

En la ciudad de Viedma, a los 06 días del mes de marzo de 2017, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento en esta ciudad, asistidos por su Secretaria, para resolver en los autos caratulados “B.J.E. C/ A.P.A.M. S/ FILIACIÓN”, en trámite por Expte. N° 8128/2016 del Registro de este Tribunal, puestos a despacho para resolver, y luego de debatir sobre la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado la siguiente cuestión:

¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 72 de los presentes? Y, en su caso, ¿qué resolución corresponde dictar?

La Dra. Sandra E. Filipuzzi de Vázquez, dijo:

1) Que por sentencia de Ia. Instancia obrante a fs. 69/71 se resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 4/6 y declarar que la niña M.G.A., hija de la Sra. A.M.A.P. es hija extramatrimonial del Sr. J.E.B., imponiendo las costas a la parte demandada, disponiendo, además, que firme que se encontrara dicha resolución se inscribiera en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de Río Negro, debiendo consignarse el nombre completo de la niña como M.G.B.A., conforme lo expresado en el considerando 4° respecto al orden de los apellidos.

2) Que para resolver de ese modo la Sra. Juez a quo, luego de señalar la normativa que entendió aplicable al supuesto en estudio y resaltar el principio de amplitud probatoria consagrado para este tipo de acciones, como asimismo que la prueba genética es la más importante en los procesos en los que se indaga la filiación biológica de una persona, dijo analizar a los fines de la determinación de la paternidad, precisamente, la única prueba aportada por las partes, es decir, la pericia de ADN que se practicó sobre ambos adultos involucrados y la niña (fs. 45), la que tuviera como resultado que la probabilidad de vínculo biológico de paternidad de J.E.B. con respecto a la menor M.G.A. es superior al 99,999998625%, siendo la Sra. A.M.A.P. su madre biológica (fs. 55/57), evaluación que no fuera objetada por los interesados, por lo que otorgándole suficiente valor probatorio de conformidad a las disposiciones del art. 477 C.Pr., la llevan a concluir en que corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta (ver considerando 2) y 3)).

Por su parte, en relación al orden de los apellidos que llevará la pequeña, y en atención a la entrada en vigencia del sistema establecido por el CCyC en su art. 64, la sentenciante señaló que dado que no existió acuerdo entre los padres al respecto (conforme surge del acta de fs. 38/vta.), el tema quedaba librado al criterio judicial.

En base a ello, sostuvo que "...ponderando en forma especial la edad de la niña (2 años) cuya filiación paterna se reconoce en este resolutorio y toda vez que el reconocimiento paterno no pudo realizarse por la vía administrativa, por cuanto la Sra. 'A.' al haber tenido otra relación al tiempo de la concepción no pudo, oportunamente, saber en forma cierta si la niña era hija del actor y en razón que la niña no se encuentra en edad de escolarización obligatoria", apreció "pertinente y beneficioso para ésta que sea inscripta con los apellidos B. A.", en el entendimiento que "de esta forma se respeta el principio de igualdad en iguales condiciones, ya que la mayoría de los niños con igual franja etaria que cuenten con filiación doble tienen registrado el apellido paterno en primer término, atento que la vigencia de la opción en el orden de los apellidos comenzó a regir desde el mes de agosto de 2015." (ver considerando 4°).

3) Que ante el reseñado pronunciamiento se alza la parte demandada e interpone recurso de apelación a fs. 72, el que es concedido libremente y con efecto suspensivo a fs. 73.

Y, en sustento del remedio recursivo que interpusiera -únicamente en contra del orden de los apellidos consignados, aclara-, expresa agravios a fs. 90/94, refiriendo, en lo sustancial, que la decisión adoptada no respeta el interés superior de la niña, pues resulta improcedente evaluar la escolarización y su corta edad como argumento para imponer el apellido paterno cuando se trata de una niña fuera del ciclo escolar, ya que el sentido de pertenencia de la pequeña a un grupo familiar determinado que debe valorarse va más allá de ello, en tanto "Los vínculos y los afectos superan la determinación del apellido y en todo caso coincide ello con el apellido materno, con el que se encuentra identificado el afecto familiar".

