

A. Nº 692 - "E. C. Y Otro - Sumaria- ExpTE. 708445" – JUZGADO DE FAMILIA DE LA CUARTA NOMINACIÓN DE CÓRDOBA - 31/10/2012 (sentencia no firme)

Córdoba, treinta y uno de octubre del año dos mil doce. Y VISTOS:

Estos autos caratulados "E. C. Y OTRO-SUMARIA- EXPTE. 708445", de los que resulta que a fs. 1 a 7 comparecen los Señores C. E. y G. C. P. solicitando se inscriba al hijo nacido de dicha unión como S. E. C., es decir identificándolo en primer lugar con el apellido materno y luego el paterno. Manifiestan que con fecha 15 de agosto de dos mil doce, nació S. en la ciudad de Córdoba. Desde el año dos mil once se encuentran casados pero el matrimonio aún no se ha inscripto, ya que se realizó fuera del país, y se hace necesario el emplazamiento filiatorio del niño S.

Que la decisión de inscribir a S. con el primer apellido materno y en segundo lugar adicionar el paterno, obedece a la ideología del derecho humanitario, el que impregna todo el sistema jurídico argentino (art. 75 inc. 22 CN)) además de permitir realizar un legítimo deseo constructor de ciudadanía y forjador de su identidad el que debe efectivizarse. Relatan que pretenden educar y criar a S. con los valores de la libertad, la igualdad, la justicia y los derechos humanos, intentando ser coherentes con su filosofía y práctica de vida. Aspiran a que su hijo S. crezca en una sociedad donde la igualdad y justicia de género sean moneda corriente y que las mismas se vean reflejadas en las relaciones entre hombres y mujeres, ya sea en el ámbito público como en el privado, en las relaciones laborales, sociales y políticas como en las relaciones de pareja y familiares.

Consideran que la Ley del nombre 18.248 se encuentra en contradicción con nuestra Carta Magna y con los Tratados Internacionales de derecho humanitario con jerarquía constitucional ya que estarían en contra de los principios de la igualdad de género y contra la posibilidad de vivir plenamente una relación de pareja/ matrimonial igualitaria. Fundamenta su petición en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24);; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3); la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 1).

Resaltan que la normativa internacional evocada refiere que en materia de matrimonio y relaciones familiares los estados asegurarán en condiciones de igualdad entre hombre y mujer los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea el estado civil, en materia relacionadas con los hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos será consideración primordial (art. 16 CEDAW).

Cita el art. 3 de la C.D.N y art. 3 de la Ley 26.061 que consagra el Derecho a la Identidad y el principio de igualdad de todos los hijos y art. 18 del Pacto de San José de Costa Rica.

Exponen que con la sanción de la ley de matrimonio igualitario se otorga la posibilidad a los cónyuges del mismo sexo de optar por el apellido que en primer lugar llevarán los hijos nacidos de la unión. Si bien, este precepto no () se refleja en la norma en forma

directa para uniones de distinto sexo, el art. 42 integra el sistema equiparando los efectos de una manera igualitaria y realizando una aplicación analógica a las uniones de distinto sexo. Se cita Doctrina y Jurisprudencia. Impreso el trámite de ley se corre vista al Ministerio Público Fiscal quien la evacúa a fs. 19 planteando la incompetencia del Tribunal para tratar la cuestión planteada.

Funda su postura en que la pretensión de los comparecientes procura obtener la inscripción tardía de un nacimiento ante el Registro del estado Civil y Capacidad de las Personas.

Considera que no corresponde su tramitación por ante los Tribunales de Familia, atento a la especialidad del fuero.

Cita art. 16 de la Ley 7676 en sus 15 incisos, manifiesta que la norma transcripta destaca la naturaleza no patrimonial del Fuero de Familia, la cual junto con la especialidad y la exclusividad constituyen sus notas características. Asimismo, y teniendo en cuenta dicho precepto el Fuero de Familia es un Fuero de excepción, por lo que las normas que delimitan su competencia deben ser interpretadas estrictamente. En este sentido, la petición de inscripción tardía de un nacimiento, tratándose de una cuestión registral que no tiene implicancias inmediatas ni mediatas con la problemática familiar en sus diversas manifestaciones, no se encuentra abarcada en la norma específica del fuero, por lo que corresponde sean dirimidas en el ámbito de la justicia civil ordinaria.

Corrida vista al Ministerio Pupilar la evacúa a fs. 22/26 en sentido favorable a la petición.

