

Y VISTOS: Los presentes caratulados: P. C. E. C/ PA. H. G. S/ DEMANDA DE FILIACION. EXTE. N° 1096/10;

DE LOS QUE RESULTA: M.M.M. abogada de C. E. P. inicia reclamación de filiación extramatrimonial por su hijo menor A.A. P. el 12 de abril de 2010 contra H. PA.. Relata que mantuvo una relación amorosa con el demandado hace casi cuatro años de la cual nace el hijo el 2/5/2007. Expresa que su mandante conocía al demandado por ser vecinos y la relación amorosa surge en octubre de 2005, luego conviven en Casiano Casas 846, vivienda alquilada por el demandado. Por desavenencias, su mandante se retira en julio de 2006 a la casa de sus padres, luego mantienen el contacto sentimental pero sin retomar la convivencia y queda embarazada en septiembre de 2006, disgustándose PA., porque no era lo que él deseaba. Al nacer el niño en el Sanatorio Británico es atendido como adherente de IAPOS la obra social de la abuela materna. El demandado lo visita a los pocos días de vida, luego al mes y después de vez en cuando hasta los siete meses, para volver a verlo al año y cuatro meses, entregándole dinero solo en dos oportunidades, \$100 en cada una de ellas, pero hasta el momento no lo ha reconocido. Pide se admita la demanda con costas. Ofrece prueba confesional, testimonial, informativa y biológica de ADN. (fs.6/7).

Brindado el trámite pertinente (fs.9), H. G. PA. con patrocinio letrado comparece a estar a derecho y contesta la demanda. Admite que tuvo una relación amorosa con C. E. P. y que convive hasta julio de 2006, pero niega que luego hayan sido novios y que la por esos encuentros hubiera quedado embarazada. Admite que toma contacto con el niño, que le da dinero a la actora para colaborar con la crianza. Explica que su conducta obedece a una duda razonable sobre su paternidad ya que la relación entre ellos fue siempre inestable, por esa razón hoy no ve al menor, no lo ha reconocido como hijo y por consiguiente no ha colaborado en el mantenimiento de su

crianza. Expresa que se realice la prueba biológica y ante un resultado positivo procederá a reconocerlo. Refiere que le pidió a la madre la realización privada de la prueba biológica ante lo cual se negó porque hería sus sentimientos, lo cual profundizan su duda. Pide costas por su orden. Ofrece prueba pericial biológica de ADN -fs. 13/15-

M.M.M. abogada de C. E. P. acompaña la prueba biológica de ADN que se ha practicado de común acuerdo privadamente por las partes y pide se agregue el apellido materno al nombre del menor para proteger su identidad e interés superior (fs. 28)

H. G. PA. con patrocinio letrado manifiesta que conforme el examen de ADN ha quedado comprobada su paternidad en una probabilidad de 99.9999%, solicita se proceda a inscribir el nacimiento de A. como su hijo. No se opone a que se conserve el apellido materno pero solicita se le adicione el del suscripto en primer término, debido a que por su corta edad no ha desplegado una vida de relación muy desarrollada. Explica que no se opuso a la prueba, pagó el 50% y comenzado a visitarlo incluso junto con sus dos hijas. Reitera el pedido de costas en el orden incausado. (fs.29)

M.M.M. abogada de C. E. P. aclara que en el escrito de fs. 28 por un error involuntario consignó que pues en vez de “materno” debió decir “paterno”, ya que el nombre que fue inscripto es el materno, que debe mantenerse el materno y adicionarse el paterno con cita del art. 5 de la ley 18.248 ya que a pesar de los cuatro años es conocido por el apellido materno, pues concurre al jardín de infantes, practica natación, asiste a colonias infantiles y el padre ni siquiera accedió al reconocimiento tardío que puede efectuarse en el Registro Civil. Sostiene que la ley 26.618 que reforma profundamente el régimen del matrimonio civil, la filiación y la adopción tiene como espíritu y principal objetivo establecer un pie de igualdad sin distinciones de sexo o condición sexual. Con fundamento en los Pactos y Convenciones Internacionales –los que cita- al anteponerse el apellido del