Además, manifiesta que no comprende el sentido que la Sra. Magistrada ha dado a la noción de "igualdad de condiciones" con la mayoría de los niños de su edad, no advirtiendo en qué afecta a la niña llevar el apellido materno en primer término, pues el interés de la menor no es abstracto debiendo, en su caso, la sentenciante haber indicado a qué igualdad de condiciones se refería.

Por el contrario, afirma, la pequeña es conocida con el apellido "A.", por lo que será "foco de atención" (familiar, social) de colocarle en primer lugar el apellido paterno. Recuerda que transcurrió el embarazo sola, y si bien existían dudas en cuanto a la paternidad, el accionante demostró su interés mucho tiempo después, al promover la presente acción (ver fs. 92).

Finalmente, concreta su peticitorio en términos breves y concisos, solicitando se haga lugar al recurso interpuesto y se modifique la sentencia de Ia. Instancia en lo pertinente

respecto al orden de los apellidos.

4) Que corrido el pertinente traslado del remedio recursivo así fundado a la contraparte a fs. 95, ésta lo contesta a fs. 96/99, y sostiene que el interés superior de la niña no tiene ninguna relación con interpretar que el orden de los apellidos funciona como premio o castigo a uno u otro de los progenitores, y si ése fuera el criterio, la solución a que se arribara en primera instancia sería la correcta, pues fue la demandada quien no hizo nada para despejar las dudas que tenía sobre la identidad de su hija.

Asimismo, puntualiza que no es posible hablar del derecho a la identidad "en un contexto en el que la madre negó la relación paterno-filial por la mayor parte del tiempo de vida que lleva la niña", puesto que tal situación da cuenta no de la realización de ese derecho sino de su vulneración (ver fs. 96 vta. in fine).

Además, expresa que no hay elementos para sostener que la identidad de una niña de tan corta edad deba cristalizarse por el resto de su existencia en base a las identificaciones que haya desarrollado a la fecha, pero sí existen elementos objetivos - que son, según dice, los expresados por la Sra. Juez de grado- para asignarle el apellido paterno en primer lugar, teniendo en cuenta sus relaciones sociales a futuro.

Y ante la aseveración de que, si se cambia el orden de los apellidos la niña pasará a ser "foco de atención", responde que mayormente lo será si no se lo cambia, porque deberá estar aclarando que su apellido no es el paterno sino el materno.

Por ello, solicita se rechace el recurso impetrado por la demandada y se confirme la sentencia de Ia. Instancia en todos sus términos. Hace reserva del Caso Federal.

5) Que a fines de la debida sustanciación del recurso en trámite, a fs. 100, 2do. párrafo se decidió correr vista a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, la que fuera contestada por dicha funcionaria a tenor del escrito glosado a fs. 101 y vta., quien se pronuncia a favor del mantenimiento de la resolución en crisis, puesto que no advierte que se vulnere derecho alguno en perjuicio de la pequeña, al entender que el art. 64 del CCyC deja librado al arbitrio judicial la resolución del desacuerdo entre los progenitores, imponiendo la pauta de superarlo mediante la utilización por parte del juzgador del principio de interés superior del niño. Aprecia que en el caso, la principal trascendencia de la resolución se observa en el ejercicio efectivo del derecho a la identidad de la menor, quien si bien ha sido identificada en sus dos años de vida con el apellido materno, no se observa afectación alguna de sus derechos en el supuesto de que éste se vea desplazado colocando en primer lugar el apellido paterno. Concluye "...que las innumerables disputas y discusiones entre los adultos a raíz de la fijación de la

filiación de la pequeña, en nada pueden repercutir en esta instancia. Será rol de ambos progenitores fomentar la pertenencia en la vida social y familiar del otro, en igual grado, a efectos de que la niña pueda crecer y sentirse parte en las familias ensambladas".

6) Que reseñada en lo principal la actividad recursiva desplegada en estos obrados y planteada de esa manera la cuestión en debate, corresponde ingresar al análisis de admisibilidad del recurso de apelación incoado. Entonces, teniendo presente que el mismo se halla interpuesto en término (conf. certificación actuarial de fs. 85), y en la medida que la demandada cuestiona la decisión de poner a su hija el apellido paterno en primer lugar, anteponiéndolo al suyo, posible es entender que se encuentra, al menos en forma liminar, superado el examen que al respecto manda efectuar el art. 265 del CPCyC y que habilita la apertura de esta instancia revisora, enmarcado ello en el criterio de amplitud y flexibilidad que viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal en el cumplimiento de los recaudos y requisitos legales establecidos en la norma citada, en orden al respeto del principio constitucional de la defensa en juicio de los derechos y con la finalidad de brindar acabada satisfacción al recurrente, permitiendo la apreciación de las razones alegadas para la modificación de la sentencia (conf. Exptes. N° 7674/2013; 7569/2012, entre muchos otros).

