

Cambio Del Nombre Interes Superior Del Nino Nombre Orden De Aparicion De Los Apellidos Derecho A Ser Oido

JURISPRUDENCIA

Cambio del nombre. Interés superior del niño. Nombre. Orden de

aparición de los apellidos. Derecho a ser oído Se determina que el apellido de una niña esté integrado por el paterno y por el materno (en ese orden), al advertirse un desprecio por el interés superior de aquella en el accionar de los progenitores y en el mantenimiento de una disputa que la coloca en el lugar de objeto. NEUQUEN, 2015 Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: ?G. G. K. S/ CAMBIO DE NOMBRE? (EXP N°53600/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA NRO. 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. MONICA MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo: 1. Contra la sentencia que hace lugar a la demanda y autoriza el mantenimiento del apellido materno y, en consecuencia, ordena que el nombre se consigne como G. G. K., suprimiendo el del progenitor, apela éste último. Al expresar agravios, indica que por medio de la acción aquí deducida, la madre solicitó que se modificara el apellido de la hija de ambos, autorizándose a mantener en primer lugar el apellido materno, seguido del paterno. Sin embargo, dice, el magistrado, resolviendo en exceso y ponderando la opinión de una menor de 6 años, ordenó suprimir lisa y llanamente su apellido, más allá de lo solicitado y en contra de las constancias existentes en la causa. En cuanto a esto último, sostiene que la accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley 18.248/68, a sabiendas de que no podía alegar seriamente el conocimiento público por su apellido materno, en tanto fue reconocida cuando contaba con dos años de edad. No obstante ello señala que, sorprendentemente, el magistrado afirma que tanto la niña como la actora tomaron conocimiento mucho tiempo después, desarrollando su vida y relacionándose en los ámbitos social y escolar, con el apellido materno. Dice que esto contraría las constancias de la causa, en tanto, luego del reconocimiento paterno ocurrido en marzo de 2008, le entregó el DNI y acta de nacimiento a la madre, lo cual surge con claridad del expediente de régimen de visitas que se encuentra incorporado a esta causa como prueba. De acuerdo a ello, sostiene, cae el presupuesto de decisión fincado en el conocimiento tardío del reconocimiento. En segundo lugar, expone que en la demanda no se invocaron ni explícita ni implícitamente, justos motivos, por lo cual la sentencia se presenta como incongruente. Pero aún cuando se considerara que sí los ha invocado, continúa diciendo, lo cierto es que no hay elementos probatorios que lo corroboren y, además, se permite edificar su pretensión en el accionar ilícito, consistente en ocultar el reconocimiento paterno y utilizar una partida de nacimiento caduca. Por último, se agravia de la ponderación efectuada con relación a la opinión de la niña, haciéndole cargar, con 6 años de edad, una decisión trascendente para su vida. Cuestiona que no se hayan ponderando los elementos obrantes en autos, de los cuales surge que la madre intenta presentar a la niña como huérfana de padre y se queja de que se convaliden las conductas ilícitas adoptadas por la contraria, tal la utilización de un acta de nacimiento, a sabiendas de que estaba actualizada y figuraba el apellido paterno. Sostiene que la sentencia no repara en el interés superior de la niña. Plantea caso federal y solicita que se haga lugar al recurso de apelación, aceptando la incorporación del apellido materno, pero precedido del paterno. 1.1. Los agravios son contestados a fs. 149/153. Sostiene que si bien su parte admitió que el padre reconoció a la niña en marzo de 2008, aclaró que la misma comenzó a ser conocida públicamente con el apellido materno. Dice que si la niña no tuvo el apellido paterno durante los primeros años de su vida, eso no puede ser considerado como una cuestión baladí. Que el uso prolongado y continuo del nombre en lugares públicos justifica la decisión. Al referirse al interés superior del niño, sostiene que el progenitor en su presentación traduce un espíritu patriarcal, desde el cual pareciera que el único apellido válido es el suyo, desconociendo el apellido que venía usando la niña. Por último se allana al pedido de la adición del apellido paterno, pero precedido por el materno. A fs. 157 dictamina la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, remitiéndose a sus dictámenes anteriores. 2. Así planteada la cuestión, debo comenzar por señalar que ambos progenitores se encuentran de acuerdo en que ambos apellidos deben serle atribuidos a la niña G. K. Y esto debe ser así, dado que, en orden a las constancias de la causa, el objeto de la demanda y las pruebas recibidas, nada admite una solución en contrario. Más aún: que la niña lleve los dos apellidos, tanto el materno como el paterno, se ajusta a su realidad biológica; tiene un padre y una madre y ambos pretenden ejercer los deberes y derechos que le acuerda la patria potestad. Ambos quieren cuidar de ella y que ella lleve su apellido. Y aquí es donde debemos detenernos, para tener en claro que lo aquí debe privilegiarse es el interés de G. K. que es superior y, como tal, a él deben subordinarse los de los padres: de allí que los planteos relativos a la inconstitucionalidad de la ley del nombre en orden a ser violatoria de la igualdad de género no sea un criterio decisivo para la solución a dar a este caso: sí lo es, por el contrario, el interés superior de G.K. En este contexto he de analizar la cuestión que se circunscribe al orden de aparición de los apellidos de los