padre PA., al materno P., se establece un privilegio a favor del padre, por sobre la madre basado en su condición de ser mujer, resabio de una concepción machista y de predominio del género masculino por sobre el femenino. Alega que no es un pedido feminista sino que se respete la igualdad entre las personas sin importar su condición sexual, es decir si mamá C. P. es una persona con los mismos derechos que papá H. PA. es justo y no discriminatorio que después de cuatro años de haber inscripto su poderdante a su hijo con su apellido debe ahora éste ser puesto en un segundo lugar? Reitera que es injusto, arbitrario e inconstitucional, debiéndose tener en cuenta lo previsto en la ley 26061. Cita un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III en el que se autorizó al menor a usar el apellido materno en precedido del paterno, haciendo la salvedad que el niño es más pequeño que el caso citado. Pide finalmente la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 18.248 (fs. 31/32).

H. G. PA. con patrocinio letrado al contestar el traslado dice que no asisten los justos motivos alegados por la actora y que por la corta edad de A. no se produce menoscabo para el interesado ni se ven alterados principios de orden y seguridad en que se asienta la inmutabilidad del nombre. Argumenta que en una sociedad argentina predominantemente conservadora tener los apellidos invertidos, si se admite la pretensión de la actora, le ocasionará al futuro joven y adulto un estigma a la hora de relacionarse con los demás y que las previsiones de la ley 26618 no se aplican y que tampoco se conculca el principio constitucional de igualdad. Agrega que el enfoque de la actora apunta exclusivamente a su persona, sus sentimientos, su valoración como mujer y que A. tenga el mismo apellido que sus dos hermanas –fruto de una relación anterior- corona la pertenencia de los tres a una misma familia aunque no sea la “típica” y tampoco alega la madre cuales son los perjuicios que la aplicación de la norma atacada ocasionaría al niño (fs. 36/37)

La Defensora General al contestar la vista sostiene que atento

la corta edad del menor, la existencia de dos hermanas, según lo denunciado por el progenitor las que llevan el apellido paterno corresponde que aquel sea inscripto con el apellido paterno PA. adicionándole el materno P. (fs.39) por lo que se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO: Que en autos se trata de una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial iniciado por la madre en representación de un niño de cuatro años, en la cual el demandado realiza la prueba biológica y pese a que en su responde sostiene que de ser positivo – como efectivamente ocurrió- procedería a su reconocimiento, no lo hizo. Asimismo la madre plantea la inconstitucionalidad del art 5°. de la ley 18.248 por la discriminación en contra del apellido materno y a favor del paterno y pide que el niño se inscriba anteponiendo su apellido al del padre, el cual se opone. La Defensora General dictamina que debe anteponerse el apellido paterno al materno.

Que la progenitora tiene legitimación activa para incoar la demanda conforme certificado de nacimiento y documental obrante a fs. 1/3,

1.- ACCION DE RECLAMACION DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL en relación a este punto, el demandado acepta someterse a la prueba biológica ofrecida por ambas partes y sostiene en su responde que de ser el resultado positivo “*procederé sin más a reconocer al niño como mi hijo en forma expresa*”(fs 13 vta.), acto de reconocimiento que, a pesar de obtener el análisis practicado, de acuerdo a la pericia realizada, por el CEDIM –Diagnóstico Molecular y Forense SRL fs. 17/28- arrojó una probabilidad de paternidad del 99,9999% el accionado no realizó el pertinente acto administrativo.