7) Que, en consecuencia, despejada la cuestión del estudio preliminar de admisibilidad formal del recurso formulado por la Sra. A.M.A.P., me encuentro habilitada a ingresar al análisis del planteo traído a resolución de esta Cámara, esto es, si se encuentra justificada la decisión de designar a la niña -y así inscribirse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de Río Negro- con el apellido paterno anteponiéndolo al materno, o si, por el contrario, debió mantenerse éste en primer lugar.

Adelanto mi postura favorable al recurso intentado por la Sra. A.P., con basamento en las razones que a continuación expondré.

Inicialmente aprecio que la cuestión sustancial debatida en el supuesto y sometida a consideración de este Tribunal, ya ha sido recientemente objeto de análisis y pronunciamiento ("P.J.E. c/ G.I.O. s/Filiación", Expte. N° 8089/2016, se del 24/02/17).

En dicho precedente se recordó la premisa imperante en materia del derecho personalísimo al nombre, en cuanto a que, en principio, el mismo es inmutable por razones de orden público. Así, se sostiene desde antaño que "[e]n materia del nombre, rige el principio de inmutabilidad que responde a la satisfacción de intereses públicos y privados de la que no es posible apartarse sino en casos de excepcional gravedad e imperiosa necesidad" ("Benítez, Rubén Ismael s. Adición de apellido", Cámara de

Apelaciones Sala Civil y Comercial de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, sent. del 31/05/2005, publicado en Rubinzal Online, Fuente: Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos, Cita: RC J 14979/09).

Y, allí también se dijo que específicamente con respecto al apellido de los niños, ha habido un reciente viraje en la legislación nacional, por medio del cual se dejó de lado la regla que imponía colocar a los niños el apellido del padre, con excepción de aquellos que sólo tuvieran filiación materna. Ello, por imperio de normativa internacional que impide la discriminación en razón del género (vgr. Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas), y de la que se deriva que no pueden existir diferencias entre los progenitores con respecto a los derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental (Art. 16 de la CEDAW).

Es por ello que se llegó a la conclusión de que "[l]as pautas de distinción entre los progenitores establecidas en el art. 4º de la ley 18.248, en virtud de las cuales se atribuye preferencia a favor del sexo masculino por sobre el femenino en la imposición del apellido de los hijos, resultan inadmisibles a raíz del estándar constitucional que vincula la garantía de igualdad ante la ley al principio operativo de no discriminación (...)" ("D. L. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 20/11/2014. Publicado en: LA LEY 15/06/2015, 6, con nota de Fernando Millán; LA LEY 2015-C , 414, con nota de Fernando Millán; RCCyC 2015 (julio), 94 - RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 79 - DFyP 2015 (septiembre), 81, con nota de Hugo Felipe Rojas; Cita Online: AR/JUR/73840/2014).

Precisamente, es en este contexto que el art. 64 del Código Civil y Comercial, al regular el apellido de los hijos, establece que "El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. // Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. // El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño". Se consagra

de este modo un nuevo principio en la materia, en el que prima el respeto por la autonomía de la voluntad, haciendo hincapié en la posibilidad de que los padres lleguen a un acuerdo sobre el apellido que llevará su hijo en primer lugar y estableciendo subsidiariamente dos sistemas distintos ante la falta de acuerdo, teniendo en cuenta si la filiación se establece simultáneamente respecto de ambos progenitores, o si una se determina con posterioridad, supuesto en el que -como ocurre en los presentes- la decisión final queda librada al arbitrio judicial.

Así se explica que "[c]uando la segunda filiación se determina con posterioridad, compete a ambos padres convenir el apellido. Si no lo pudieran acordar, será el juez quien disponga el orden, siempre teniendo en consideración el superior interés del niño (...)" (Código Civil y Comercial Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. Directores, Tomo I, Infojus, p. 158).

Ahora bien, centrándonos en el caso de autos, debo aclarar -como lo sostuviera en el precedente citado- que si bien advierto la inmensa dificultad que supone justificar la decisión de imponer a un niño, niña o adolescente un determinado orden de apellidos, ya sea que este contemple en primer lugar el paterno o el materno, lo cierto es que no puedo soslayar que no han existido razones suficientes para alterar el estado de cosas. Máxime, teniendo presente que la justificación en atención al interés superior del niño, al tratarse de una pauta de gran amplitud conceptual, deja en manos del juez la responsabilidad de extremar sus esfuerzos a la hora de justificar qué es lo que se entiende, en el supuesto concreto, por tal interés superior. Y, en ese orden de ideas recuerdo, como en aquella oportunidad, que "Al respecto, la Corte Federal precisó que el principio del interés superior del niño "proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos"; de forma tal que la fórmula obliga a los jueces a "dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales". (Mizrahi, Mauricio Luis, "Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte.", Publicado en: LA LEY 13/09/2011, 13/09/2011, 1, p. 2).

De tal manera, entonces, destaco que el alegado fundamento esgrimido en la sentencia en crisis en cuanto a que determinar en primer término el apellido paterno antes que el materno respetaría el "principio de igualdad en iguales condiciones, ya que la mayoría de los niños con igual franja etaria que cuenten con filiación doble tienen registrado el apellido paterno en primer término, atento que la vigencia de la opción en el orden de

los apellidos comenzó a regir desde el mes de agosto de 2015" (ver fs. 70 vta. 1er. párrafo), no resulta argumento suficiente, a mi entender, para justificar dicha decisión, en tanto no se especifica a qué condiciones se refiere, habida cuenta que la niña cuenta con dos años de edad y, por ende, no se encuentra escolarizada, sumado a que, en su caso, si bien es posible que la mayoría de los niños y niñas tengan en primer lugar o único apellido el paterno, ello responde al sistema legal anterior, que, como se dijo, hacía primar el apellido del padre sobre el de la madre, resultando en una situación de discriminación hacia la mujer que, tal ya se indicara, no puede convalidarse a la luz de los nuevos principios y normas imperantes en el tema.

A lo dicho agregó, que aquí el interés de la niña se ve reflejado en su derecho a la identidad, entendido este como el derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tiene el derecho inalienable de contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos, es decir, a conocer sus orígenes, su identidad biológica y a obtener un emplazamiento filial acorde a esa realidad genética. Y, es ello, precisamente, lo que aquí se ha resguardado. Por lo que el orden de los apellidos mal puede interpretarse como un premio o castigo hacia alguno de los padres, por cuanto si bien la actitud mostrada con respecto a su filiación por cada uno de los progenitores es relevante y lo será en el futuro, asumo, que en esta instancia, se debe evitar todo tipo de conflicto, mitigando cualquier desentendimiento entre ellos que pueda afectar en el futuro a la pequeña, ya que como bien apunta la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, el vínculo que tenga con cada uno, dependerá del esfuerzo y compromiso de ambas ramas familiares, a los fines de que la niña pueda crecer y desarrollarse en plenitud sintiéndose parte de las dos familias. Pues el afecto no nace del apellido, del mismo modo que no nace de la sangre. La integración a un determinado grupo familiar (padre/madre, abuelos, tíos, primos) se construye con el vínculo que se genera a través del apego, del cariño, del amor y también del cumplimiento de las obligaciones parentales y familiares a partir de una vocación y compromiso en el rol que compete a cada quien en aras de integrar y acompañar a la pequeña en esta etapa donde necesita mayor protección de sus progenitores. En el caso, quien hasta el momento se ha ocupado de la hija y ha forjado lazos de pertenencia al grupo familiar que integra, es la madre, pues si bien existían dudas en cuanto a la paternidad, lo cierto es que el accionante puso de manifiesto su propio interés en el reconocimiento filiatorio recién al iniciar esta acción (a más de un año de su nacimiento).

