

Expte.: (65122/2014) "REY VIRGINIA Y OTRO C/ DIRECCION PCIAL REGISTRO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS S/ACCION DE AMPARO", SENDEF, 95992/2014.-

Neuquén, 19 de Septiembre del año 2014.

**VISTOS:** los autos caratulados "REY VIRGINIA Y OTRO C/ DIRECCION PCIAL REGISTRO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS S/ACCION DE AMPARO" (Expte. N°. 65122 / 2014), del Registro del Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia N° 2 a mi cargo, secretaria única, traídos a despacho para dictar sentencia..

**RESULTA:** I.- Que a fs. 9, en fecha 9 de junio de 2014 comparecen la Sra. Virginia Rey y el Sr. Nicolás Cabral por derecho propio y en representación de su hija C , interponiendo acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN, contra la resolución de fecha 2 de junio de 2014 dictada por el Director del Registro Civil y Capacidad de las Personas.

Expresan que la mentada resolución, deniega la inscripción de su hija C con la anteposición del apellido materno al paterno, lo cual lesiona y restringe con arbitrariedad, de forma irrazonable derechos y garantías explícitamente consagrados en la Constitución Nacional.

Relatan que en tiempo oportuno, procedieron a solicitar la inscripción de su hija C -nacida en fecha 6 de mayo de 2014 en Neuquén Capital- ante el Registro Civil Provincial antecediendo el apellido materno al paterno, es decir se la inscriba como C Rey Cabral.

Luego, en fecha 2 de junio de 2014, se los notifica del rechazo de la petición en base a los argumentos expuestos en la resolución dictada por el Director del Registro, donde sostiene que el supuesto solicitado no encuadra en los extremos previstos por la ley y en el que aclara que carece de facultades en dicho sentido, debiendo ocurrir ante el órgano jurisdiccional.

Refieren que se encuentra afectado el derecho a la igualdad de su hija por la resolución mencionada, por cuanto en sus fundamentos para el rechazo, hacen una alusión errónea a las diferencias, distintos objetivos y consagraciones de derechos que han inspirado el dictado de las leyes de matrimonio igualitario, ley de identidad de género, que supuestamente no son equiparables a las soluciones de aquellas con las previstas en la ley

de matrimonio de distinto sexo y ley del nombre.

Mencionan que se debe reiterar que el niño es un sujeto de derecho y no un objeto.

Que su derecho de igualdad se ve afectado en la aplicación tangencial de cada normativa. Es así que no tiene importancia a los efectos legales que un niño sea hijo matrimonial o no, adoptivo de pareja homosexual o heterosexual ya que sus derechos –a la identidad y al nombre- radica en que todos los niños son iguales ante la ley, de acuerdo a nuestro estado de derecho, los principios constitucionales y tratados gozan de los mismos derechos.

Concluyen en que no puede ampararse el Director del Registro en el apotegma de la CSJN referido a la aplicación del principio de igualdad “igualdad de los iguales ante iguales circunstancias”.

Resulta obvio que tal criterio es discriminatorio por cuestiones sexuales de sus progenitores, lo que desde ya resulta irrazonable e inadmisibile.

Tampoco les cabe duda que al ampliarse los derechos civiles de las personas y sobre todo en lo referente a las garantías de no discriminación de género por la elección sexual que ejerza cada persona, la ley de nombre se ha tornado inconstitucional, en tanto no ha captado las reformas legislativas, generando desigualdades para los recién nacidos como a los progenitores en virtud del derecho que les asiste en la elección del nombre de sus hijos.

Agregan que la ley afecta el derecho de los padres mediante una distinción de género inadmisibile que no existe para el sistema jurídico en general, toda vez que la negativa o rechazo a la anteposición del apellido materno se basa en una organización machista y patriarcal que con la incorporación de las leyes mencionadas y sobre todo la ley de matrimonio igualitario y la posibilidad de adopción por parte de dichas familias, tal solución –la legal- resulta discriminatoria de género y la ley que obliga a anteponer el apellido paterno en caso de reconocimiento de ambos padres, es a todas luces inconstitucional.

