

Buenos Aires, noviembre 30 de 2014

AUTOS Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

1. Que contra la sentencia dictada a fs. 165/166 que rechazó la acción de amparo promovida por V. G. d. I. P. y por M. G. C. para que se imponga al hijo matrimonial de ambos el apellido de la madre seguido del correspondiente al padre, los actores vencidos interpusieron el recurso de apelación de fs. 182/196.
2. Que la pretensión de los recurrentes fue desestimada por el juez de primera instancia con sustento en que en los matrimonios entre personas de distinto sexo la cuestión se encuentra ampliamente clarificada en la ley 18.248 dándole al padre o jefe de la familia, la posibilidad de que su hijo sea reconocido en sociedad como el suyo, previendo la norma jurídica que pueda adicionársele el apellido materno.
3. Que los actores reiteran ante esta Alzada su petición efectuada en la demanda reclamando que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 5 de la ley 18.248 toda vez que se encuentra afectado el principio de igualdad ante la ley entre los integrantes del matrimonio y que la diferenciación de la norma se basa en una categoría sospechosa y que, por tal motivo, debe partirse de una presunción de inconstitucionalidad y realizarse un escrutinio riguroso de la medida administrativa adoptada. La Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara mantiene en el dictamen de fs. 221/224 el recurso deducido en la instancia de grado a fs. 214 señalando que no encuentra objeciones al reclamo formulado por los progenitores del niño. El Sr. Fiscal de Cámara desistió con el dictamen de fs. 226/227 de la apelación interpuesta por el fiscal de primera instancia a fs. 212.
4. Que el art. 4 de la ley 18.248 dispone que los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho (18) años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho (18) años. Una vez adicionado el apellido no podrá suprimirse. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.
5. Que la norma transcripta distribuye inequívocamente una preferencia a favor de un sexo (masculino) sobre otro (femenino) en la imposición del apellido dentro del marco de la institución del matrimonio heterosexual. Se trata de una regla indisponible por las partes, que no se justifica expresamente en elemento objetivo alguno más que la distinción entre los sexos y que reconoce excepciones fundadas en los supuestos previstos en los arts. 5, segundo párrafo y 12 de la ley 18.248.
6. Que, sin embargo, la simple constatación de la existencia de esta distinción entre uno y otro sexo en la ley 18.248 no autoriza a declarar sin más la invalidez de la norma puesto que tal como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72, 314:424; 324:920 ; 325:428; 372:831; entre muchos otros).
7. Que corresponde determinar si la disposición que impone a los hijos el apellido del padre resulta admisible de acuerdo con el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional consagrados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.
8. Que se ha señalado que el nombre se reconoce habitualmente como un derecho-deber de identidad que comprende una prerrogativa vinculada con la concreción del derecho a la identidad (sea solo en su dimensión estática o también en la dinámica) conjugada con un imperativo de orden público atinente a la necesidad de la identificación de los ciudadanos (Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 123 y sigtes.; Gil Domínguez, Famá y Herrera, Derecho constitucional de familia, Buenos Aires, Ediard, 2006, t. II, pág. 840 y sigtes.; Orgaz, Alfredo, Personas individuales, pág. 219; Borda, Guillermo, Derecho Civil- Parte General, 8ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1984, t. I, n° 318, pág. 314, CNCiv., Sala C del 22-2-78, LL 1978-D, 226 e id., Sala G, del 2-10-09, La Ley Online AR/JUR/46391/2009). Y en este sentido el apellido constituye una prerrogativa personal como elemento necesario del estado de los individuos que contribuye a integrar la personalidad como parte inherente al estado de familia que se adquiere, en general, por filiación y no dependiente de la voluntad de persona alguna (CNCiv., Sala A, "S., S. c. N., D" del 12-3-85, LL 1986-B, 472 con nota de Jorge A. Mazzinghi y Tobías, José W, Instituciones de Derecho Civil-Parte General, Buenos Aires, La Ley 2009, pág. 418).

9. Que a este fin parece oportuno destacar que la cuestión a analizar en este recurso gira alrededor de dos temas analíticamente distinguibles. El primero de ellos es el derecho a la igualdad ante la ley que se dice transgredido por la imposición de este tipo de discriminaciones en perjuicio de la integrante femenina del matrimonio que se ha presentado en la causa solicitando la inscripción del niño con el apellido de la madre en tanto el art. 4 de la ley 18.248 viola lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional. El segundo se vincula con la posibilidad de determinar una solución alternativa frente al extremo remedio de la declaración de inconstitucionalidad respecto de una situación legal de discriminación constatada en el caso particular sometido a decisión por las partes.

10. Que, según lo ha señalado en varias ocasiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se dispongan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que, en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos (Fallos: 153:67).

11. Que en lo atinente al principio de igualdad ante la ley resulta apropiado recurrir a un procedimiento hermenéutico que considere, además del principio constitucional vigente al momento de la sanción de la norma, a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (arts. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional).

12. Que el art. 28 Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos y precisa que la ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario y el art. 24 prescribe que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

13. Que, asimismo, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

14. Que particularmente relevante resulta en el sub lite el art. 2 inc. f de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en cuanto dispone que todos los Estados Partes que condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. De modo similar se establece en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención.

15. Que de la lectura sistemática de estas disposiciones resulta que las mencionadas convenciones:

a. Reconocen, con carácter de garantía sustancial, el concepto de igualdad ante la ley de los sexos y prohíben consecuentemente todo tipo de discriminación que afecte ese derecho para cualquier persona.

b. Prescriben, a modo de medida necesaria e imprescindible para reparar ese tipo de violaciones, que exista en estos casos un remedio que debe ser accesible y efectivo. Se busca así que toda persona pueda recurrir a métodos de protección real de sus derechos entre los cuales se encuentra la acción de amparo prevista por el art. 43 de la Constitución Nacional que autoriza expresamente -a partir de la Reforma Constitucional de 1994- al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

c. Disponen que ante la existencia de ese tipo de violaciones sea posible recurrir, además del procedimiento de reforma legislativa, a otro tipo de decisiones -entre las que se encuentran naturalmente las sentencias judiciales- con el objeto de revocar normas discriminatorias. La imposición es clara en su expresión, inequívoca en su intención y operativa en su implementación de modo que la intervención del poder legislativo en estos casos no es más que una especie dentro del género de las medidas adecuadas a adoptar sin dilaciones a evitar las distinciones discriminadores en perjuicio de la mujer (ver también los arts. 3, 6, y 16 inc. 2 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

16. Que, por consiguiente, el examen de constitucionalidad de la norma cuestionada se debe efectuar, de acuerdo con las pautas señaladas, desde una perspectiva que una el reconocimiento del derecho (igualdad ante la ley), la protección de toda persona contra la afectación derivada de distinciones irrazonables (protección contra la discriminación) y el derecho a un remedio efectivo

(administrativo o judicial) en aquellos casos en que se presenten situaciones que inequívocamente supongan una violación a esa garantía fundamental del sistema constitucional argentino.

17. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional debe considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar en una inversión de la carga de la prueba en un procedimiento diverso a la evaluación habitual del resto del sistema legal regido por el criterio de razonabilidad (ver causas "Hooft" Fallos: 327:5118, consid. 4º; "Gottschau" , Fallos: 329:2986, consid. 5º; "Calvo y Pesini" , Fallos: 321:194; "Mantecón Valdés" , 331:1715 y "Pérez Ortega" , consid. 6º, del 21-2-13, LLL 2013-B, 337; y también Kiper, Claudio M., "Discriminación y responsabilidad civil", RCyS, 201-V, 3; Zayat, Demián, "El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, tratado desigual e impacto desproporcionado" en Rivera (h), Elías, Grosman y Legarre (dir.), Tratado de los Derechos Constitucionales, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2014, t. I, págs. 903, 914 y Elías, José Sebastián y Sánchez Brígido, Rodrigo, "Los distintos "anteojos" de la Corte según los derechos en juego", ob. cit., t. III, pág. 1415 y sigtes.).