De este modo, entiendo que si un niño/a ha sido inscripto con el apellido de su madre, sea cual sea su edad, y aún cuando no se encuentre en un estado de socialización secundaria avanzada, deben existir motivos graves y concretos que autoricen a optar por un cambio en su nombre (en este caso, en su apellido) y, por lo tanto, una alteración en el status quo. Puesto que si bien en la materia rige un nuevo principio que pondera principalmente la autonomía de la voluntad de los padres, al no ponerse ellos de acuerdo, debe acudir a los principios generales que regían anteriormente y que se relacionan directamente con la preservación del orden público y de la seguridad jurídica en relación al estado de familia.

En este sentido, apropiado es recordar que "[l]a noción "justos motivos" aludida en el art. 15, Ley 18248, que autoriza a apartarse del principio de inmutabilidad del nombre, excluye toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agraven seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira obtener una modificación de su nombre." ("Videla, Jorge Rafael s. Sumaria información", sentencia del 24/02/2012 del Juzgado en lo Civil Comercial Concursal y Familia de La Carlota, Córdoba. Publicado en: Rubinzal OnlineCita: RC J 2042/12).

Por ello, aún cuando no pueda sostenerse que exista un perjuicio para la niña si se le coloca el apellido del padre en primer lugar, lo cierto es que tampoco se evidencia obstáculo alguno si continúa llevando el de la madre, desarticulando la posibilidad de alterar la situación dada. En todo caso, tratándose de un supuesto en el que, por la edad de la pequeña (2 años a la fecha de la sentencia recurrida), resultaría sumamente dificultoso demostrar con qué apellido se siente mayormente identificada (y por ello no ha sido escuchada su opinión), lo más prudente es dejar en manos de la propia interesada la posibilidad de acudir nuevamente al ámbito judicial en el futuro, siempre que lo estime necesario.

En consecuencia, por lo expuesto, convencida de que no existen justos motivos suficientes en los términos del art. 69 del CCyC que autoricen a la Judicatura a apartarse del status quo en el caso, debiendo imperar razones de orden y seguridad que inspiren el principio general de inmutabilidad del nombre, y asumiendo que el mantenimiento del apellido con que la niña es públicamente conocida desde su nacimiento, a la sazón, materno, se justifica desde la perspectiva de su superior interés, no resultando aconsejable que el nuevo estado de familia implique el cambio de apellido, sin perjuicio de quedar constituido el vínculo jurídico- filial para los demás efectos, propongo al

Acuerdo: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, Sra. A.M.A.P., a fs. 72, y revocar la parte pertinente de la sentencia de Ia. Instancia obrante a fs. 69/71, en lo referente al orden de los apellidos de la niña M.G., quien deberá ser designada con el apellido de su madre en primer lugar y segundo el de su padre, consignándose el nombre completo de la pequeña como M.G.A.B., sin costas en atención al carácter de la representación del Ministerio Público de la Defensa en ambas partes (art. 68, 2do párrafo del CPr. y arts. 22 inc. a) y 39 Ley K 4199); II. Disponer que el libramiento del oficio correspondiente al Registro Civil y de Capacidad de las Personas ordenado en la instancia de origen se adecue conforme lo aquí decidido. MI VOTO.

A la misma cuestión, el Dr. Ariel Gallinger, dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la Sra. Juez que me precede en orden de votación, por compartir sus fundamentos, sufragando en igual sentido.

A la misma cuestión, la Dra. María Luján Ignazi, dijo:

Atento a la coincidencia de criterio de los Señores Jueces preopinantes, me abstengo de votar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE:

-I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, Sra. A.M.A.P., a fs. 72, y revocar la parte pertinente de la sentencia de Ia. Instancia obrante a fs. 69/71, en lo referente al orden de los apellidos de la niña M.G., quien deberá ser designada con el apellido de su madre en primer lugar y segundo el de su padre, consignándose el nombre completo de la pequeña como M.G.A.B., sin costas en atención al carácter de la representación del Ministerio Público de la Defensa en ambas partes (art. 68, 2do párrafo del CPr. y arts. 22 inc. a) y 39 Ley K 4199).

-II. Disponer que el libramiento del oficio correspondiente al Registro Civil y de Capacidad de las Personas ordenado en la instancia de origen se adecue conforme lo aquí decidido.

Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al juzgado de origen.

MARIA LUJAN IGNAZI - PRESIDENTE, ARIEL GALLINGER - JUEZ, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ - JUEZ. ANTE MI: ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA