248 no es razonable en tanto brinda una preferencia para el uso del apellido paterno en la designación de los hijos.

Es inadecuada ya que importa una innecesaria discriminación por una cuestión de género, por una parte, y por el origen de la filiación –matrimonial o extramatrimonial-, por la otra. Constituye también una arbitraria e irrazonable intromisión en esferas de la intimidad de la familia.

Por ello, se celebra el planteo efectuado por el matrimonio que se atrevió a desafiar un esquema jurídico arcaico, concurriendo a los estrados judiciales para el respecto de sus derechos fundamentales.

Asimismo aplaudo el valiente y profundo fallo reseñado, que con una mirada respetuosa de los derechos de los individuos permitió que esa familia pudiera autorregular un aspecto central de su vida íntima y familiar, como fue la elección del apellido de sus hijos, de entre las dos opciones posibles.

¹² Cfr: La idea surge de manera clara en varios autores de la doctrina actual que se han hecho eco de la ampliación de la aplicación al ámbito especial del derecho familiar de la noción de autonomía privada. (Cfr: LLoveras, Nora y Salomón, Marcelo: “*El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*”, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 106 y en Tavip, Gabriel Eugenio: “*Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*”- Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 44, Abeledo Perrot).