18. Que ese criterio ha sido recientemente expandido por el máximo tribunal en la c. Z. 9 XLVIII "Z., J. J. c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción" del 20-8-14 al considerar aplicable un escrutinio riguroso sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, o posición económica (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art.26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Y dispuso en esa causa que cuando se cuestiona la validez de las leyes que utilizan el criterio de clasificación según el sexo debe partirse de una presunción de inconstitucionalidad debiendo la demandada justificar la exclusión -en el precedente citado- de los hombres de un derecho protegido por la Constitución Nacional (ver también la disidencia de la Dra. Castro en CNCiv., Sala I, "L. C. y otros s/recurso directo" del 24-4-14, pub. en La Ley Online AR/JUR/10383/2014).

19. Que este tipo de examen impone verificar si se ha acreditado en la causa que la clasificación adoptada en la ley 18.248 responde a un objetivo legítimo dentro del actual sistema constitucional que permita eventualmente justificar la privación a unas personas -en este caso, las mujeres- del ejercicio de un derecho con afectación del principio de igualdad ante la ley.

20. Que sobre este punto, la Nota de la Comisión Redactora al Secretario de Justicia del 24 de abril de 1969 señaló que ante la ausencia de disposiciones en el Código Civil, el nombre de las personas está sometido en distintas leyes, a la jurisprudencia y a la costumbre. Se precisó así que "era necesario legislar sobre esta institución de policía civil, que es a la vez un atributo de la personalidad, a fin de evitar interpretaciones contradictorias, llenar vacíos legislativos y darle unidad en toda la Nación" (ADLA XXIX-B, 1421).

21. Que, a fin de considerar la razonabilidad de la legislación cuestionada, corresponde señalar que de la interpretación de la norma y de sus antecedentes se vislumbran, al menos, dos finalidades que pudieron haber dado lugar -en un contexto histórico claramente distinto- a este tipo de distinción entre los padres de un niño cuyo nacimiento se pretende inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La mencionada Nota buscaba, por un lado, reconocer la costumbre por entonces existente y, por otra parte, pretendía que la ley sancionada tuviera las características formales de la coherencia normativa y de la completitud con el objetivo de unificar la institución del apellido en toda la Nación.

22. Que el primer objetivo de la ley 18.248 consistía en traducir a ley formal (arts. 67, inc. 11 y 68 a 73 de la Constitución Nacional entonces vigente) una costumbre de nuestro país que reconocía al padre el exclusivo derecho de imposición del apellido del hijo matrimonial -aunque de modo independiente a su voluntad (Llambías, J. J., Tratado, Parte General, 16ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1995, t. I, n° 408, pág. 305 y Rivera, Julio César, El nombre en los derechos civil y comercial, Buenos Aires, Astrea, 1977, n° 14, pág. 40)- dentro de un contexto fuertemente dominado por un sistema normativo que daba preferencia a los hombres por sobre las mujeres (ver, por todo, el art. 55 del Código Civil antes de la ley 17.711 y el art. 264 hasta la sanción de la ley 23.264). Se señalaba así que frente a la ausencia de toda referencia a la cuestión del nombre en el Código Civil, se había entendido que estaba implícito en sus normas "el reconocimiento de la costumbre inmemorial de que el hijo lleva el apellido de su padre como consecuencia del sistema de la organización de nuestra familia, interpretándose así los alcances del art. 79" (Pliner, Adolfo, El nombre de las personas, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 171 con cita del dictamen del fiscal Iriondo, Juz1ªInstCivCap, 25-8-41, JA 1943-II, 294/295).

23. Que más allá de los eventuales cuestionamientos que puedan efectuarse a estas consideraciones en el orden de lo histórico, las pautas de distinción entre los progenitores concretadas en la ley 18.248 resultan inadmisibles a raíz del estándar constitucional citado que vincula la garantía de igualdad ante la ley -como criterio rector- al principio operativo de no discriminación que procura, considerando también las situaciones fácticas de cada caso, erradicar las normas que mantengan un patrón de inferioridad de un sexo respecto del otro.

24. Que, asimismo, las pautas del derecho de familia sobre las cuales se había asentado esa presuposición se encuentran actualmente modificadas, por la sanción, entre otras, de las leyes

23.264, 23.515 y 26.618 de modo que resulta inadmisibles considerar que la atribución legal obligatoria del nombre en la forma indicada por la ley 18.248 sea compatible con el régimen constitucional reseñado y que pueda considerarse como reflejo del ordenamiento jurídico civil actual de nuestro país, tanto más ante la presunción de inconstitucionalidad que supone el uso de una clasificación según criterios específicamente prohibidos.

25. Que ha de tenerse en cuenta, además, que el art. 16 inc. 1- b y c de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer impone a los Estados Partes adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer y para asegurar la igualdad en cuanto a derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos.

26. Que la decisión estatal de imponer el apellido del padre como regla conforme lo prescripto por el art.4 de la ley 18.248 crea una relación de desigualdad entre los progenitores del matrimonio demandante -ver certificado de matrimonio obrante a fs. 4- en abierta violación a la disposición convencional citada y de modo absolutamente independiente de toda decisión de los progenitores al respecto y como un medio para respaldar una finalidad como es la distinción por sexo sin elemento objetivo alguno que así lo autorice en este caso.

27. Que, en este sentido, la ausencia de basamento sustancial a la ley 18.248 la deja -más allá de otras finalidades instrumentales indicadas en la mencionada Nota- solamente anclada en la voluntad legislativa en un caso de discriminación en los derechos a favor de las personas en razón del sexo. Y en este punto la simple referencia al mérito, oportunidad y discreción del poder legislativo no resulta fundamento suficiente de por sí para considerar que una disposición abiertamente discriminatoria pueda superar el mencionado test de constitucionalidad. Ello es así por cuanto el ejercicio de esa discreción resulta insuficiente para justificar a la norma cuando -de acuerdo con el bloque de constitucionalidad vigente- afecta de modo palmario el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminar en razón del sexo. La discreción en la sanción de las leyes opera dentro del Estado Constitucional de Derecho sin que el juez, claro está, se convierta en reformador del ordenamiento jurídico con sustento también en su puro arbitrio apartado del principio de la soberanía popular (Zagrebel'sky, Gustavo, El derecho dúctil, Madrid, Trotta, 2009, pág. 153).

28. Que la actividad discrecional administrativa no es igual a facultad de decir que sí o que no, según le plazca a la administración, y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de base constitucional (Germán Bidart Campos, JA 1992-I-915 citado por la CSJN en Fallos:329:5266) y en el orden de la consideración del poder legislativo tampoco basta con distinguir a un sexo por sobre el otro por una simple preferencia despojada de toda referencia a una justificación externa válida. La razonabilidad de este tipo de decisiones, cualquiera sea el test que se aplique, se encuentra profundamente afectada en tanto conlleva una discriminación basada en el sexo incompatible con los valores asumidos por la Constitución Nacional y por los tratados sobre derechos humanos.

29. Que frente a la referida presunción de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, la República Argentina no puede presentar como argumento constitucional válido un juicio de razonabilidad basado en una simple preferencia de un sexo por el otro mediante un procedimiento instrumental -como es la distribución estatal de la asignación de apellidos- que sirva para perpetuar una discriminación prohibida por el sistema constitucional. No se exhiben motivos de orden de protección de los derechos individuales, de reconocimiento de diferencias específicas y objetivas, de afectación al niño al que se le pretende atribuir el apellido o de lesión al sistema familiar actualmente vigente que autoricen a persistir en una diferenciación solo basada en el distinto sexo de cada uno de los padres.

30. Que ni en el curso del proceso ni en la sentencia se han invocado otros derechos constitucionales cuyo examen corresponda realizar en la necesaria tarea de balance o de juicio de razonabilidad entre estos hipotéticos derechos en colisión con lo cual solo se evidencian como obstáculos a la petición de los actores argumentos que remiten a fundamentos de orden estrictamente legal. Tampoco se ha evidenciado que, eventualmente, pueda considerarse que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con esa distinción -que parecen vincularse con un régimen de predominio de un sexo sobre otro que no subsiste en el sistema normativo legal- pueda resistir en el caso concreto la afectación al principio de igualdad ante la ley que se revela de la lectura misma del art.4 de la ley 18.248.

31. Que cabe ponderar que al referido sistema normativo argentino que descarta las posibilidades de realizar discriminaciones por sexo en los términos de las leyes citadas debe añadirse la decisión claramente expresada por el legislador que al sancionar el 1º de octubre de 2014 la ley 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación -con vigencia a partir del 1º de enero de 2016- sigue similar criterio al propuesto por los recurrentes en el texto del art. 64 que autoriza al hijo matrimonial a llevar el primer apellido de alguno de los cónyuges y que en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, autorizándose que a pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se pueda agregar el apellido del otro.

32. Que, por otra parte, en órdenes jurídicos de similar filiación cultural al nacional han reconocido legislativamente este derecho de atribución del apellido por los padres cuando existe mutuo acuerdo. En este sentido en España se ha incorporado el art. 55 del Código Civil redactado por el art. 3 de la Ley 40/1999 que contempla la utilización del doble apellido integrado por el del padre y el de la madre en el orden que de común acuerdo decidan. En Francia, el art. 57 del Código Civil permite a los padres escoger de dar al niño el apellido que ellos elijan según así declaren en la respectiva acta de nacimiento según la reforma dispuesta por la ley n° 2002-304 del 4 de marzo de 2002.

33. Que, en el ámbito del sistema internacional de los derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha dispuesto en el caso "Cusan y Fazzo c. Italia" en sentencia del 7-1-14 que resulta contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos la decisión de la Corte Constitucional de Italia que mantuvo la determinación del apellido de los "hijos legítimos" con base solamente en una discriminación fundada en el sexo de los padres en tanto el apellido atribuido debe ser, sin excepción, el del padre, a pesar de que ambos cónyuges pretendan lo contrario.

34. Que no resulta óbice a lo expuesto la hipotética proliferación de planteos o demandas que puede originar la inexistencia de esa regla de preferencia de un sexo respecto del otro puesto que ello supondría basar casi toda decisión relevante vinculada con el concepto de discriminación en consideraciones exclusivamente consecuencialistas que impedirían tomar cualquier tipo de decisión tendiente a proteger la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional en contra de las exigencias impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en cuanto al derecho de toda persona a un remedio judicial efectivo para proteger su derecho a la igualdad.

35. Que, por otro lado, la búsqueda de rasgos formales como la completitud, la coherencia o la uniformidad que se procuran en la norma cuestionada en la imposición legal del apellido paterno en los matrimonios heterosexuales tampoco resulta aceptable, con ese solo sustento, de acuerdo con nuestro sistema constitucional para trasgredir el principio consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Y ello es así en tanto -en el actual contexto constitucional- la imposición excluyente de un modelo de apellido paterno se mantendría simplemente como un procedimiento instrumental que busca perpetuar la discriminación sin justificación sólida alguna. En un balance entre el derecho a la igualdad ante la ley y la búsqueda legal de una uniformidad en la imposición de los apellidos resulta claro que corresponde optar por el primero en tanto la ley no brinda argumentos suficientes para imponer la segunda solución que, en este caso, provoca una discriminación contra la mujer (ver sobre la uniformidad en estos casos las consideraciones de Vergara, Leandro, "El nombre y su relación con los derechos personalísimos", LL 1994-E, 607 y la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 24-11-49, LL 55-555 con referencias a "la uniformidad de la legislación común y la misión armonizadora de sus normas básicas").

36. Que la protección del derecho a la igualdad requiere, como antes se señaló, que los remedios judiciales sean efectivos para superar la regla discriminatoria de manera que la enunciación misma de esta legalidad -como valor abstracto- no impida que puedan prevalecer derechos individuales tutelados por garantías constitucionales. Y que la protección sea igual requiere que los remedios protectores contra las medidas discriminatorias no reflejen, a su vez, los patrones de distinción por razón del sexo que, en su replicación, eviten la pronta y decisiva eliminación de barreras discriminatorias lesivas del principio de igualdad ante la ley.