progenitores, en tanto, insisto, ambas partes se encuentran de acuerdo en que el apellido de la niña se encuentre integrado por ambos.

3. Ahora bien, en los supuestos de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por el padre, la ley aplicable adopta un criterio igual al establecido con relación a los hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo, esto es, se transmite obligatoriamente el primer apellido paterno, pudiendo añadirse el materno, a pedido de ambos progenitores. Esta regla presenta sin embargo una excepción: la ley admite la conservación del apellido materno con autorización judicial, cuando el reconocimiento de la madre fue anterior al del padre y el hijo fuera conocido por el de aquélla (art. 5, 2do párrafo). Pero la existencia de esta excepción, no importa hacer de esto algo disponible y discrecional; justamente, en el componente social del nombre, los trazos de indisponibilidad más nítidos se encuentran en el apellido y por ello: ¿este dogma de la inmutabilidad del nombre es un ¿severo principio? del cual ¿el legislador o el juez no pueden -o no deben- apartarse, sino en casos excepcionales y cuando las circunstancias lo justifiquen? y responde

¿simultáneamente a la satisfacción de intereses públicos y privados, en cuanto apunta al orden y a la seguridad jurídicos, que son los fines de la norma y las razones que la hacen valiosa?. Es que de alguna manera dicha pauta imperativa es un corolario de la función de identificación de las personas. La libertad para cambiarlo importaría el desorden y la inseguridad más extrema, se prestaría a engaños y fraudes e inutilizaría la función esencial del nombre... Creemos, y quizás se condensa aquí el quid de este sucinto análisis del tema que, cuando no se trata de cambio de nombre (propriadamente, apellido) sino de intervención de la voluntad privada en la ¿adquisición? del mismo, los márgenes operativos de esta discrecionalidad lucen todavía más acotados, ya que es la ley la que perfila taxativamente como opera tal mecánica en cada supuesto... en principio, alterar aquellas pautas por hechos atendibles pero que tienen otro marco de incidencia jurídica (como, por ejemplo, el reconocimiento forzado de la filiación paterna extramatrimonial por vía judicial) no parece aconsejable, ni conveniente? (cfr. Saux, Edgardo I., ¿El apellido como componente social del nombre: ¿orden público o autonomía de la voluntad?, La Ley 2011-D-1049).

4. En este contexto, debo señalar que la niña G. K. fue reconocida por su padre el 11/03/2008, cuando contaba con dos años y cuatro meses de edad, aproximadamente. Este hecho fue conocido y admitido por la progenitora, aunque no consigna la fecha en la demanda. Más allá de ello, tal como surge de las constancias obrantes en el expediente que corre por cuerda, tomó indudable conocimiento en mayo de 2008 (cfr. Acta de audiencia de fecha 15/05/2008, de la que surge que se encontraba notificada de la demanda). En la contestación allí efectuada el 29/05/2008, reconoce que existieron contactos entre G. K. y su padre, que éste depositaba dinero para los alimentos (más allá del monto y la frecuencia); de hecho, según la misma relata, hubo un intento de convivencia frustrado en los primeros meses de 2008. Es decir que la Sra. G. conocía desde dicha época, cuando la niña contaba con 2 años y medio de edad, que el padre la había reconocido y que, por lo tanto, llevaba su apellido.

La circunstancia de que haya procedido a inscribirla en el pre-escolar y primer grado con el apellido materno, denota una actitud reprochable desde el punto de vista del interés de la niña; piénsese sólo en los inconvenientes administrativos de tal accionar. E insisto aquí, en la imposibilidad de elección: la madre no podía decidir por sí, el apellido que llevaría su hija; esto es una determinación legislativa de carácter indisponible. Pero más allá de ello, lo cierto es que, inscripta escolarmente en el primer grado de la primaria, el padre realiza una presentación con fecha 12/03/2012, a partir de la cual el apellido es cambiado en la institución escolar y desde entonces, G. K. es conocida por el apellido paterno, situación que no surge de estos actuados, haya mutado a la fecha. Y describo todo esto por cuanto, en este contexto, la disputa de los padres en nada parece beneficiar a la menor, como así tampoco el cambio de su apellido, ahora, con la edad de 9 años, cuando toda la escolaridad primaria transcurrida (ámbito donde más se refleja el ¿conocimiento público? de su persona a través del apellido), lo fue con el apellido R.

Tenemos entonces que si bien, en este caso, el reconocimiento paterno fue posterior, se realizó cuando la niña tenía escasamente dos años y medio de edad. Falta entonces el segundo supuesto que habilita la excepción a su precedencia: no puede considerarse como justo motivo el conocimiento público de una niña de dos años y medio de edad; luego y, más allá de la reprochabilidad de la conducta de la madre, al comenzar el primer grado, a instancia paterna, se corrigió tal situación en el ámbito escolar y, desde entonces, figura tal apellido. En este sentido se ha señalado que ¿resulta poco creíble que un niño de apenas cuatro años de edad sufra alguna forma de perjuicio por el cambio de su apellido (del materno, al paterno, fruto del reconocimiento de la filiación extramatrimonial)...? (cfr. Saux, op. Cit).

Sin lugar a dudas, las circunstancias anteriores denotan insuficiencia para fundar una excepción a la solución legislativa, en tanto la sociabilización era muy limitada. Y, más allá de ello, ninguna otra razón se ha invocado o acreditado en autos; sólo subsiste como justificación, lo opinado por la niña, aspecto que abordaré a continuación. 5.

Ahora bien, claramente aquí existe un conflicto entre el padre y la madre: una decidió, por sí, desconocer la realidad legal del nombre de su hija y llamarla por el apellido materno; el otro, anoticiado de tal situación, la habría revertido sin siquiera ponerlo en conocimiento a la contraria. Pero nótese que, en esta disputa, se coloca a la niña en un lugar de "objeto", en vez de "sujeto de derechos" y, como tal, merecedora de toda la protección y garantías para poder desarrollar su personalidad, entre ellas, que su apellido refleje su realidad biológica y afectiva: G. K. tiene un padre y una madre, tiene el derecho de llevar ambos apellidos y la disputa por el orden, es una contienda no propia, que la excede y de la que debe ser resguardada. En este sentido se consigna en el

informe psicológico obrante a fs. 145/146 del expediente que corre por cuerda: ¿Cabe aclarar que resulta evidente que los desacuerdos, disputas y falta de comunicación entre sus padres resultan la mayor fuente de estrés y conflicto para la niña. Es más, podría afirmarse que el conflicto ocurrido con su nombre propio, y la consiguiente repercusión afectiva en la niña, es el resultado de la elevada disfunción familiar existente desde el inicio?. 5.1. Me interesa también aquí destacar, con relación a dicho informe, que la psicóloga tratante indica que la niña G.K.: ¿afirma que lo que a ella la enojó mucho fueron dos cuestiones: que el padre haya ido a la escuela y haya impuesto que se usara el apellido R. sin avisarle antes, y que luego no la haya llamado para su cumpleaños en Noviembre del 2012? (el subrayado es propio). Y agrega: ¿la niña afirma actualmente no querer ver a su padre porque se siente muy enojada con él debido a las cuestiones mencionadas con anterioridad. Sin embargo, se evidencia un grado de ambivalencia muy elevado en relación al vínculo con el mismo ya que si bien discursivamente manifiesta no querer verlo (aludiendo a su gran enojo), por otro lado, a lo largo de las sesiones y durante los juegos lo menciona una y otra vez de manera positiva, recordando diversos momentos placenteros vividos con él?. Y destaco esto porque tiene incidencia en la preservación y alcance del derecho de la menor a ser oída. 5.2. Es cierto que conforme al artículo 12 de la Convención, los Estados partes deben garantizar que los niños puedan expresar su opinión, pero también lo es que debe contemplarse que éstos estén en condiciones de formarse un juicio propio y, aún en estos casos, esto no implica que el niño decida. Es que, como señala López Mesa: ¿...bien se ha dicho que la voluntad del menor, libremente expresada en entrevistas desarrolladas sin la presencia de sus progenitores, reviste particular importancia para la decisión del Tribunal, quien debe garantizarle a aquél, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (C. Nac. Civ., sala K, 29/11/1995 -M. de C., S. E. v. S. de S., R. N. s/ régimen de visitas) JA 1999-IV-síntesis, RDF 1998-12-222)... la Convención de los derechos del niño, que establece el derecho de éstos a ser oídos y su recepción en el art. 3 y cctes. de la ley 26.061, pueden juzgarse utilizando una aguda expresión del Prof. Yves Benhamou quien dijera que "Este instrumento internacional no hace más que poner en ejercicio en su art. 12, premisas de una nueva ciudadanía, el derecho de expresión del niño, quien ahora cada vez que es dotado de un discernimiento suficiente, debe ser oído, entendido y defendido en todos los procedimientos contenciosos o administrativos que le conciernen" (Benhamou, Yves, "Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant", en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103). Claro que el derecho del menor a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese solo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren. No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste. Pero en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente a sus intereses...? (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, S., E. B. c. N., J. C. 10/02/2010 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/6503/2010). Es que el Juez debe valorar la opinión teniendo en cuenta la edad y la madurez y, en el caso de autos, no puede perderse de vista la edad de la niña al momento de ser entrevistada y con una actitud que la escucha profesional califica de ¿un grado de ambivalencia muy elevado?. Pero más allá de ello, que de por sí es relevante, también: "...debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente, depende la decisión judicial, el juez resolverá priorizando el interés del menor; para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone (...) En la 'lectura' de los dichos del menor, el juez suficientemente capacitado deberá desentrañar cual es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre base de eventuales adoctrinamientos e interferencias" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 177. En similar sentido, Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V.; Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Bs. As., 2006, T° I, p. 574). Por lo tanto, la opinión de la menor no es determinante y, más aún, en una materia que es tan indisponible para los niños como para los adultos: Salvo una causa justificada que, según he consignado, no encuentro reunida en autos, el apellido paterno debe preceder al materno. Y en las circunstancias del caso, entiendo que esto, además, es lo que mejor responde a los intereses de G. K., los que deben ser privilegiados por ante los de la madre (aclaro esto, en virtud del planteo de inconstitucionalidad formulado por aquélla). 6. Por estas consideraciones entiendo que el recurso de apelación debe ser receptado, debiendo el apellido de G. K. estar integrado por el paterno y materno, en este orden. Más allá de lo que aquí se decide y del orden legal en punto a los apellidos, es claro que el estado de la relación entre uno y otro progenitor resulta decisivo, habida cuenta que un buen diálogo y conductas razonables podrían determinar la innecesariedad de judicializar cuestiones que tienen que ver con el ámbito familiar y la identidad, no sólo estática, sino también dinámica de G. K., situación a todas luces desfavorable para la niña. Ambos, padre y madre, son imprescindibles en la vida de un hijo. Y los obstáculos existentes en su propia relación se

proyectan y afectan el interés del niño y el interés familiar. Por ello ?La gestación de una cultura del diálogo y acercamiento en armonía de ambos padres, asumiendo éstos plenamente sus responsabilidades, tendrá como resultado exitoso la familia que todo niño merece, como grupo fundamental para el crecimiento y bienestar de sus miembros? (cfr. Yuba, Gabriela ? La patria potestad y el derecho de visita. Deberes y derechos de los progenitores. Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (agosto), 696). En orden a ello, debe instarse tanto al padre como a la madre, para que realicen este esfuerzo comunicacional en beneficio de la niña. En definitiva, por todas estas consideraciones, entiendo que corresponde revocar la sentencia de grado, en la forma propuesta más arriba. En cuanto a las costas, debo ponderar que ambas partes están contestes en que ambos apellidos integren el de la niña, circunscribiéndose la cuestión al orden de precedencia. Por ello y ante la existencia de precedentes jurisprudenciales que han receptado la declaración de inconstitucionalidad formulada, lo que pudo llevar a la peticionante a creerse con motivos para litigar, entiendo que las costas de ambas instancias deben imponerse en el orden causado. TAL MI VOTO. El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido. Por lo expuesto, esta Sala I RESUELVE: 1.- Revocar la sentencia obrante a fs. 121/124 debiendo el apellido de la niña G. K .estar integrado por el paterno y materno, en este orden. 2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. 3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en Primera Instancia a los letrados del demandado, los que se fijan en las siguientes sumas: para las Dras. ..., ... y ..., de PESOS ... (\$...), para cada una de ellas y para los Dres. ... y ..., de PESOS ... (\$...), para cada uno de ellos, fijando por la actuación en esta instancia el ...% de lo que corresponde en la instancia de grado (art. 15, LA). 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen. Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA Correlaciones: Código Civil y Comercial Unificado de la Nación - Capítulo 4 - Nombre. Arts. 62 a 72 D. L. P., V. G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/amparo - Corte Sup. Just. Nac. -06/08/2015 F., D. A. s/autorización judicial - Cám. Civ. Com. y Lab. Reconquista - 05/03/2015 R. A. E. c/ B. P. D. L. s/cambio de nombre - Cám. Civ. y Com. Azul - SALA I - 21/05/2015 004347E