Continúan su relato exponiendo que la ley del nombre 18248 con sus modificatoria sólo permite que los hijos matrimoniales como extramatrimoniales pero reconocidos por ambos padres lleven el primer lugar el apellido paterno no contando con la libre elección de los padres.

Afirman que esta normativa atenta contra el libre ejercicio de los derechos y es violatorio del principio de igualdad ante la ley, atenta la igualdad de género impidiendo

realizar una decisión libre, voluntaria y de común acuerdo.

También consideran que esta norma afecta el derecho a la identidad de su hija, que incluye principalmente las relaciones familiares y el nombre.

Reiteran que es una ley discriminatoria contra las mujeres, afecta su libertad e igualdad entre las mismas por lo que deviene palmariamente inconstitucional, en contra de los Tratados de Derechos Humanos de jerarquía constitucional.

De igual manera, consideran que esta ley ha quedado obsoleta en relación a los últimos cambios sociales, en términos de ampliación de derechos civiles, la normativa vigente otorga la posibilidad a los cónyuges del mismo sexo de elegir el primer apellido de sus hijos. Menciona antecedentes y argumentan que nos encontramos ante una incoherencia jurídica y administrativa.

Agregan que el proyecto de Código Civil prevé la modificación de la ley del nombre en términos pluralistas permitiendo que el orden de los apellidos sea elegido por los padres y en caso de desacuerdo, el decidido por el Registro Civil.

Citan antecedentes y solicitan se declare la inconstitucionalidad de la ley 18248 en cuanto no autoriza la anteposición del apellido materno al paterno.

Justifican el perjuicio inminente en el hecho de que el nacimiento de su hija no se encuentra inscripto y entre otras cosas no cuenta con la cobertura médica que le corresponde.

Solicitan como medida cautelar que se ordene la inscripción provisoria del nacimiento de C , ofrece caución juratoria.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba y funda en derecho.

A fs. 15 se declara la admisibilidad de la acción de amparo.

A fs. 16 toma intervención la Sra. Defensora del niño. En relación a la medida cautelar se expresa a favor de su procedencia y adelanta su postura, coincidiendo con los actores, en que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 4 y 5 de la ley 18248.

Para así dictaminar, menciona que las normas citadas transgreden el principio de igualdad, que se encontraría alterado entre las parejas heterosexuales y homosexuales, a los fines de que estos actos no se traduzcan en actos discriminatorios inversos.

A fs. 21 obra dictamen del Fiscal, en relación a la medida cautelar y desde que coincide con el objeto de la acción, sugiere que se inscriba a la niña de conformidad a la ley vigente.

A fs. 26 se presentan los Dres. Guillermo A. Díaz y Virginia R. González,

apoderados de la Provincia de Neuquén, realizan una negativa general de los hechos expuestos en la demanda.

Refieren que en fecha 21 de mayo de 2014, los actores se presentaron en el Registro Civil manifestando su voluntad de inscribir a su hija anteponiendo en apellido materno. Se les explicó que conforme el ordenamiento vigente no era posible por lo que se emitió una resolución que fue notificada en fecha 2 de junio de 2014.

En fecha 23 de junio, y por haber transcurrido el plazo sin presentarse los padres a efectuar la inscripción se registró de oficio el nacimiento de la niña como C Rey de conformidad con el art. 28 de la ley 26413.

Sostienen que la vía de la acción de amparo es inadmisibles, por no reunirse en el caso los recaudos para su procedencia, esto es, ausencia de actualidad, ausencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.

Expresan que no basta que el proceder denunciado entrañe la restricción de un derecho, sino que requiere además que el acto carezca de respaldo normativo vigente.

Afirman que hay inexistencia de lesión a derechos constitucionales.

Y que no se visualiza la arbitrariedad manifiesta, dado que el director del Registro Civil no puede desobedecer, saltar las normas legales y leyes que debe aplicar el organismo.

Aducen que la Ley 18248 sólo permite, que los hijos reconocidos por madre y padre lleven en primer lugar el apellido paterno, no contando la posibilidad de elegir. Transcriben el art. 4 y 5 de la norma citada y concluyen que el actuar del Director del Registro es respetuoso de las normas legales.

Aducen que la presunta ilegalidad alegada debe ser necesariamente analizada en el marco de mayor amplitud de prueba.

Relata que ante el planteo de los actores el Registro lo contestó en fecha 2 de junio de 2014, indicando los términos de la ley 18248 y en base a ello, denegando el pedido, en cuanto carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de la norma. Así también se les informó que pasados los 40 días desde el nacimiento y de no presentarse, se debía proceder a la inscripción del nacimiento de oficio.

Así las cosas, y ante la falta de presentación de los solicitantes, se inscribió a la niña en fecha 23 de junio de 2014, como C Rey conforme art. 28 de la ley 26413.

A fs. 32 obra dictamen del Fiscal Dr. Germán Martín. Refiere que la vía idónea para plantear la cuestión es la contencioso administrativa. Sostiene que no hay perjuicio actual e

inminente así como ausencia de arbitrariedad manifiesta en atención a la normativa aplicada.

Finalmente, expone que no se ha demostrado la inconstitucionalidad alegada, que se sostiene un perjuicio que dista de ser concreto y actual bajo la forma de medida cautelar la que, por otra parte, deviene abstracta por haberse inscripto la niña.

Propicia el rechazo del planteo formulado.

A fs. 36 obra contestación de la parte actora en relación a la documental adjuntada, exponen que el Estado ha inscripto a su hija únicamente con el apellido materno lo que evidencia un perjuicio manifiesto a la identidad de su hija.

Expresan que tal inscripción se encuentra prevista para los casos en que no hay reconocimiento paterno y que no es el caso de autos puesto que el padre se presentó oportunamente solicitando que su apellido figure en segundo lugar. Afirma que el proceder adecuado que debió seguir el Registro es el de elevar a su superior jerárquico y agotar la vía administrativa, ya que no se trata de un caso de omisión o de inscripción únicamente materna.

A fs. 38 se llama a autos para dictar sentencia.

**CONSIDERANDO:** La presente acción interpuesta por la Sra. la Sra. Virginia Rey y el Sr. Nicolás Cabral por derecho propio y en representación de su hija C , cabe analizar en primer término la procedencia de la vía intentada evaluando para ello diversos puntos tales como, falta de otros procedimientos que puedan subsanar la lesión denunciada, el derecho vulnerado, la conducta lesiva.

I- La vía elegida: Debo adelantar, que disiento con el dictamen del Fiscal, en tanto considero adecuada la vía escogida, ya que posee idoneidad para consagrar y proteger los derechos fundamentales que se pretenden hacer valer en la misma.-

Respecto a la acción de amparo el Dr. Augusto Morello ha expresado: "... la identidad del nuevo amparo y su forma de funcionar: directa, principal, con verdadera vocación de constituirse en un engranaje de tutela judicial efectiva, independiente del prisma que da colorido a las acciones procesales. El amparo es más y mejor que cualesquiera de ellas o de los remedios instrumentales de que se dispone" MORELLO, A. M., "El proceso justo en el marco del modelo del acceso a la justicia", ED, 161-1041; ídem, "El modelo de justicia en la Constitución de la provincia de Buenos Aires", JA, 1995-I-918. y MORELLO, A. M., VALLEFIN, Carlos, "El amparo. Régimen procesal", Ed. Platense, 1995, 2ª ed.; ídem, "Posibilidades y limitaciones del amparo", ED, 22/11/95.

Siendo que el amparo constituye una acción emergente del plexo constitucional (art 43 de la Constitución Nacional y 59 de la Constitución Provincial) se convierte en el instrumento garantizador de los derechos fundamentales de los hombres, por ello habiendo denunciado la actora la lesión de derechos de raigambre constitucional considero idóneo el carril que transita, toda vez que la cuestión discutida no requiere mayor debate o prueba.-

Esta vía procesal es la única eficiente cuando el acto atacado se convierte en obstáculo para la consagración de derechos reconocidos por la Carta Magna Nacional, Provincial y tratados internacionales con jerarquía constitucional.

“No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho” (Conf. consid. 15.3 de la C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2da., 12/03/2002, “Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. s/ amparo” LL2002-58, supl. Derecho Constitucional).-

#### II- El derecho vulnerado y la conducta lesiva:

Analizando las constancias de autos, corresponde formularse dos preguntas, en primer lugar ¿existe vulneración de un derecho?, y en segundo, ¿la conducta del organismo demandado fue lesiva o arbitraria?.

Dicho esto, y a fin de responder al primer interrogante, debería considerarse : si el derecho a elegir el apellido (en el marco de la autonomía de la voluntad) ¿es un derecho?; luego: ¿si es un derecho Humano?, y por último entrar al fondo de la cuestión: si este “derecho” (en el caso de autos la falta de opción a las parejas heterosexuales de elegir para sus hijos el apellido de la madre en primer término, frente a la opción de las parejas homosexuales), se encuentra vulnerado por la normativa vigente, que es de orden público y si su aplicación violenta derechos consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que gozan de igual jerarquía.

II-a) El apellido es la designación común a todos los miembros de una familia, apunta a la diferenciación de las distintas familias dentro de la sociedad y tiene la misión de identificar a las personas en el grupo social. Conf. CIFUENTES, Santos “Elementos de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Astrea. Buenos Aires 1999,p. 167.

El nombre individual o de pila busca identificar a una persona dentro de su familia. La persona humana posee como atributo de la personalidad el nombre, se lo considera un atributo esencial, pues la personalidad supone identidad, una individualidad propia y el nombre permite identificar a una persona y distinguirla de los demás.

El apellido de una persona tiene una trascendencia en si mismo, dada la estrecha vinculación al derecho a la intimidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en este sentido y se ha referido: "La potestad de los padres para elegir el nombre de los hijos es de aquellos derechos esenciales que integran la esfera de la libertad humana, conforme con los principios rectores en la materia contenidos por el art. 19 y 33 de la C.N. y se compadecen con las cláusulas de aquella que aseguran la existencia de tal esfera de libertad en diversas materias, como las contenidas en los arts. 14, 19 y 17." CSJN 09/8/1988; LA LEY 1988-B, 253 idem 29/06/1988 Fallos 312:1121.

El Código Civil, no regula sobre el nombre; ése ha sido materia de legislación independiente.

La regulación del nombre (1969), tuvo por fin establecer un orden para la inscripción con grado de obligatoriedad para identificar a una persona, como hijo de alguien, siguiendo una costumbre de raíz patriarcal. En este esquema, el nombre y apellido cumplía una doble función: identificar a una persona socialmente y jurídicamente.

Históricamente el apellido identificaba a una persona como integrante o perteneciente a un clan o grupo de familias y el nombre lo individualizaba dentro ese grupo.

El nombre se caracterizaba por ser una institución compleja que importa a la vez un derecho de la personalidad y una institución de policía civil Así se reconocía como un derecho íntimamente vinculado a la personalidad humana y a la vez el interés social comprometido en la individualización de las personas.

Esa tesis se plasmó en el art. 1 de la ley 18.248 que establece que una persona tiene el derecho y el deber de llevar el nombre que le corresponda (Borda, Guillermo A. "La ley del nombre", LA LEY 136.1992).

La ley mencionada establecía, un criterio único para la inscripción de todos los hijos reconocidos por ambos progenitores, unificó y uniformo la individualización de las personas de un modo acorde a los usos y costumbres imperantes en la época.

Las costumbres y valoraciones sociales, no son inmutables sino esencialmente variables, lo que una sociedad concreta admite en un momento dado puede modificarse con el transcurso del tiempo. En una sociedad democrática estos cambios los recepta el poder legislativo, quien en la representación de las mayorías y sus valoraciones se plasma en leyes.

Actualmente el apellido, tiene la función social para quien lo lleva, formando parte del derecho de una persona para poder ser llamada e individualizada ante otros, pero podemos decir que carece de eficacia, a los fines de acreditar identidad jurídica, ya que hoy, la identidad termina de acreditarse con el número de documento, que se asigna en forma única e irrepetible para cada persona.

Por lo que no se puede sostener, a la luz de la Constitución Nacional y nuestro Código Civil (después de la reforma en materia de matrimonio e inscripción de los hijos que significa la ley 26218 y la ley de género 26.743), el rol del apellido en su función de identificar y dar identidad jurídicamente.

La facultad, como derecho de los padres de elegir el nombre y el orden del apellido que llevaran sus hijos, es tan personalísimo y prescindente de toda cuestión de orden público, que hace a su derecho esencial e íntimo como ser humano. Constituye algo íntimo, vinculado a valores y sentimiento del grupo que forma la familia, en ese orden de ideas podemos afirmar que esta facultad “es un derecho”, respondiendo en forma afirmativa la primer interrogante.

II-b) El nombre es reconocido como un derecho inherente a la persona, es un derecho personalísimo. A la luz de las normas que hoy lo regulan, podemos afirmar que es un “derecho humano”.

II-b.1) El control judicial de constitucionalidad es un deber que implícitamente impone la Constitución Federal a los tribunales del Poder Judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, En nuestro sistema institucional es difuso, ahora bien la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado, como la ultima ratio del orden jurídico (conf. C.S.J.N. Fallos 315.923). Se trata de una atribución que solo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos:316:2624 y en tanto exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la ley fundamental si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de menor jerarquía (C.S., Noviembre 23-1989 , Mitivie, Carlos M, c. Estado Argentino .M Defensa Instituto Argentino para Pagos de Retiro y Pensiones Militares Fallos:312:2315)

Cuando se verifica una afectación del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación como alegan los peticionarios, la cuestión ya no está circunscripta a los



límites del poder judicial frente al legislador, en nuestro ordenamiento jurídico, la voluntad del Constituyente prima sobre la del legislador (art.31 de C.N.), por lo que, en las facultades de control de constitucionalidad que las leyes han confiado a los jueces, corresponde que éstos intervengan cuando derechos constitucionales han sido desconocidos. (Fallos: 308:2268 “Sejean”)

Los derechos fundamentales de los individuos concretos, son en principio independientes de lo que establezca la regla mayoritaria (la ley del nombre). Los derechos individuales básicos deben ser respetados también en aquellos casos en que la regla mayoritaria disponga lo contrario, en este caso Dworking los clasifica “cartas de triunfo” frente a las pretensiones de una mayoría ocasional. Conf. Dworkin, “Los Derechos en serio” Ed. Ariel Barcelona.

El principio de igualdad según lo ha delineado la Corte, es un derecho fundamental que no implica una equiparación rígida entre las personas, ni impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes. En cambio la igualdad establecida en la C.N., importa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (“Partido Nuevo Triunfo”, Fallos: 332:433).

Los distingos no convierten a una norma en discriminatoria, sino además debe de existir trato desigual, este debe ser arbitrario. La arbitrariedad en la distinción no se presume y debe ser probada por quienes la invocan, las clasificaciones introducidas por la ley tiene en general una presunción favorable de validez que debe ser destruidas por quien la ataque demostrado la clara e indudable contradicción con cláusula constitucional.

La justificación de las normas que realizan distinciones debe realizarse desde la perspectiva del llamado principio de razonabilidad. Pero cuando se encuentra en juego el principio de igualdad el examen de la norma es más riguroso, que cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos también llamados sospechosos (asi en fallos; 327:5118 Hooft, 329:2986 Gottschau 331:1715 Mantencion Valdez entre otros) .

La reforma Constitucional de 1994, en su art. 75 inc. 22) sienta un principio de supra legalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que prevalecen sobre las leyes y gozan de jerarquía constitucional, con carácter operativo y en virtud del compromiso asumido por el Estado deben obligatoriamente hacerse efectivos.

Son imperativos y constituyen un elemento esencial en nuestra normativa para

rechazar toda limitación o cercenamiento al principio de tratamiento igualitario ante la concreta igualdad.

Por lo expuesto, la proscripción de determinadas discriminaciones tiene rango constitucional vedando la utilización de criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Convención Americana de Derechos Humanos art. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art.26 y Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales art. 2.,2).

Para determinar si una norma vulnera derechos humanos emergentes del bloque de constitucionalidad es preciso hacer un análisis desde el llamado principio de razonabilidad -enunciado precedentemente - contenido en el art. 28 de la C. N. Este parte de la base que de los derechos allí consagrados no son absolutos sino que, por el contrario admiten una reglamentación razonable.

“Un nivel mínimo y clásico de control de razonabilidad evalúa la relación entre los fines de las disposiciones y los medios elegidos para alcanzarlos; avanzando en el control, la proporcionalidad exige mensurar si la restricción, aunque adecuada para lograr el objetivo perseguido por las normas jurídicas, se excede en cuanto a la limitación del derecho afectado; a través del análisis de los costos y beneficios que produce la norma para los derechos y para el interés público, el control se acerca al de conveniencia u oportunidad de las medidas de limitación de derechos, criterio que, en principio, desestima la Corte Suprema para no interferir con las atribuciones propias de los otros poderes del Estado. Otras pautas de control de razonabilidad consideran el interés estatal urgente en resolver la necesidad pública, por ejemplo, en la protección de otros derechos o en casos de emergencia. También es posible indagar la razonabilidad de las restricciones según el tipo de los derechos o garantías involucrados.

Este standard supone la admisión de una jerarquía entre los derechos. En general los derechos de propiedad -salvo en materia alimentaria- suelen admitir una restricción mayor, claro que sin llegar hasta su aniquilación (15). De su lado, cuando está en juego la igualdad el escrutinio de los parámetros utilizados para crear categorías y diferenciarlas es más estricto, desde que esa garantía es fundamental en el sistema democrático.”(Conf. “El caso "Smith" (o la razonabilidad cuestionada) Autor: Gelli, María Angélica. Publicado en: LA LEY 2002-B, 790 ).

Y siguiendo esta línea de pensamiento cabe citar lo manifestado por el Dr. Germán

Bidart Campos al comentar el fallo Salgado , Graciela B. C. G.C.B.A Publicado en La ley 2002-B,76: "...en la sentencia aparece una atractiva calificación a las categorías dentro de las cuales se sitúa a determinadas personas. Se habla de categorías sospechosas o clasificaciones sospechosas. Si el derecho a la igualdad se compagina con el derecho a ser diferente [...] nos queda la sensación de que esas clasificaciones y categorías sospechosas apuntan a ingredientes subjetivos que muy difícilmente puedan aprobar el test de constitucionalidad, a menos que, como posible excepción, una inversión de la prueba la ponga a cargo del Estado, y éste logre acreditar que la medida sospechada no es discriminatoria ni persecutoria, ni infundada, sino que responde a un criterio objetivo de razonabilidad, que resulta ajeno a presunciones infra valorativas..."

La doctrina y jurisprudencia ha caracterizado al principio de razonabilidad como norma operativa propia de un estado de derecho, puesto que junto con el principio de legalidad, completa la estructura de limitación del poder.

Así se ha dicho que: "...aunque el art. 28 CN, no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías, tarea compleja y nada sencilla de resolver. No obstante es posible afinar las pautas o criterios de razonabilidad para delinear un principio interpretativo que afiance los controles y resguarde los derechos. El principio interpretativo de razonabilidad, de todos modos, emana de una norma operativa por lo que resulta ineludible de aplicar por todos los órganos de poder en el estado de derecho, entendido este, precisamente, como estado de razón. En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento o que deriva solo de la voluntad de quién produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente ..." Gelli, Maria Angélica "Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada" 3ra Ed. Buenos Aires: La Ley 2006. Pag. 327.-

Así que deberemos analizar si la reglamentación en el caso de marras, la ley del nombre en su art. 4 y 5 armonizan con las normas infraconstitucionales que receptan el principio de igualdad o no discriminación,

Si partimos de esta concepción, cuando se discute el reconocimiento de derechos, estos se deben interpretar en el sentido amplio, aplicando el "principio pro homine" y para la restricción de esos derechos el principio es restrictivo.

La Corte y la Comisión Interamericana han receptado estas categorías denominadas "sospechosas". Por eso, las normas que realizan estas distinciones padecen de una presunción de que afectan derechos fundamentales, por lo tanto su compatibilidad con el sistema Interamericano de Derechos Humanos debe ser sometida a un análisis riguroso. Con relación a las clasificaciones fundadas en el sexo, si bien se les ha aplicado un escrutinio, que no llega a ser tan estricto, como el empleado para las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, es sumamente exigente.

Podemos sostener, que varios de los criterios que se han identificado como sospechosos en los tratados, tiene en común el hecho que aluden a circunstancias personales que en principio no están sujetas a un control voluntario de las personas, como ocurre con el sexo, o la etnia.

Por lo hasta aquí expuesto, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte nacional, cuando el trato desigual se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, se debe partir de la presunción de inconstitucionalidad. ("Repetto", "Hoof" Fallos; 327:5118).

El juicio de razonabilidad, deberá estar signado por un criterio severo, que implica la inversión de la carga de la prueba o de la argumentación, de la cuestión de prueba o simplemente de puro derecho.

En este caso, la norma, bajo el prisma más estricto de análisis, para justificar un trato desigual, deberá fundar un "interés estatal urgente", que responda a fines sustanciales y no meramente convenientes – en palabras del caso "Hoof"- ya citado.

Llevadas las categorías mencionadas al caso de autos, puede verse que la norma art. 4 y 5 de la ley 18.248, brinda un trato desigual – tal lo sostenido por los presentantes-

Esta admite que los hijos recién nacidos reconocidos por ambos padres, la posibilidad de que lleven el primer apellido del padre o el compuesto de este y que se le adicione el de la madre. En cambio, ante la misma situación no acepta, aún con acuerdo de ambos, que el hijo lleve el apellido de la madre en primer lugar y que se adicione el del padre.

El legislador de 1969 optó por una designación uniforme, en el que se advierte que se continuó con los usos y costumbres de la época.

"El apellido paterno (y no el materno) como apellido que se comunica a los hijos trae aparejada una larga tradición basada en la superioridad del hombre sobre la mujer. Esta tradición se plasmó en los art., 4 y 5 ley 18148. JAUREGUI, Rodolfo G. El nombre de los hijos, en RDF,Nº 36 , "Filiación", directora Cecilia Grosman, Lexis Nexos. Bs. As marzo/

abril 2007, p77.

Nora Lloveras, sostiene: "... Esta ordenación responde a la tradición patriarcal, que prescribe como regla imponer a la prole, como primer apellido el paterno y en determinados casos, adicionar el materno.

Se encuentran transgredidos, por esta vía de la ley del nombre de las personas, el principio de igualdad del hombre y de la mujer ante la ley, el principio de no discriminación y el derecho a la identidad que comprende el uso o atribución del nombre.

Deviene necesario modificar estas normas relativas al nombre (art. 4 y 5, ley 18248) consagrando la atribución al hijo el apellido de cada uno de los progenitores, lo que respeta el principio de igualdad entre el hombre y la mujer ( art. 16, 75 inc. 22 y cc. CN) Lloveras Nora, SALOMON Marcelo" "El derecho de Familia desde la Constitución Nacional", La igualdad en las relaciones Familiares. Universidad. P.p. 370/371 año 2009.

La ley mencionada, ha sido objeto de reforma a través de las leyes 20.668, 23162, 23264 y 23515. Recientemente la ley 26618, al modificar el régimen del matrimonio civil, la filiación y la adopción y cuyo principal objetivo fue establecer un pie de igualdad, sin distinción de sexo, contribuyendo a la equiparación de los derechos, regula lo referente al apellido de los hijos y de los consortes del mismo sexo, disponiendo que los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo, llevaran el primer apellido de algunos de ellos y a pedido de éstos, podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el menor el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge, pudiendo consensuar qué apellido llevará ( art. 4 del la ley 18248 ).

Produciendo un giro de categórico en el "orden publico", que regia la materia hasta ese momento.

Por lo cual, la ausencia de justificación del trato desigual que brinda la norma impugnada, pone de manifiesto que la restricción es inconstitucional y en el caso de autos no puede ser mantenida.

La Constitución Nacional en lo que respecta al art. 75 inc. 23, la ley 26618 y las modificaciones efectuadas a las leyes vinculadas como la ley del Nombre en aras de la igualdad de las personas ante la ley y la igualdad de derechos, torna inadmisibile la discriminación de una misma relación jurídica emergente del matrimonio o de una unión convivencial, por ser sus integrantes de distinto sexo o no. Puesto que la hermenéutica de las normas, su interpretación conforme lo estipula el art. 16 del C.C y su jerarquización hace operativa la aplicación de las norma de rango inferior que quedan modificadas por

estas.

Cualquier interpretación en contrario implica ir contra el ordenamiento legal vigente, vulnerando derechos fundamentales consagrados en la CN art. 16, 19 y 75 inc. 22 y cualquier resolución en contrario violenta principios fundamentales consagrados en la C. N., como la igualdad ante la ley y la prohibición de cualquier forma de discriminación de género.

La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado recientemente en un caso similar al de autos: los peticionarios de común acuerdo pretendían la inscripción de su hija recién nacida con el apellido de la madre. El tribunal considero que existió trato desigual, por parte del Estado italiano al negar tal posibilidad, sin que se haya acreditado una “justificaron objetiva y razonable” de esa discriminación. Expresó que dicha justificación debía apreciarse a la luz de los principios de una sociedad democrática que la distinción debe tener un fin legítimo y una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo propuesto. En este contexto recordó la importancia de avanzar hacia la igualdad de los sexos y ponderó que la tradición de manifestar la unidad de la familia a través de la atribución a todos sus miembros del apellido del esposo no es justificación suficiente para la discriminación de las mujeres (CEDH “Cusan y Fazzo c. Italia” 07/01/2014),

Por lo desarrollado precedentemente, y en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, entiendo que en el caso de autos los artículos 4 y 5 de la Ley 18248 son inconstitucionales a la luz de la reforma de la Constitución de 1994 y, tanto los tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana por afectar los principios de igualdad y no discriminación receptados en la normativa recién citada, concluyendo en forma afirmativa a la existencia de vulneración de derechos.

A mi entender, al segundo interrogante, que versa sobre la conducta del demandado, la respuesta es negativa ya que el Registro Civil y de la Capacidad de las Personas, al dictar la resolución de fecha 2 de junio de 2014, donde rechaza el pedido de los progenitores, se valió de la normativa vigente para rechazar la pretensión de anteponer el apellido materno al inscribir a su hija, esto es, el art. 4 de la ley 18248, careciendo de facultades para dejar de lado su aplicación, por lo cual no se puede sostener que la misma sea arbitraria. .

Fundamento que me lleva a apartarme de la aplicación del principio del art.68 del

Código de Procedimiento y establecer que las costas deberán ser soportadas por su orden, en consideración que el órgano administrativo obró en aplicación de la normativa vigente careciendo de facultades para analizar la constitucionalidad de la misma.

III- Surgiendo del análisis de los presentes que la niña ha sido inscrita en forma directa por el Registro Civil ante la falta de inscripción de los progenitores y en aplicación de la normativa vigente conforme acta agregada a fs.24 con el apellido materno. Ante el reconocimiento tácito del Sr. Nicolás Cabral en la presentación de autos, deviene abstracta la inscripción en los términos peticionados, debiendo incorporarse el apellido paterno al materno como así también los datos filiatorios del Sr. Cabral, previa denuncia de sus datos personales.

Por lo expuesto, normas constitucionales y legales y doctrina citadas, **FALLO:** I- Declarando la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 5 de la Ley 18248 en los presentes. II- Haciendo lugar a la acción de amparo deducida, y en su mérito ordenar a la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas a que en el término de CINCO (5) días de notificada de la presente, proceda a la inscripción de la niña C Rey, DNI como C REY CABRAL como así también de los datos filiatorios paternos previa denuncia de sus datos personales. III)- Imponiendo las costas por su orden atento los fundamentos vertidos en los considerandos (art. 68, 2ª párrafo del C.P.C. y C.).- IV)- Regular los honorarios del Dr. Javier Vilar, patrocinante de la parte actora en la suma de seis mil setecientos pesos (\$6.700).- y los de los Dres. Guillermo Alejandro Díaz y Virginia Raquel González como apoderados y patrocinantes de la demandada en la suma de seis mil seiscientos pesos (\$6600)- en conjunto. (Art. 10, 11 , 36 de Ley 1594). Regístrese y notifíquese electrónicamente. -