Argumenta su dictamen manifestando que el niño S. no se encuentra emplazado en el estado civil de hijo de los comparecientes, por lo que no se trata de una inscripción registral tardía simplemente y al carecer de emplazamiento alguno corresponde la competencia del Tribunal (arts. 16 incs. 7 y 15 de la ley 7676).

Relata que nos encontramos frente a un impedimento formulado por la Ley 18.248, en razón de que la mencionada norma ordena que los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos deban llevar el "primer apellido del padre" considerando dicha norma inconstitucional y en especial en su art. 5 al imponer el primer apellido del padre, pues atenta los tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN), tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Expone que nuestro País al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a este como sujeto de derecho y se encuentra impregnada por el interés superior de los NNA y la tutela jurídica de sus derechos, los que deben prevalecer como principio primordial en toda relación judicial. Cita Jurisprudencia.

Considera que el derecho de identidad es uno de los derechos fundamentales del hombre que hacen a su dignidad y así está contemplado en nuestra Carta Magna (art. 75 incs. 17 y 19 4 párrafo) , siendo que el de S. está contemplado en los arts 7 y 8 de la

Convención, garantizando al niño la inserción social, ya sea en su núcleo familiar primario como en el extenso, siendo una de las formas de protección preservar las relaciones parentales y la posibilidad de que ser criado por sus padres conforme a sus convicciones, principios y valores en el marco de un continente afectivo y familiar adecuado.

Cita Doctrina y arts. 17.5 y 18 del Pacto de San José de Costa Rica.

Asimismo, manifiesta que nos encontramos ante la inminente aprobación del Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación, el cual, está basado en un paradigma no discriminatorio, en términos igualitarios sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza.

Además de los nuevos tiempos que se están viviendo, por lo tanto los tratados internacionales suscriptos por el país deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso cuando se interpreta una norma. Cita Tratados de Derechos Humanos. Y manifiesta que la Ley del nombre 18.248 debe ajustarse a la regulación de los principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad.

Corrida vista al Director del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Córdoba, la evacúa a fs. 28 remitiéndose a la opinión vertida en la resolución acompañada a fs. 14 de autos. Expresa que a la fecha la normativa vigente es la Ley Nacional 18.248 que en sus arts. 4 y 5 dispone que los niños deben llevar el primer lugar el apellido paterno.

Manifiesta que la elección de agregar el apellido materno al paterno solo se autoriza mediante resolución judicial cuando el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre y el inscripto fuere públicamente conocido por este.

Dictado el decreto de autos queda la causa en estado de ser resuelta Y
CONSIDERANDO:

I) Que en primer lugar corresponde el tratamiento del planteo de incompetencia efectuado por el Ministerio Público Fiscal, para luego evaluar la procedencia de la acción intentada

II) PLANTEO DE INCOMPETENCIA: Al respecto cabe señalar que en autos no se ha solicitado, como erróneamente señala la Sra. Fiscal de Familia Reemplazante, la inscripción tardía de S., cuestión que, además ha sido advertida y señalada por el Ministerio Pupilar. Ello es así porque según se desprende del certificado de parto, agregado en versión fotocopia a fs.16, el niño nació el día quince de agosto del año dos mil doce.

Que tal nacimiento los padres intentaron inscribirlo con fecha veintiocho de agosto del año dos mil doce haciendo un planteo por vía administrativa respecto de la atribución del apellido materno en primer lugar, tal como lo habían resuelto en la intimidad de su

familia, es decir trece días después del nacimiento. Que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas contesta el planteo en sentido negativo recién con fecha tres de setiembre del año dos mil doce, según documental agregada a fs. 14. Durante el período que, ante esa oficina pública, se tramitó la petición de los padres no puede sostenerse válidamente que seguía corriendo el plazo que estipula el art. 28 de la ley 26.413. En consecuencia no estamos en presencia de una omisión en el cumplimiento de la responsabilidad parental en este asunto, como es la hipótesis contemplada en el art. 29 del cuerpo legal citado; sino de un accionar diligente y direccionado a obtener el reconocimiento del derecho por el cual reclamaban, que no puede ni podía ser escindido del acto mismo de inscripción del niño so pena de extinguirlo

Que con fecha 12 de setiembre del año 2012, según reza el cargo de la demanda (fs.7), se ingresa la petición judicial en el sentido expuesto. Por ende sólo transcurrieron veintidós días del plazo máximo previsto en el art. 28 de la ley 26.413. Surge de lo analizado que el postulado sostenido por el Ministerio Fiscal, para fundar la presunta incompetencia que alega, difiere sustancialmente del sustractum de autos. Sin perjuicio de lo dicho la suscripta no comparte la doctrina sustentada por el Alto Cuerpo Provincial en la resolución que cita la Sra. Fiscal Reemplazante, toda vez que la constitución del título formal del estado de familia, en nuestro derecho, se produce a partir de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y como bien señala Zannoni "... sin la constitución formal del título no existe emplazamiento en el estado de familia..." y agrega "En este último sentido, sostenemos que la inscripción es constitutiva del emplazamiento..."(Zannoni Eduardo, Derecho Civil-Derecho de Familia-Tomo 1, pags.86 a 89, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 2006).

Por lo cual si en el proceso de la sumaria información existe certificado de parto y reconocimiento paterno en los términos del art. 248 del C.C., la resolución judicial que ordena la inscripción tardía de nacimiento es suficiente para constituir el título de estado formal y con ello el emplazamiento filial del niño o niña, sin necesidad alguna de accionar, luego, por reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial. Es por ello que no se trata de una mera cuestión registral ajena a la cuestión familiar, ni en el supuesto descripto anteriormente ni en la pretensión que se ventila en los presentes, ya que, como se dijo, con la inscripción se constituye el título de estado formal y consecuentemente el emplazamiento filial del niño o niña, lo que confirma la competencia de la suscripta. Por todo lo dicho y analizado en coincidencia con lo dictaminado por el Ministerio Pupilar corresponde rechazar el planteo de incompetencia realizado por el Ministerio Público Fiscal.

II) PLANTEO SOBRE EL ORDEN DE LOS APELLIDOS MATERNO Y PATERNO EN LA INSCRIPCIÓN DEL NIÑO: Que en este sentido es cierto, como sostiene el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en su respuesta a la petición de los padres (fs. 14) , que los arts. 4 y 5, inciso 2, de la ley 18248 determinan que los hijos e hijas tendrán el primer apellido paterno y de manera opcional o voluntaria se podrá agregar el apellido compuesto del padre o el materno. Los peticionantes no han pedido

la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos, pese a que los atacan por considerar que violan el principio de igualdad, sin embargo tal omisión no obsta al control de constitucionalidad de oficio que el tribunal puede y debe realizar, facultad que ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Corresponde entonces analizar si las normas en crisis superan el "juicio de razonabilidad" o "test de constitucionalidad de la desigualdad".

En primer lugar cabe señalar que el juicio de igualdad es siempre relacional y para su aplicación exige que se cumplan dos presupuestos obligatorios: 1º) la constatación de la diferencia o del tratamiento jurídico diferenciador, es decir, que como consecuencia de la medida normativa cuestionada se haya introducido una diferencia de trato entre categorías de personas y; 2º) la identidad u homogeneidad de los términos de la comparación, esto es, que exista una equiparación lógica, no caprichosa o aleatoria, entre las situaciones subjetivas comparadas. Verificada la concurrencia de ambos presupuestos debe procederse a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida de diferenciación legal.

En el sustractum de autos encontramos que se trata de un padre y una madre en su función parental, es decir relacionada con sus hijos y la atribución del apellido que los mismos deben portar, lo que hace que las situaciones subjetivas comparadas sean iguales. Esta equiparación en igualdad de condiciones frente a los deberes y derechos respecto de sus hijos precede de la indiscutible igualdad entre hombres y mujeres, reconocida sin excepciones en todo el ámbito del derecho.

Esta situación relacional de igualdad no nace de una interpretación azarosa, casual o caprichosa, sino de la vigencia de derechos humanos básicos que se encuentran reconocidos en Tratados internacionales de derecho humanitario que la reforma constitucional del año 1994, incorpora en el art. 75 inciso 22 con jerarquía constitucional

En especial la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) que dispone en su art. 16: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres,...d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

No cabe duda que a partir de la referida reforma los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución, son parte inescindible de ella. Resulta interesante señalar que los sistemas constitucionales normativos, como el nuestro, se distinguen por la existencia de una norma suprema de la cual emana todo el sistema jurídico. Es decir, la Constitución como norma-fuente impone los parámetros materiales y formales para la formación y validez de las normas inferiores.

Esto se conoce como principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, los que se encuentran contenidos en el art. 31 de la CN, "...La supremacía constitucional significa la prioridad jerárquica de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre las demás fuentes normativas"(Lloveras, Nora, Faraoni Fabian, Orlandi Olga, "El matrimonio civil argentino", Editorial Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, año 2010, pág. 95).Entonces para que una norma sea válida, es decir para que adquiriera membresía en el sistema jurídico, deberá ser material y formalmente compatible con la Constitución y los tratados de derechos humanos en ella incorporados, de lo contrario se la debe expulsar del sistema, declarándola inválida por inconstitucionalidad.//-

En el caso concreto a resolver las disposiciones citadas son incompatibles con el principio de igualdad entre hombres y mujeres que establece el art. 1 de la CEDAW.

La preferencia de la imposición del primer apellido paterno a los hijos no encuentra ninguna razonabilidad en la diferencia introducida por el legislador en el momento histórico en que se sancionó, pues se basaba en un resabio de la relación de poder – sujeción que la mujer tenía respecto del varón, en todo el espectro de las relaciones familiares, como hija, como madre, como esposa, etc. El fin de dicha diferenciación es indefectiblemente indigno de protección en el marco actual de los principios y valores constitucionales. Los hijos deben portar un apellido familiar pero éste debe ser elegido entre los miembros de la pareja parental, como una expresión de la autonomía de la voluntad, pero además como una expresión de la igualdad de hombres y mujeres en el marco de la responsabilidad parental.

Tan ello es así que esta facultad se les ha otorgado por el artículo 37 de la ley 26618, que modifica el art. 4° de la ley 18248, a los cónyuges del mismo sexo ("los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el apellido de alguno de ellos"). Luego, la pregunta que se impone es ¿cuál es el criterio diferenciador que ha utilizado el legislador para mantener la imposición del apellido paterno en las relaciones heterosexuales, tanto matrimoniales como extramatrimoniales (art.4 y 5)?

La respuesta es obvia: una pauta basada exclusivamente en el sexo de los integrantes de la pareja, y este criterio sexista se vuelve manifiestamente violatorio del principio de igualdad y no discriminación. Esto confirma la necesidad de declarar su invalidez por inconstitucionalidad manifiesta. Por otra parte tampoco supera el "control de convencionalidad", de reciente creación judicial. La Corte Interamericana ha dicho a partir del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.) que "...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de

constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana..."

En este sentido el artículo primero, apartados 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece los principios de igualdad y no discriminación en el respeto como en el aseguramiento del libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos por parte de los Estados contratantes, "...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..."; y en su artículo 24 establece la igualdad de todas las personas ante la ley y, en consecuencia, a la protección de la ley sin discriminación. Por último el artículo diecisiete establece la protección de la familia sin distinción de los distintos tipos o formas.

Es decir se establece la "protección de las familias". En este contexto la imposición legal del apellido paterno a los hijos, implica un acto de discriminación a la mujer en las relaciones heterosexuales, máxime cuando la agregación del apellido de ésta se encuentra sometido al requisito que la petición la realicen ambos padres, lo que implica que si el hombre no la hace o concilia en hacerla, el apellido de la madre no se puede atribuir al hijo. En consecuencia el artículo 4 y 5, inciso segundo de la ley 18248 no supera tampoco el test de convencionalidad.

Asimismo la normativa en crisis contradice en el supuesto de la atribución del apellido paterno, en las relaciones de parejas heterosexuales, normas de sanción posterior como la ley 26485, que establece en su artículo segundo, apartado a): "la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida", y; apartado c): la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres".

Respecto a los derechos protegidos el artículo tercero establece la garantía de los reconocidos por la CEDAW, y otras convenciones, estableciendo como un derecho protegido, en su apartado j): "la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres". Por todo lo dicho y analizado corresponde la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 inciso segundo de la ley 18248 en el caso concreto y en consecuencia ordenar la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de S. como E. C., es decir inscribiendo como primer apellido el materno y luego agregando el paterno, como hijo extramatrimonial de C. E., Documento Nacional de Identidad número y de G. C. P. documento nacional de identidad número /////.

Por lo expuesto, analizado y normas legales citadas;;

RESUELVO:

1º) Declarar la competencia del Tribunal para entender en la cuestión traída a resolución

2º) Declarar la invalidez por inconstitucionalidad en el caso concreto de los artículos cuatro y cinco, inciso segundo de la ley 18248, en cuanto impone en los hijos matrimoniales o extramatrimoniales de parejas heterosexuales el apellido paterno como apellido familiar.

3º) Ordenar la inscripción de nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de S. E. C., ocurrida en la ciudad de Córdoba el día quince de agosto del año dos mil doce, como hijo extramatrimonial de C. E., Documento Nacional de Identidad número y de G. C. P., Documento nacional de identidad número ..., debiendo establecer como primer apellido el materno y luego agregando el apellido paterno.

4º) Oficiese a sus efectos. Protocolícese, hágase saber y dése copia.//-

Fdo.: Silvia Cristina Morcillo

Secretaria: M. Dolores Ugalde