Que si bien junto con la demanda se ofrecieron otras pruebas la pericia bioquímica es terminante ya que como tal reúne los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia que para el caso pueden exigirse, y por lo tanto arroja rotundidad en la certeza de esas conclusiones, por lo que el Tribunal no

puede rechazar o apartarse a riesgo de incurrir en arbitrariedad (DEVIS ECHANDIA, Hernando , "Compendio de la prueba judicial", de. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1978, tomo II, pág. 113); lo cual equivale a decir (en particular la prueba de la especificidad técnica de la aquí evaluada) que si bien la pericia no vincula a éste Tribunal, la libertad con que se cuenta para evaluar el dictamen y apartarse eventualmente de sus conclusiones no implica la facultad de un obrar de absoluta discrecionalidad por cuanto si así lo hace debe ser por decisión fundada, ya que no puede contraponerse lo puramente empírico a lo científico.

En ese sentido la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que si bien las normas procesales no otorgan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, para prescindir de ella se requiere cuando menos el que se opongan otros medios o elementos no menos convincentes, y a este tipo de pruebas elaborados en materia genética, apartarse de sus conclusiones es casi imposible o al menos singularmente dificultoso, pues no se les pueden oponer a esas pericias otras de igual jerarquía y valor científico (ARAZI, Roland "Cuestiones de derecho probatorio: el Juez y las partes ante la flexibilización de la carga de probar, prueba científica. Visión actual de las reglas de la sana crítica", en "Temas modernos de Derecho Procesal", Editorial D.E., Mendoza, 1999, pág. 107). En similares términos, y en relación al singular medio de prueba que mencionamos se han expedido, entre otros, FALCON, Enrique ("Tratado de la prueba", Editorial Astrea, Bs. As., 2003, tomo II, pág. 96) y GOZAINI, Osvaldo ("Respuestas procesales", Bs.As., 1991, pág. 172).

Sin que lo expuesto implique un retorno al abandonado sistema de la prueba tasada, es un dato cierto que la especial conformación técnica del dictamen pericial en materia de filiación por análisis genético conlleva un singular grado de convicción para el intérprete judicial, quien si se aparta de las mismas debe hacerlo, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, atendiendo a la eventual existencia de "elementos serios, ciertos y comprobados que demostrasen el error o el inadecuado uso de esos conocimientos científicos". (MIDON, Mario "Cientificidad y crisis del poder decisorio del Juez. ¿Las modernas pericias se aprecian conforme a la sana crítica?, en Zeus, tomo 105, entrega del 17/12/07, pág. 2 y ss.) Y en el sub lite entendemos que tal perspectiva no puede tenerse por configurada.

Todo niño tiene derecho a contar con un emplazamiento filial completo, que debe coincidir con la verdad biológica, sin ampararse en indicios o presunciones que no se corresponde con los avances científicos y frente a un emplazamiento filial incompleto debe instarse la medida pericial de filiación directa como prueba única e idónea, como forma de lograr la certeza absoluta, pues no resulta lo mismo ser hijo presunto que hijo cierto.

El derecho a la verdadera identidad es supra legal al haber ratificado el Estado Argentino la Convención de los Derechos del niño, con aprobación por ley 23.849 y a partir de la incorporación en la Constitución Nacional de 1994, art. 75 inc. 22°.

Si un niño ha sido concebido durante una relación sexual consentida o no, prolongada u ocasional o recurriendo a cualquier otra técnica de fertilización, cuando existe incertidumbre acerca de la realidad del nexo biológico, esta la prueba pericial biológica es decisiva para incluir el vínculo filial y altamente significativas para determinar positivamente la paternidad.

Por tanto se oficiará al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin de que se consigne la filiación completa del niño, es decir se admitirá la demandada, con imposición de costas al accionado, conf. Art. 251 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe pues además con su actitud dio motivo para la promoción la demanda (Protoc. de autos de éste Tribunal N° 1893 diciembre de 2.001 y jurisprudencia reiterada en ese sentido).

2.- APELLIDO DEL NIÑO. INCONSTITUCIONALIDAD.

La madre solicita que se mantenga su apellido en primer lugar y adicionarse el paterno con cita del art. 5 de la ley 18.248 ya que a pesar de los cuatro años es conocido por aquel , pues concurre al jardín de infantes, practica natación, asiste a colonias infantiles y el padre ni siquiera accedió al reconocimiento tardío que puede efectuarse en el Registro Civil. Plantea la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 18.248, el demandado se opone y pide que se ordene la inscripción conforme la legislación vigente.

El apellido es la designación común a todos los miembros de una familia. Puede ser simple, compuesto o doble. Mientras el nombre individual o de pila busca la identificación dentro de la familia, el apellido apunta a la diferenciación de las distintas familias dentro de la sociedad y tiene por misión fundamental identificar a la persona en el grupo social (conf. CIFUENTES, Santos. "Elementos de Derecho Civil-Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 167)

La doctrina como la jurisprudencia, -anterior a la reforma constitucional de 1994 y de las leyes ut supra citadas- están contestes en que el nombre que se impone al hijo constituye un objeto de fundamental interés para los padres, como uno de los derechos inherentes a su condición de progenitores y en ejercicio de la patria potestad, y que su elección debe respetarse siempre que no comprometa el interés superior del Estado, violentando los motivos de convivencia social que han determinado al legislador a establecer limitaciones y prohibiciones en tal sentido (conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín "Código Civil", parte general, Abeledo Perrot, 1970, t. II, p. 293, núm. 402, a; SALVAT, Raymundo Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, 11ª ed., Buenos Aires, Tea 1964, t. 1, p. 624; ORGAZ, Alfredo, "Personas individuales", 2ª ed., Córdoba 1961 p. 204, núm. 3).

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: La potestad de los padres para elegir el nombre de sus hijos es de aquellos

derechos esenciales que integran la esfera de libertad humana, conforme con los principios rectores en la materia contenidos por los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional, y se compadece 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., 09/08/1988, LL., 1989-B, 253; ídem 29/06/1989 Fallos 312:1121; del voto en disidencia del doctor Fayt)

El art. 5 de la ley 18.248 prescribe que el hijo extramatrimonial fuese reconocido por el padre simultánea o sucesivamente con la madre, lleva el apellido paterno el agregado del materno conforme el artículo 4º. de la misma legislación. La ley 26.618, al modificar el régimen normativo del matrimonio civil, regula lo relativo al apellido de los hijos y de los consortes del mismo sexo. Así dispuso que *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 menor el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge. Si no hubiera acuerdo acerca de qué apellido llevará el hijo, sobre si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Se otorga también en este caso al interesado, a partir de los dieciocho años, la facultad de añadir a su apellido el compuesto del cónyuge del cual tuviere el primer apellido, o el del otro cónyuge, el cual, una vez adicionado, no podrá suprimirse* (art. 4º, ley 18.248, modificado por el art. 37 de la ley 26.618).

La actora plantea la inconstitucionalidad por discriminación hacia la madre porque la ley no da la opción de que el niño anteponga su apellido al materno. Además sostiene que el hijo menor es conocido en el ámbito de las relaciones sociales con el apellido de su progenitora. En este último sentido el art. 15 de la ley 18.248 admite el cambio o modificación del nombre por disposición judicial, mediando justos motivos. Para la consideración de la existencia de las razones que motivan dicha modificación,

el juez se encuentra facultado a examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, de modo tal que, si ellos no se ven afectados y las circunstancias de hecho justifican el cambio pretendido, no se advierte impedimentos legales para otorgarlo (conf. CNCivil, Sala, C. ED 122-402 ; CNCivil, Sala F, La Ley, 1987-E, 185).

En cuanto a la ley 26618, no obstante el empeño del legislador en equiparar los matrimonios homosexuales a los matrimonios heterosexuales, las diferencias en el tratamiento resultan notorias, colocando a algunas de estas disposiciones frente a la posibilidad de ser tachadas de inconstitucionalidad. En efecto, mientras que a los cónyuges de matrimonios del mismo sexo se les permite libremente elegir qué apellido transmitirán a sus hijos, esta facultad les está vedada a los consortes de uniones de distinto sexo, quienes están compelidos a inscribir al menor con el primer apellido paterno, pudiendo solamente elegir si añadirán a éste el apellido materno, o consignarán el compuesto del padre.

Asimismo, en caso de desacuerdo entre los padres, los matrimonios heterosexuales deberán recurrir al órgano jurisdiccional, mientras que los esposos homosexuales deberán atenerse al orden alfabético de sus apellidos. Para este último supuesto, pareciera que la ley es clara si se trata de cónyuges con apellido simple. Sin embargo, si uno o ambos contrayentes tuvieran apellidos compuestos, interpretamos que se deberán ordenar alfabéticamente sólo los primeros apellidos de cada uno, no pudiendo imponer al menor, en ningún caso, más de dos apellidos. *La directriz de consignar alfabéticamente los nombres patronímicos resulta una solución forzada y novedosa en nuestro sistema, ante la inexistencia de una fuente consuetudinaria que permita establecer otra alternativa.* (CRISCI Anabella, QUIRNO Diego Norberto. “Criterios actuales en materia de nombre y apellido de las personas naturales”. ED, bol. de 04/02/2011)

La ley 26.618 conserva incólume la desigualdad entre el

hombre y la mujer –casados o no- en relación al apellido de los hijos –ley 18.248- porque modifica los supuestos de los nacidos –filiación biológica o adoptiva- de matrimonios unisexuales, pero discrimina notablemente a la mujer que contrae matrimonio heterosexual y no modifica el apellido de la descendencia de uniones extramatrimoniales, poniendo de manifiesto la falta de adaptación a textos supraleales obligatorios.

La ley 26.618 paradójicamente asegura iguales derechos a las personas en relación a su sexualidad cuando su preferencia es el mismo sexo, pero mantuvo en pie un trato legal diverso, superado por normativa constitucional y de desigualdad de género inadmisibles.

En un mundo que tiene a la igualdad como un ideal, es contrario a todo razonamiento mantener la desigualdad de privilegiar y anteponer el apellido paterno sobre el materno, como mera forma repetitiva con anclaje en costumbres sociales y estructuras organizativas familiares derivadas del patriarcado cuando era la única y absoluta alternativa en la construcción del apellido de la descendencia.

Existe un contrasentido: una sociedad que se precia de ser “maternalista” pero solo en la consideración simbólica o cariño hacia la figura de la madre, ya que por obra y gracia de una costumbre inveterada, consagrada por el legislador varón, cuando jurídica y cronológicamente era el indiscutido jefe del hogar, mantiene la anteposición del apellido paterno al materno .

Esta construcción simbólica que en las ciencias sociales se denomina género, reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. O sea, mediante el proceso de constitución del género, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone es "propio" de cada sexo. Un desarrollo más equitativo y democrático del conjunto de la sociedad requiere la eliminación de los tratos discriminatorios contra las mujeres, sometidas a condicionantes que no son

causados por la biología, sino por las ideas y prejuicios sociales, que están entrelazadas en el género. Es decir, por el aprendizaje social. (LAMAS, Marta, "La perspectiva de género" en "Revista de Educación y Cultura", en el sitio <http://www.latarea.com.mex.>)

Por más que la igualdad entre hombres y mujeres esté consagrada constitucionalmente, no basta con declarar la igualdad de trato, cuando en la realidad no existe igualdad efectiva en la consagración de sus derechos, para el caso el reconocimiento al apellido de la progenitora en su carácter de principal, por su historia de vida y como forma de detectar y corregir los persistentes, sutiles y ocultos factores que siempre ubican el apellido femenino en un papel complementario del masculino.

Es procedente y apropiado hacer la interpretación y conceder gravitación a Tratados y Convenciones Internacionales incorporadas constitucionalmente, respetuosas de los derechos humanos en un amplio sentido y de cuya inobservancia surgiría la aplicación irrestricta del principio discriminatorio en desmedro del apellido materno que imperativamente debe ceder ante el paterno.

No se trata de mantener el apellido materno en primer lugar basado sólo en un sentimiento personal, ni una visión "feminista" que permita tal orden, sino que la igualdad de consideración debe verse reflejado en la aplicación efectiva de la Constitución, y servir para levantar obstáculos y discriminaciones, al fijar condiciones equitativas para la participación igualitaria de la progenitora en la elección del apellido de su descendencia.

Por la trascendencia que tiene el apellido en sí mismo por su íntima vinculación al derecho de la intimidad, que según Lorenzetti: *"es la manera en que un sujeto es reconocido en la sociedad que integra: su pasado, sus ideas, su participación social y todo el rol que desempeñe en la sociedad"*, este derecho encuentra hoy raigambre constitucional". (CROVI, Luis D. "La defensa del nombre, la identidad y la intimidad de las personas físicas", JA,

2002-II- 37)

Al conservar el apellido materno en este niño de cuatro años, cuyo progenitor necesitó un reclamo judicial a fin de obtener su filiación completa y luego consignar el paterno, el Tribunal respeta la identidad del hijo asociándolo en primer término a su progenitora, única persona que lo crió, alimentó y se ocupó durante toda esta parte de su vida y como condición *"de su particularidad, de su concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí: indivisible, individual y digna"*. (BÍSCARO, Beatriz R. "El derecho a la identidad, el nombre y la familia", en "La familia en el nuevo derecho" dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci y coordinado por Marisa Herrera, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 95)

Los pueblos antiguos desdeñaron al nombre como objeto de atención jurídica. Sólo la libertad de los individuos regía la materia. Era la libertad la que gobernaba al instituto del nombre, luego se fueron incorporando pautas, como las dadas por la costumbre, las tradiciones religiosas, el instinto, la imaginación o los gustos estéticos de los pueblos. (PLINER, Adolfo, "El nombre de las personas", p. 89, 2ª ed. actualizada, Ed. Astrea, 1989. P. 26) En Roma, el nombre era, en alguna medida extraño al mundo jurídico y consecuentemente ajeno a la autoridad de los magistrados. Vélez Sársfield adoptó una posición prescindente; no previó disposiciones sobre el nombre, y por ello su régimen fue diferido al derecho consuetudinario (RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil, Parte General", t. 1, Ed. Abeledo Perrot, 1997, P. 589), de ahí que se ordenara por legislación posterior.

Hoy, la mirada del intérprete debe ser concordante con los pactos internacionales sobre derechos humanos suscriptos por nuestro país que, a partir de la reforma del año 1994, gozan de jerarquía constitucional con carácter operativo (art. 75, inc. 22, CN) y completan el sustento normativo de

la doctrina sobre el derecho personalísimo que hace al reconocimiento de la identidad y de la filiación. Esos textos, deben obligatoriamente hacerse efectivos, por el compromiso asumido por el Estado y para que no queden como palabrerío rimbombante.

Para el caso son imperativos y constituyen fuertes argumentos para rechazar toda limitación o cercenamiento al principio del tratamiento igualitario ante la concreta igualdad: CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, -llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en esa ciudad el 22/11/1969- , art. 17 especialmente inc. 5º, art. 24; CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, donde la expresión “discriminación contra la mujer” denota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.- (art. 1), haciéndose responsable y comprometiéndose los Estados partes art. 16 :a) *Consagrar, si aún no lo han hecho en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.-, f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.- y asimismo adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: inc. d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán*

la consideración primordial. e inc. g) Los mismos derechos personales como marido y mujer; entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO art. 7, 8 y concordantes; el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES, CIVILES Y POLÍTICOS y su Protocolo facultativo que recepta similares prerrogativas; también cabe citar la denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (26.061), que garantiza el derecho al nombre y a preservar la identidad e idiosincrasia de aquéllos.

A partir de la concepción del nombre como un derecho humano, corresponde incorporar al análisis de las cuestiones que al mismo se refieran las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos. Es así, como hemos de evaluar estas cuestiones a la luz del principio "pro homine", que rige la materia (ver "El principio pro homine. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos", PINTO, Mónica en "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales" publicación del PNUD 1998), en virtud del cual, aquellas normas atinentes a derechos humanos han de interpretarse indefectiblemente en el sentido más amplio y más extensivo, cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma de interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los mismos.

Con este enfoque de la cuestión, el principio de inmutabilidad del nombre que algunos han visto como dogmático , no sólo no será absoluto, sino que ha de ser interpretado a la luz del principio "pro homine" antes mencionado, lo que nos ha de conducir a valorar con mayor indulgencia el real interés y sentimiento en virtud del cual puede la madre proponer anteponer su apellido al paterno, como una causa válida para petitionar la rectificación del mismo, sin caer por ello en extremos que desvirtúen la trascendencia social

que esta institución posee.

Para que pueda aspirarse y cumplirse con la filosofía de la Constitución Nacional tendiente a establecer una sociedad democrática, libre, abierta y pluralista, es preciso eliminar todas aquellas rémoras de patriarcado que coartan la igualdad y libertad que debe tener la mujer en cuanto decidir el apellido de su prole en paridad con el progenitor y dejar de lado un entramado legal de estructura paternalista y como tal, opuesta radicalmente a la letra y al espíritu de nuestra Carta Magna.

Conforme vimos, el progenitor primeramente dijo que de ser positivo el examen biológico procedería al reconocimiento de su hijo, hecho incumplido, por lo que le cabe la aplicación de la doctrina de los propios actos. Según la cual y en palabras de la Corte Nacional *"el sometimiento voluntario sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz"* (Fallos: 255:216; 279:350; 297:236; 310:1623 y 317:524, entre otros).

Justamente esta teoría que es una manifestación pura del principio de la autonomía de la voluntad y rige plenamente en el ámbito propio de las relaciones civiles, informa un principio de derecho que impide a un sujeto colocarse en un proceso judicial en contradicción con su anterior conducta, para así impedir el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas.

El demandado no puede ponerse en contradicción con sus propios actos, esto es afirmar que iba a reconocer el hijo, luego no lo hace, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz y pretender que se le reconozca las características del acto incumplido

En relación al argumento que debe anteponerse su apellido por sobre el materno por la existencia de dos hijos que llevan su apellido, si bien no se aportó la prueba instrumental pertinente, no puede asociarse ese razonamiento ya que esos hijos son habidos con otra mujer y por tanto debe respetarse y protegerse la historia de ellos y de esa madre ajenos al motivo y pretensión de esta litis.

Conforme lo expuesto, arts. 251, 253, 254 y concs. Del Código Civil, art. 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

EL TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO RESUELVE: 1.- Admitir la demanda; 2.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 5° ley 18.248, 2do párrafo en lo que respecta al agregado del apellido materno y en consecuencia declarar que el niño **A.A. P.**, **DNI N° XXXXXXXXX**, es hijo de **H. PA.**, **DNI N° XXXXXXXXX**, ambos con demás datos de identidad en autos, 3.- Ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas que proceda a la inscripción del niño como **A.A. P. PA.**; 4.- Imponer las costas al demandado; 5.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. M. M. en CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$4.500) 15,66 UNIDAD JUS, y a las Dras. M.C.E. y M.E.F en CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$4.500) 15,66 UNIDAD JUS en proporción de ley; 6.- Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días contados a partir de la fecha en que quede firme el presente, estableciéndose a los fines previsto en el art. 32 de la ley 6767 modificado por ley 12.851, que desde dicha fecha y en caso de falta de pago se aplicará un interés moratorio calculado sobre la base de la tasa activa sumada para operaciones de descuento de documentos que rija en el Banco de Santa Fe. Notifíquese a Caja Forense. Insértese y hágase saber.- Fdo. RICARDO JOSÉ DUTTO - MARCELO JOSÉ MOLINA - SABINA SANSARRICQ - Jueces. Dr. Luis Bitetti. Secretario.