37. Que, por ser ello así, tanto la finalidad buscada por la ley 18.248 de reconocer un privilegio tradicional de un sexo por sobre el otro como su instrumentación mediante una imposición obligatoria -para ambos padres para la apariencia de una expresión neutral- del apellido del progenitor en los casos de matrimonio heterosexual no es fundamento suficiente para derrotar la presunción de inconstitucionalidad antes citada según el sistema de protección del derecho a la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional y por los tratados sobre derechos humanos consagrados por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

38. Que la simple discreción empleada por el legislador al sancionar la ley 18.248 representó, en definitiva, quitar a una persona (la mujer) lo que se da a otra (el hombre) sin más justificación que razones de orden comunitario tales como la uniformidad y la tradición histórica o concepciones de orden público respecto a la identificación de los individuos basadas en el instituto de la policía civil que se encuentran socavadas por el sistema convencional que repele todo acto de discriminación en razón del sexo. El caso es que estos criterios aparentemente neutrales encubren una previa distribución de facultades en un patrón de discriminación respecto de las personas de un sexo que el poder judicial no debe actualmente convalidar en un examen de compatibilidad con el sistema constitucional de protección de los derechos humanos (ver Sunstein, Cass R., *The Partial Constitution*, 3ª. ed., Cambridge Mass, Harvard University Press, 1997, pág. 3 y sigtes. y 351 y sigtes.).

39. Que de esta forma la ley misma -en contra del principio de igualdad ante la ley en los términos explicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- ha privilegiado a ciertos individuos (la distribución legal indisponible a favor de los hombres en la imposición del apellido en el matrimonio heterosexual) excluyendo a otros (las mujeres) sin que se adviertan diferencias constitutivas en la relación matrimonial y filial que hagan justificable una diferenciación de ese tenor.

40. Que el consentimiento de ambos padres expresado en la demanda de fs. 90/22 para la imposición del apellido materno en el caso hace innecesario establecer procedimientos dirigidos a mantener de una forma u otra la igualdad ante la ley en cuanto ello excedería el marco del presente proceso, sin que corresponda el tratamiento del pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 18.248 toda vez que dicha disposición no resulta aplicable al caso y resulta improcedente toda consideración sobre dicha normativa toda vez que la demanda fue deducida en un caso de filiación matrimonial.

41. Que, finalmente, resulta conveniente señalar que no existen otros hermanos cuya situación deba ser considerada a fin de determinar la eventual afectación que estos podrían tener de acuerdo con el principio del interés superior del niño según lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño por la imposición del apellido ni la Defensora Pública de Menores e Incapaces ha indicado que la admisión de la pretensión de los actores pueda agraviar, en sentido alguno, los derechos del hijo de ambos recurrentes.

42. Que, por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 18.248 por ser contrario a lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional y el art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda disponiéndose que se inscriba el apellido materno y luego el paterno a continuación del nombre del niño llamándose en consecuencia I. d. I. P. C. disponiéndose la rectificación pertinente de acuerdo con lo dispuesto por el art. 15 de la misma norma toda vez que el nacimiento del menor ya se encuentra inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 226/227, SE RESUELVE: Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 18.248, revocar la sentencia dictada a fs. 165/166 y disponer que se registre en la documentación pertinente al hijo de los apelantes con el apellido "D. I. P. C.", a cuyo fin, en la instancia de grado, deberán librarse los oficios de estilo. Notifíquese y devuélvase y a la Sra. Defensora de menores de Cámara y al Sr. Fiscal de Cámara en sus respectivos despachos.

Fecha de firma: 20/11/2014

Firmado por: DR.RACIMO-DR.DUQUIS-DR.CALATAYUD

Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CAMARA

Firmado por:

JUAN CARLOS GUILLERMO DUQUIS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por:

FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA