Expte. n°
“L C y otro s/ recurso directo”

Buenos Aires, 24 de abril de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Los peticionarios recurren la decisión que rechazó su pretensión de inscribir a su hijo recién nacido con el apellido de la madre antepuesto al del padre.

Solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 de la ley 18.248 en cuanto impide que hijos reconocidos por ambos progenitores lleven el apellido de la madre de la forma que pretenden, aún en caso de acuerdo de ambos progenitores en ese sentido.

Alegan que tal imposibilidad, afecta el principio de igualdad ya que establece una distinción arbitraria basada en el sexo. Aducen que la diferenciación de la norma se basa en una categoría sospechosa –como lo es el sexo de las personas- y por tal motivo debe partirse de una presunción de inconstitucionalidad y realizar un escrutinio riguroso de la medida. Sostienen también que la norma dispensa un trato desigualitario entre las parejas heterosexuales y la homosexuales porque a las segundas les da la posibilidad de optar cuál de los dos apellidos se pondrá primero. Finalmente entienden vulnerado el derecho a la identidad del niño porque no se permite que sus padres elijan libremente cómo estará compuesto su nombre y apellido.

II. 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 porque todos los jueces pueden llevarlo a cabo sin perjuicio de que la cuestión pueda llegar eventualmente a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario.

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 "última ratio" del orden jurídico (*conf. C.S.J.N. Fallos 315:923*). Se trata de una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (*Fallos 316:2624*), y en tanto no 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. de Defensa- Instituto de Ayuda Financiera para Pagos de Retiro y Pensiones Militares, Fallos 312:2315).*

Para determinar si una norma vulnera derechos humanos emergentes del bloque de constitucionalidad formado por la Constitución Nacional y los diversos instrumentos de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) es preciso hacer un análisis desde el llamado principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Carta Magna. El principio de razonabilidad parte de la base de que los derechos consagrados por la constitución no son absolutos sino que, por el contrario, admiten una reglamentación razonable.

Así es que, en general, el estudio de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales debe realizarse desde esa perspectiva.

III. Hasta 1943 prácticamente no se contaba con disposiciones sobre el nombre de las personas. Las hubo recién a partir de esa fecha pero se ocuparon de la materia en forma parcial y a veces incoherente *(cfr. Borda, "Tratado de Derecho nCivil" Parte General 14° ed. T!, pto. 320 La Ley; Rivera, Julio César "Instituciones de Derecho Civil, Parte General" T°1, 3° ed. pto. 599, pág. 595, Lexis*

Nexis). La ley 18.248 reglamentó de modo orgánico la cuestión y la uniformó para todo el país.

A la hora de caracterizar el instituto, la ley referida adscribió a la tesis que caracteriza al nombre como 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 tesitura se plasmó en el art. 1 de la ley 18.248 que establece que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar el nombre que le corresponde (*Borda, Guillermo A. "La ley del nombre LL 136-1992)*.

La ley se dirigió a "...llenar un vacío legislativo y darle unidad en toda la Nación" (*nota de la Comisión redactora al Secretario de Estado de Justicia" ADLA XXIX-B, pág. 1421)*. Establecer un criterio único para la inscripción de todos los hijos reconocidos por ambos progenitores, unificó y uniformó la individualización de las personas de un modo acorde a los usos y costumbres imperantes en la época. Así, se hace más precisa la individualización de las personas dando cuenta de la familia paterna que compone, a través de las distintas generaciones.

La norma plasmó el derecho consuetudinario en la materia y prueba de ello es que desde el dictado de la ley -1969- los anales de jurisprudencia no dan cuenta de que el tema haya generado conflictos. Incluso los precedentes que cita el apelante son recientes –años 2011 y 2012- y no parecer formar parte de una tendencia. Incluso, a poco que se repare en la conformación de los apellidos de nuestra comunidad, en general ni siquiera se ha usado la opción de agregar de la madre, y cuando se lo ha hecho más bien parece responder a la intención de propender a una mejor individualización frente a un apellido muy común (*esta última circunstancia también se ha presentado en España según lo destaca Carlos Lasarte Alvarez en "Edad y sexo*

(Primogenitura y masculinidad) en relación con los títulos nobiliarios",en "Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social", ed. Colex).

IV. Cierto que 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.

Pero el termómetro de esos cambios en una sociedad democrática es el poder legislativo, que es el que representa a la mayoría cuyas valoraciones se plasmarán en las leyes.

Desde antiguo nuestra Corte Suprema ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, pues al ser el poder llamado para sostener la vigencia de la Constitución, un avance en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público. Por tal motivo, en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que le son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo de ejercicio de tales atribuciones, pues ello importaría la invasión que se debe evitar *(Fallos 322: 1988, considerando 4º*).

Es sabido que no corresponde a los jueces sustituir al Poder Legislativo, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que

la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto *(Fallos 312:122)*

La inhibición de los jueces respecto al modo en que el legislador ha reglamentado la institución del nombre –en este caso-, no importa en absoluto abdicar de las facultades propias del órgano jurisdiccional sino mantener el adecuado balance entre los poderes en aras de guardar el principio de la soberanía popular dentro del sistema representativo republicano, instaurado como pilar básico de nuestro ordenamiento institucional *(Fallos: 168:130*).

Lo que hace peligrar una sociedad democrática no es una ley que establezca un orden opinable en la inscripción de los apellidos de los padres del recién nacido sino que los jueces se arroguen las facultades legislativas y reemplacen al Congreso en la ponderación de cuestiones que la Constitución dejó librada a aquél órgano (*Diegues, Jorge Alberto, "Cuando el Activismo Judicial Desactiva la Constitución", L.L. del 19-2-2008*).

Admitir la pretensión de los apelantes pondría al órgano jurisdiccional en el rol de órgano de presión o persuasión del legislador.

Si se produce en una comunidad un cambio de valores, -como afirman los apelantes que ha sucedido- lo correcto –como se señaló supra- es que esas nuevas concepciones sean receptadas por una ley emanada del órgano legislativo. Sólo excepcionalmente y ante la evidente y ostensible omisión en realizar el adecuamiento legislativo pertinente frente al arraigo y profundización de nuevas convicciones en la sociedad, quedaría habilitada la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas que se han vuelto irremediablemente caducas. Esa hipótesis no se presenta actualmente en el caso ya que la materia que se debate en autos ha sido objeto de tratamiento en proyectos de ley enviados al Senado de la Nación (*ver expte. n° 2810/13 de Luna y Kunath ingresado el 4/7/2013)* y en el marco del

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente sometido a difusión y debate (*cfr. Sala B "G., D.A. c/ A.A. C.A. s/ divorcio art. 215 del Código Civil" R-627.356 del 24 de septiembre de 2013 y esta sala en expte. n° 81.354/2013 "B., M. G. c/ L., V. A. s/ divorcio art. 215 Código Civil" del 1/4/2014 a propósito del tiempo de espera para poder solicitar el divorcio).*

Aún cuando se entienda que la norma cuestionada establece un orden social de índole patriarcal, contrario a la igualdad de género y discriminatorio para la mujer (arts. 1 y 15 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer), el inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional impone al Congreso legislar y tomar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato y en ello está actualmente empeñado.

De tal suerte, no se dan razones de gravedad institucional, ni un cercenamiento de derechos personalísimos o una violación al derecho de igualdad tal que amerite una decisión como la que se pretende por vía de la acción judicial.

V. Cabe agregar que la opción que se le brinda a las parejas homosexuales de elegir el orden de los apellidos para la inscripción del nacimiento, no resulta un trato discriminatorio para con las parejas heterosexuales. Ello así porque se trata de dos situaciones diversas que no podían más que tener un trato diferenciado. En este punto vale adicionar a lo dicho respecto del principio de igualdad que éste no impone uniformidad de la legislación ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes (*Fallos 243:98; 244:491 y 510*). En el caso es claro que el orden de los apellidos no podía corresponderse a las categorías paternidad y maternidad como en el caso de las parejas conformadas por varón y mujer, de modo que la ley que optó por ordenarlos de otro forma no

hizo más que plasmar una solución diferente para una situación que también lo es.

VI. Finalmente, no se advierte que se encuentre comprometido el derecho a la identidad del niño de la manera que denuncian los peticionarios.

Ese derecho ha sido definido como el conjunto de atributos que permiten individualizar a la persona en sociedad. Esas características que juntas definen a la personalidad que se exterioriza, pueden tener elementos estáticos, invariables salvo excepciones; o dinámicos, fluidos en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los que primero se hacen visibles frente a la percepción de los demás en el mundo y entre ellos se encuentra el nombre (*Fernadez Sessarego, Carlos "El derecho a la identidad personal" LL 1990-,1248).*

Ahora bien, en el caso, al niño no se le ha negado el nombre que lo identifica sino que se le impone su registro en los términos en que la ley lo reglamenta. Que sus padres no puedan optar por la alternativa que ellos pretenden no atañe al derecho a la identidad del niño. Por el contrario, tal atributo se proyectará al exterior de la comunidad con el nombre que se le asigne de acuerdo a la ley vigente y del mismo modo que se lo hace respecto del resto de las personas.

Por otra parte, no se trata de priorizar el derecho de la madre o del padre sino el del niño.

Si la población identifica a las personas a través de su nombre de pila y su apellido, y este último indica la familia a la que pertenece, no se advierte cuál pueda ser la ventaja para el niño el invertir el orden previsto por la ley. Por el contrario, la modificación del orden de los apellidos significará una alteración que pude dar lugar a confusiones e interrogantes que el niño deberá responder (*Veloso, Sandra F. "Nombre qué apellido debe proceder luego de la sentencia*

de filiación ¡El de la madre o el del padre? DFyP 2011, octubre 6/10/2011) .

En mérito de lo expuesto y oídos los Sres. Representantes del Ministerios Público, el Tribunal **RESUELVE:** rechazar el recurso interpuesto**.** Regístrese, notifíquese a las partes y a la Sra. Defensora de Menores y al Sr. Fiscal General y archívese.

Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la C.S.J.N.

Fdo.: Ubiedo-Molteni-Castro (en disidencia)

Voto en disidencia de la Dra. Castro:

I. No obstante las dudas iniciales que la cuestión sometida a nuestra decisión me ha planteado, debo decir que disiento con el voto de mis distinguidos colegas. Ello, más allá de mis convicciones particulares obre la familia y su organización, porque si algo me parece claro es que los jueces no deben anteponer sus preferencias y creencias personales acerca de lo que es justo o correcto a la búsqueda constante del significado verdadero de los valores constitucionales (*Fiss, Owen "El derecho como razón pública; Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 21 y sgtes.).*

Es cierto que comparto con ellos sus argumentos respecto de los límites dentro de los cuales el poder judicial debe ejercer sus funciones, tal como lo he sostenido en anteriores oportunidades. Pero el particular factor que condiciona la materia de la atribución del apellido de los hijos me permite en el caso concluir en la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, con el alcance que se verá.

II. Cuando se verificara una afectación del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación como alegan los peticionarios, la cuestión ya no se encontraría gobernada por límites referidos en el párrafo anterior. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad del constituyente prima sobre la del legislador (art. 31 de la Constitución Nacional), por lo que en ejercicio de 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").*

Tal facultad de revisar la constitucionalidad de las normas jurídicas es una característica fundamental de las democracias constitucionales y es el principal mecanismo de protección de los derechos individuales frente a las decisiones de los poderes públicos que puedan afectarlos, aún cuando esas decisiones respondan directa o indirectamente a la voluntad popular *(Nino, Carlos S. "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad" en "Cuadernos y debates" n° 29 ,Centro de Estudios Constitucionales*).

Es cierto que al Poder Judicial no le competen las decisiones sobre las leyes que la sociedad quiere darse a si misma, sino que ese es un ámbito de incumbencia de los legisladores, quienes gozan de un tipo de autoridad democrática que los magistrados no tienen. Ahora bien, las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de los individuos concretos, son en principio independientes de lo que establezca la regla mayoritaria. Más aún, esos derechos individuales

básicos deberían ser respetados también en aquéllos casos en que la regla mayoritaria disponga lo contrario. En ese sentido es que los derechos han sido calificados como “cartas de triunfo” frente a las pretensiones de una mayoría ocasional *(Dworkin, “Los derechos en serio” ed. Ariel, Barcelona).* Es en ese tipo de casos –relacionados con el respeto a los derechos fundamentales en cuanto encarnan en cada individuo-, en que los jueces están mejor situados que los legisladores, porque ante ellos es llevada la pretensión concreta de los individuos que consideran que han sido injustamente tratados.

Finalmente creo oportuno señalar que por más auspiciosa que pueda resultar la existencia de los proyectos legislativos que mencionan mis colegas en orden a la modificación del aspecto de nuestra legislación aquí cuestionado, lo cierto es que su existencia no autoriza a preterir los derechos constitucionales de los aquí peticionarios.

En suma, en este caso concreto, de comprobarse un trato desigual en la norma que admite en primer lugar el apellido del padre y no el de la madre cuando existe acuerdo entre los progenitores en ese sentido, la restricción legal estaría vulnerando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación y entiendo que es materia judiciable la reparación de esa afectación en el caso individual y concreto.

III. Para emprender esa tarea, comenzaré por recordar el contenido del principio de igualdad según lo ha delineado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este derecho fundamental 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 Constitución importa el derecho 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).*

Vale decir que la sola realización de distingos no convierte a una norma en discriminatoria, sino que además de existir trato desigual, éste debe ser arbitrario. El legislador tiene una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando en la medida que esas diferenciaciones obedezcan a una razón objetiva y no a propósitos de hostilidad con un determinado individuo o grupo. (CSJN, *Asociación de Magistrados y funcionarios c/ E.N. s/ amparo", A.910.XLVI del 4/12/2012 y sus citas).*

La arbitrariedad en la distinción no se presume y debe ser probada por quienes la invocan. Vale decir que las clasificaciones introducidas por la ley tienen –en general- una presunción favorable de validez que debe ser destruida por quien la ataque demostrando la clara e indudable contradicción con la cláusula constitucional.

Ahora bien, los casos en que los destinatarios de la norma se encuentran en circunstancias idénticas o, -a la inversa- no tienen ningún elemento en común, no suelen originar problemas interpretativos a la hora de deslindar si la distinción de la ley es arbitraria. Empero, la solución se complejiza cuando de lo que se trata es de verificar si la prescripción legal otorga un trato igualitario a quienes se encuentra en una situación que tiene similitudes y diferencias. Tal espectro integra el universo de los casos en el que habrá de indagarse cuáles diferencias son jurídicamente relevantes ya que el mandato constitucional y convencional que establece el principio de igualdad y la prohibición de discriminación es indeterminado y el Estado puede llevarlo a cabo de diversos modos sin que esté explicitado cuáles están admitidos y cuáles específicamente prohibidos *(Bernal Pulido, Carlos "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana" in J. Vega and E. Corzo (eds.), Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones*

Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México City, 2, www.portal.uexternado.edu.co).

IV. La búsqueda de la justificación de las normas que realizan distinciones, -tal como sostienen mis distinguidos colegas-, debe realizarse desde la perspectiva del llamado principio de razonabilidad.

Ahora bien, cuando se encuentra en juego el principio de igualdad, al referido examen se le suman algunas exigencias.

En efecto, a partir del voto conjunto de los Dres. Petracchi y Bacqué en la causa "Repetto" (*Fallos 311:2272 considerando 7°)* la Corte Federal ha complementado el principio de igualdad imponiendo un examen más riguroso de la razonabilidad de la norma cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos, también llamados "sospechosos".(así en Fallos 327:5118 "Hooft"; 329:2986 "Gottschau", 331:1715 "Mantecon Valdez" entre otros)

La proscripción de determinadas discriminaciones tienen rango constitucional en especial a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a nuestro bloque de constitucionalidad que expresamente veda 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 Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 2.2).*

Estos estándares replican los adoptados por la Corte Suprema de los Estados Unidos que realiza escrutinios de diversa intensidad según sea el criterio de distinción que utilice la disposición legal. En particular respecto de la clasificación fundada en el sexo, si bien le ha aplicado un escrutinio que no llega a ser tan estricto como el

empleado para las clasificaciones basadas en la raza o en la nacionalidad, es sumamente exigente (*Dr. Petracchi considerando 9° y su cita en su voto en "Gonzalez de Delgado c/ Universidad Nacional de Córdoba""Fallos 323:2659).* Así ha requerido que la distinción se encuentre respaldada con una "justificación sumamente persuasiva", imponiendo al Estado el deber de demostrar que la clasificación cumple importantes objetivos públicos y que los medios discriminatorios empleados están sustancialmente relacionados con el logro de esos objetivos *("Unites States v. Virginia" 518, U.S. 515-1996).*

La Corte y la Comisión Interamericana han receptado estas categorías. Por eso, las normas que realizan distinciones padecen de una presunción de que afectan derechos fundamentales y por tanto su compatibilidad con el sistema interamericano de derechos humanos debe ser sometida a un análisis rigurosos (*Giardelli-Toller-Cianciardo,"Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y el sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad" Sup. Const., diciembre de 2008 LL 2009-A,800 y sus citas).*

Bajo la doctrina referida, subyacen extendidos principios de filosofía política en el sentido de que no se pude justificar el trato desigual a una persona o grupo de personas por hechos que están fuera de su control y que éstos no tienen posibilidades de elegir –por ejemplo la raza, el sexo, el origen nacional o social- (*Rawls, John "Teoría de la justicia" trad. De María Dolores Gonzalez).*

Puede apreciarse que varios de los criterios que se han identificado como sospechosos en los tratados internacionales, tienen en común el hecho de que aluden a circunstancias personales que, en principio no están sujetas al control voluntario de las personas, como ocurre con el sexo, la etnia, el origen nacional. (*Maurino, Gustavo "Protección constitucional par los más humildes" en "Derecho a la*

igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario" Coordinadores Gargarella-Alegre, LexisNexis pág.313 y sigs.).

En suma, por lo expuesto, cuando el trato desigual se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, se debe partir de la presunción de inconstitucionalidad (*"Repetto" considerando 7 del voto de Petrachi y Baché y "Hooft" Fallos 327:5118).* Por lo tanto, el juicio de razonabilidad mencionado *supra*, estará guiado por un criterio más severo que implicará la inversión de la carga de la prueba o de la argumentación –según el caso dirima cuestiones de puro derecho o que requieran probar circunstancias de hecho-.

No bastará que la distinción tenga una finalidad legítima y que exista una relación razonable entre el medio y el fin legal. En cambio, bajo el prisma de un escrutinio más intenso se requiere que la norma que brinda un trato desigual tenga un fin fundado en un "interés estatal urgente" o "insoslayable" –en los términos del voto de Petracchi y Bacqué en el caso Repetto-, o que se demuestre una justificación "sumamente persuasiva" *("Unites States v. Virginia" 518 U.S. 515, del 26/6/1996*), que responda a fines sustanciales y no meramente convenientes –en palabras del caso "Hooft" (Fallos 327:5118) y del reciente CSJN *Asociación de Magistrados y funcionarios c/ E.N. s/ amparo", A.910.XLVI del 4/12/2012 y sus citas).*

Asimismo, el estudio del fin de la norma y de su adecuación técnica para el logro que busca alcanzar mediante su dictado, debe resultar satisfactorio al momento del control de constitucionalidad.

Por otra parte, el medio empleado para lograr ese objetivo debe ser el menos restrictivo entre otros medios existentes y posibles. Finalmente, en un escrutinio riguroso, para que un trato diferente sea proporcional, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad (*Carlos Bernal Pulido, op. cit.).*

V. Llevadas esas categorías al caso de la especie, puede verse que la norma cuestionada brinda un trato desigual. En efecto, admite para los hijos recién nacidos reconocidos por ambos padres, la posibilidad de que lleven el primer apellido del padre o el compuesto de éste y que se le adicione el de la madre. En cambio, ante la misma situación no acepta, con el acuerdo de ambos progenitores –como se presenta en el caso-, que el hijo lleve el apellido de la madre en primer lugar y que sea a éste el que se le agregue el del padre.

Vale decir que en la búsqueda de una individualización aún más precisa que la que podría establecer la posibilidad de que los progenitores elijan el apellido del recién nacido -vgr. admitiendo la opción entre el del padre o el de la madre solos o en cualquier orden- el legislador optó por una designación uniforme.

La clasificación que hizo el legislador responde a la maternidad y paternidad, calidades que –en lo que incide en el tema que nos ocupa- remite a una distinción entre varón y mujer.

No se trata de un criterio de distinción neutro, por el contrario responde a una valoración que –aunque compartida por muchos, como destaca el ilustrado voto de mis distinguidos- no puede ser impuesta a todos los individuos en una sociedad plural, salvo que pueda pasar exitosamente el escrutinio al que deben someterse las normas que realizan distinciones basadas en criterios potencialmente prohibidos.

VI. En esa tarea, no puedo más que poner de resalto que el objetivo de precisar la individualización de las personas asociándolas a la rama familiar paterna por medio del apellido, no da cuenta de un interés estatal que hoy sea imperioso o insoslayable.

Incluso no parece que el fin primordial de la norma haya sido sólo la uniformidad porque admitió que se coloque el apellido compuesto del padre o el primero de éste y luego el de la madre, lo que

lleva a que el apellido compuesto pueda dar lugar a lecturas equívocas respecto de la rama familiar de la persona.

Más bien, se advierte que con el fin de individualizar a las personas el legislador optó por adoptar los usos y costumbres de la época en que se dictó la ley. Ello, aunque hubiera podido ser un objetivo razonable en aquélla oportunidad, hoy no se presenta como una finalidad imperiosa.

En cambio, ese objetivo parece haber perdido actualidad ya que recientemente a la misma norma se la ha agregado la posibilidad de que los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo, de común acuerdo, puedan llevar el primer apellido de cualquiera de ellos (*ley 26.618. BO 22/7/2010*).

Vale decir que en el marco del estudio de la razonabilidad de la limitación legal, se vislumbra que no admitir que los padres de común acuerdo, pudieran anteponer el apellido de la madre al del padre, importa un trato diferenciado que no encuentra el respaldo en un interés social imperioso, ni actualmente es una medida idónea para uniformar la designación de las personas.

Cierto es que de algún modo propende a la uniformidad buscada por el legislador. Sin embargo, su aptitud para lograrlo –hoy mermada-, no resulta proporcionada con la restricción que establece respecto de la población femenina y la injerencia en el ámbito familiar.

En suma, la ausencia de justificación del trato desigual que brinda la norma impugnada, pone de manifiesto que la restricción es inconstitucional y en consecuencia no puede ser mantenida.

VII. No soslayo que se trata de una norma que tiene más de cuatro décadas de vigencia y que desde entonces ha generado escasas resistencias. Sin embargo, las circunstancias históricas y sociales se modifican, y con ellas el consenso respecto de determinadas tradiciones. En lo que concierne al caso, no puede pasarse por alto que

el rol de la mujer en el ámbito familiar ha tenido significativas modificaciones en los últimos tiempos.

En una sociedad democrática, el control de constitucionalidad no puede desentenderse de tales transformaciones ni de las desigualdades que éstas puedan develar.

En tal sentido la Corte Federal ha receptado modificaciones culturales en casos que han jerarquizado su doctrina. Así, ha expresado que *"...la realidad viviente de cada época permite descubrir aspectos no contemplados con anterioridad a los que no puede oponérseles, el concepto medio de épocas en que la sociedad actuaba de manera distinta o se enfrentaba a problemas diferentes." (Fallos 308:2268 "Sejan c. Zack de Sejeán" y cons. 4° del voto de l Dr. Fayt en "Repetto" Fallos 311:2272).* También se ha resaltado que *"...la adecuación de los principios a la realidad humana debe respetar la índole mutable de ésta bajo riesgo, en caso contrario, de no ser en realidad tal adecuación sino acartonada imposición que contradice el espíritu de los tiempos. Conclusiones que pudieran ser admitidas en una época, no podrían reiterarse sin revisión, sin desconocer la evolución de nuestra situación cultural" (del voto del Dr. Fayt cons. 10 en "Repetto").*

Es de incumbencia de historiadores y sociólogos el explicar el motivo por el que normas que hoy se consideran discriminatorias, pudieron coexistir décadas con el mandato de igualdad emitido por el art. 16 de nuestra Carta Magna. Así por ejemplo el delito penal de adulterio era tratado de manera diferente según si era el marido o la esposa el que lo cometía; la mujer casada era incapaz de hecho relativa; la esposa no podía ejercer el comercio si no contaba con autorización del marido o estaba separada de bienes, no se les reconocía a las mujeres el derecho al voto; al padre le correspondía el ejercicio de la patria potestad; era el hombre el que fijaba el domicilio conyugal, etc.(*Dr. Petracchi considerando 3° de su voto en "Gonzalez*

de Delgado c/ Universidad Nacional de Córdoba””Fallos 323:2659). En esa línea argumentativa se concluyó que es necesario ajustar el significado de la garantía de igualdad a los cambios de los tiempos, a las transformaciones de los puntos de vista y a las circunstancias exteriores (*voto citado*).

Además de las transformaciones respecto de la posición de la mujer en el ámbito de la familia, la inclusión a nuestro bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales de derecho humanos (*art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)* ha contribuido a las modificación de los paradigmas que hasta hace no tanto tiempo atravesaban nuestro modo de encarar el estudio de las atribuciones de derechos. En esa línea, nuestra comunidad, ha asumido compromisos más fuertes con el principio de igualdad y de no discriminación de la mujer. Así, estos mandatos que surgen del art. 16 de la Constitución Nacional, se fortalecen en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art. II); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1 y 15). Además, el inc. 23 del art. 75 de la Carta Fundamental impone al Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en particular respecto de “...los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Un reciente fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado en un sentido similar al que postulo en este voto. En el caso, los peticionarios de común acuerdo pretendían la inscripción de su hija recién nacida con el apellido de la madre. El Tribunal consideró que existió un trato desigual, por parte del Estado italiano al negar esa posibilidad, sin que se haya acreditado una “justificación

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 ese 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 una discriminación de las mujeres (*CEDH "Cusan y Fazzo c Italia" del 7/1/2014*).

Los motivos que he expuesto me conducen a disentir con mis distinguidos colegas y auspiciar la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impide -ante el acuerdo de ambos progenitores-, atribuir al hijo recién nacido el apellido de la madre en primer lugar, seguido por el del padre.

Fdo.: Castro. Es copia de fs.117/126.