

ISSN 2408 - 4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
//04
julio / 2017



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho de
la Universidad Gastón Dachary.
Número 4

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD



Sumario

Perspectivas de la formación investigativa de los estudiantes de Derecho 4

La Ley 4.000 en la provincia de Misiones. Una gesta sin precedentes ¿Hasta cuándo seguiremos mirando hacia el costado?..... 7

Breves reflexiones del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.....10

“El impacto del Código Civil y Comercial en el ordenamiento procesal”14

Staff

Rectora:

Prof. Alba Pérez Chilavet

Secretaría de Extensión:

Lic. Gabriela Lichowski

Coordinador Editorial UGD:

Lic. Jerónimo Peralta Rodríguez

Director de Abogacía -UGD:

Dr. Juan Manuel Lezcano

Editora Revista Derecho UGD:

Dra. Vanesa Carolina Rosas

Diseño de Tapa:

DG. Rodrigo Benítez

Corrección:

Gabriela Loreiro

ISSN 2408-4581

Editorial

Espacio de análisis, reflexión y participación

Dra. Carolina Vanesa Rosas

En este espacio que significa la revista del Departamento de Derecho en esta oportunidad tenemos el agrado de compartir publicaciones de la comunidad académica, docentes y alumnos.

En lo que respecta al derecho privado, el año 2016 y lo que estamos transitando del 2017 están señalando recién las primeras líneas de pensamiento doctrinarias y jurisprudenciales en lo que refiere a la interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015. Por ello resulta un gran aporte académico el trabajo que en este número compartimos de los Dres. Martín López y Viviana Vallaro, docentes de la casa, quienes nos presentan una mirada acerca del artículo 3 del Código Civil y Comercial, y analizan el deber de motivación de los jueces y su relación con el principio de razonabilidad.

En el mismo orden de ideas, y con tratamiento de jurisprudencia local, se torna valioso el trabajo de la Dra. Adriana Giselle Petruszynski titulado: “El impacto del Código Civil y Comercial en el ordenamiento procesal local”. Pongo especial énfasis en este trabajo, que sirvió como trabajo final de su cursado en la Diplomatura en Derecho Privado en la Universidad durante todo el año 2016, dictada por prestigiosos docentes locales e invitados de otras provincias. Importante espacio generado por la Universidad en materia de actualización que generó trabajos de calidad que permiten su publicación, como aportes que contemplan la realidad local. Artículos que refieran al derecho local son difíciles de conseguir por los distintos operadores del derecho cuando estudiamos temas vinculados a la provincia de Misiones, de allí su especial importancia.

En otro orden de ideas, y ya situados en el derecho público, haciendo un examen de la Constitución Provincial, el Dr. Diego Somoza, docente de la casa, nos presenta su visión y análisis de la Ley 4.000 de la provincia de Misiones.

Por otra parte, el Dr. Juan Manuel Lezcano, Director del Departamento de Derecho de la UGD, nos comparte sus reflexiones acerca de las “Perspectivas de la formación investigativa de los estudiantes de derecho”, deteniéndose en diferentes aspectos de la investigación y la enseñanza del derecho.

Agradeciendo el aporte de todos, esperamos que este número sea de interés de los lectores. Y para seguir compartiendo este canal de comunicación que edifica y nos hace crecer en el sano y respetuoso intercambio de ideas, los invitamos a ustedes, nuestros lectores, a participar y asumir un rol activo en los números que siguen, compartiendo sus trabajos.

Perspectivas de la formación investigativa de los estudiantes de Derecho

Por **Juan Manuel Lezcano**, Abogado - Doctorando UNL - UCSF - Docente en UCSF - UGD- Investigador UCSF - UGD - juanmanuellezcano@gmail.com

RESUMEN: En el siguiente trabajo se ofrece una reflexión sobre diferentes aspectos de la investigación y la enseñanza del derecho, y en particular, sobre la integración de los contenidos de los programas con la actividad investigativa.

ABSTRACT: In the following paper offers a reflection on different aspects of research and teaching of law, and in particular on the integration of program content to the research activity.

PALABRAS CLAVE: Docencia- actividad profesional- investigación.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar diferentes aspectos de la investigación y la formación en la actividad científica en los educandos de la carrera de abogacía y su integración de los contenidos de los programas de las diferentes materias con la actividad investigativa y profesional.

Entendemos que el tema a analizar se relaciona tanto con la actividad científica de estudiantes como de los docentes, permitiendo avizorar un panorama que configura el andamio desde el cual se ha de analizar la figura del alumno investigador, inmerso en una formación de grado muchas veces tecnicista punto que analizaremos más adelante.

También pensamos que si bien se abre una transición para repensar los problemas que les plantean al derecho tanto en los roles del abogado litigante como del abogado investigador, creemos que en dicha profundización de roles se distinguirá con mayor claridad la problemática de la científicidad del derecho.

Es que el abogado deja de ser solo un "técnico" de aplicación automática de normas y el docente deja de ser una vía de transmisión del conocimiento teórico en la relación con el educando, convirtiéndose -en ocasiones- en un medio de acceso a la investigación a través de la transmisión de su experiencia como investigador a sus estudiantes.

Así muchas veces no se concientiza suficientemente de la importancia; y nos lleva a considerar temas como la investigación o el proceso de iniciación de los estudiantes en proyectos desde las cátedras.

Acerca de la actividad académica del alumno investigador

Acerca de la actividad investigativa del alumno de la carrera de abogacía debemos caracterizar su rol como alumno investigador, lo cual denota dos actividades que a nuestro entender se vinculan íntimamente: **rendimiento académico** y los procesos de **iniciación en la investigación**. Particularmente nos ceñiremos a esta última actividad.

Si bien la discusión mayor pareciera se centra hoy día en la investigación, no queremos dejar pasar por alto lo siguiente: el carácter "profesional" de la actividad jurídica. Es decir, que la abogacía en sí misma es una actividad que requiere de una formación específica y el desarrollo de competencias, pero la actividad científica es aquella que produce conocimiento en nuestra ciencia corriendo la frontera del conocimiento.

Esto último pone a las universidades en el serio compromiso de ofrecer a sus planteles docentes la formación específica a la que nos referimos para formar docentes de excelencia y que estos puedan formar alumnos investigadores; pues *"enseñar es una tarea compleja porque exige conocer bien la materia o actividad, saber cómo aprenden los estudiantes cuyo aprendizaje se ha de guiar, manejar bien los recursos de enseñanza que se adecuen mejor a las condiciones en que ha de realizar su trabajo... conocer bien la propia materia es una condición fundamental pero no suficiente. La cualidad intelectual del docente, la forma en que ha de abordar esos contenidos es muy diversa de cómo lo hace el especialista. Es una forma de aproximarse a esos contenidos*

o actividades profesionales pensando en cómo hacerlas entender por parte de los alumnos..." (ZALVALA, 2004:111).

Refiriéndose a la enseñanza del derecho en México, Sánchez Vázquez señala: "... Estamos temporalmente ubicados en los siglos XVI, XVII y XVIII. Dicho de otra manera, permea el impacto de la influencia cultural de la Edad Media, haciendo presencia la escolástica. De ahí que no deba extrañarnos que en esa época, se consideraba al catedrático como único y exclusivo sabedor del conocimiento, a éste, no se le ponía en duda ni se le cuestionaba" (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2011:22).

Para terminar este apartado creemos que la relación íntima entre el perfil exigido hoy para el egresado de la carrera de abogacía ya sea en un perfil específico como el de el abogado litigante o aquel más cercano a la actividad académica los mismos no son incompatibles, sino que constituyen un todo inescindible, en el sentido que hacen que afirmemos que *"esta relación entre la transmisión cultural y la investigación no es una relación de subordinación de una con la otra, sino más bien, es una relación dinámica y 'circular', puedo enseñar lo que investigo o investigar lo que enseño. Puedo plantear la pregunta porque conozco la respuesta o presentar las respuestas para hacer más preguntas y en definitiva ampliar las respuestas"* (DEL HURTO REY, 2011;8).

La integración de actividad investigativa con los contenidos de la materia

Como lo señalamos antes, existe en nuestras Facultades de Derecho una realidad innegable: la enseñanza que se imparte es casi exclusivamente teórica. Esto último creemos hace necesario que el docente deje de ser solamente un "libro abierto" y se transforme en un docente preocupado por correr la fron-

tera del conocimiento, logrando así integrar, a su actividad como docente y al mismo tiempo iniciar a sus alumnos en la investigación.

Es cierto que las más modernas concepciones pedagógicas procuran superar el viejo estilo de la clase magistral, de la "lectio", que tiene su origen en la tradición medieval, y tienden a sustituirla por la clase activa, suplantando el monólogo del catedrático por un diálogo

Todos deben tener presente el significado de ser investigador, curiosos, respetuosos y amantes del saber a transmitir, de tal forma que exista siempre una pregunta a responder sobre las instituciones jurídicas, logrando el asombro de lo nuevo, desconocido y conocido.

fecundo, que mantenga despierto el interés de los asistentes y abriría a los jóvenes nuevos horizontes.

Pero quizás la precisión del Dr. Gonzalo Sozzo en sus exposiciones al respecto pueda ayudarnos a clarificar el hecho que al discutir el perfil de los docentes ello se vincula al perfil de estudiantes que formamos; en el sentido de que los mismos forman "técnicos jurídicos" dejando de lado la formación de "ingenieros jurídicos", es decir, de quienes piensan y crean las instituciones jurídicas. *"De ahí surge la doble función paradójica de la universidad: adaptarse a la modernidad científica e integrarla, responder a las necesidades fundamentales de formación, proporcionar profesores para las nuevas profesiones pero también, y sobre todo, proporcionar una*

enseñanza meta-profesional, meta-técnica, es decir, una cultura". (MORIN, 1999:86)

Es por lo dicho hasta ahora que creemos necesaria la integración de los contenidos de las materias con la investigación, mejorando la enseñanza mediante el proceso de iniciación de los alumnos en proyectos desde las cátedras.

No pretendemos con lo dicho que todos los estudiantes deban hacer investigaciones que respondan a una presentación formal y en el mejor de los casos sean financiadas; creo que se debe crear conciencia que no todo abogado que ejerza la profesión y la docencia universitaria pueda ni quiera ser investigador científico; pero sí creemos que todos deben tener presente el planteo del significado del ser investigador de nuestra propia disciplina, curiosos, respetuosos y amantes del saber a transmitir de tal forma que exista siempre una pregunta a responder sobre las instituciones jurídicas, logrando el asombro de lo nuevo, desconocido y conocido.

Creemos que el docente debe integrar prácticas investigativas desde su cátedra y establecer y vincular en la enseñanza pautas de investigación para así relacionarla con los contenidos de su cátedra.

Algunos aportes para integrar la actividad científica con las actividades de la cátedra

Si bien las facultades de derechos y las universidades tienden en determinados períodos a adaptarse en todas sus funciones y misiones, al desarrollo de un perfil tanto para docentes como para los egresados de la carrera de abogacía, creemos necesario realizar algunos aportes para integrar las actividades de la cátedra con la práctica científica. Ya que al discutir el perfil de los docentes por añadidura discutimos el perfil de los estudiantes que formamos; en el sentido de que los mismos forman "técnicos jurídicos" dejando

de lado la formación de “ingenieros jurídicos”, es decir, de quienes piensan y crean las instituciones jurídicas

Es por lo dicho que queremos aportar las siguientes ideas:

1. Profundización de los conocimientos conceptuales, procedimentales y actitudinales, adquiridos en la/s ciencia/s que son objeto de su formación profesional y plasmarlos en trabajos académicos desde la materias específicas;

2. Intensificación del aprendizaje de los métodos de investigación científica aplicada a las ciencias que son objeto de su formación profesional;

3. Lograr estímulos que motiven el interés y desarrollo de trabajos de investigación aplicada que permitan fortalecer los aprendizajes recibidos;

4. Favorecer y acompañar un estado de reflexión permanente de los alumnos acerca del contenido y alcances de la formación profesional que vienen so-

brellevando en la Universidad;

5. Contribución a la adquisición de hábitos de estudio e investigación que constituyan herramientas concretas para la presentación de ponencias en congresos y seminarios que habiliten la participación de los estudiantes;

6. El fortalecimiento de la comunicación de los alumnos con los docentes de los claustros que favorezcan el establecimiento progresivo de escuelas y discipulados;

7. El fortalecer la solidaridad entre los estudiantes favoreciendo la comunicación y la asociación para la organización del estudio regular, como para el desarrollo de trabajos de investigación e intercambio de consejos para la realización de las tutorías de los mismos;

8. La promoción de la cultura jurídica en el estudiante, para que sea aplicada a las problemáticas y temáticas comprometidas en su formación profesional;

esto como docentes y egresados de Universidades Nacionales tanto de gestión pública como privada.

Estos objetivos creemos sólo se podrían lograr mediante un cambio de paradigma en la formación desde la cátedra, abordando sus dificultades para integrar la actividad investigativa, pero ello sin lugar a dudas hace necesario el compromiso institucional hacia el docente tanto de la unidad académica como de la universidad; pues se trata de una tarea mancomunada, que exige de esfuerzo y compromiso compartidos.

Por último sostenemos que la experiencia del abogado en lo investigativo enriquece y mejora las competencias específicas de la práctica profesional y que ambas no son incompatibles ni excluyentes como muchas veces se ha afirmado desde algunas agencias o centros de investigación.

Bibliografía

- DEL HUERTO REYES, Verónica María. “Docencia e investigación: un encuentro necesario y posible”, disponible en <http://www.enduc.org.ar/enduc4/trabajos/t111-c31.pdf>, pág. 8 documento electrónico; extraído el 12/02/2011
- GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al derecho. Bs. As. Depalma. 1987.
- LEZCANO. Juan Manuel. “Importancia en la práctica profesional del análisis y fundamentación de los aspectos

normativos, epistemológicos y documental del Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones” en Revista digital Eldial.com. (DC1786), 2011.

- MORIN, Edgar. La cabeza bien puesta. Ed. Nueva Visión, Bs. As. 1999.
- PÉREZ LINDO, Augusto. Universidad, conocimiento y reconstrucción nacional. Ed. Biblos, Bs. As. 2003.
- POUPARD, Paul. Buscar la verdad en la cultura contemporánea. Ed. Ciudad Nueva, Santiago. 1995.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. “Algu-

nas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México”, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/341/20.pdf>; documento electrónico; extraído el 12/02/2011

- ZABALZA, Miguel Ángel. La enseñanza universitaria. El escenario y sus protagonistas. Segunda edición. Narcea Ediciones S.A. Madrid 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio R. El enemigo en el derecho penal. Bs. As. Astrea. 2007

La Ley 4.000 en la provincia de Misiones

Una gesta sin precedentes ¿Hasta cuándo seguiremos mirando hacia el costado?

Dr. Diego Somoza, Abogado. Docente de Derecho Constitucional de la UGD. Coordinador Regional de los CAJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Introducción

"Es deber primordial del abogado respetar y hacer respetar la ley y las autoridades legítimas".

La intención de las siguientes líneas es preguntarnos hasta qué punto debemos intervenir como profesionales del derecho en cumplimentar con lo preceptuado por el artículo 5 de nuestro Código de Ética del Colegio de Abogados de la Provincia de Misiones.

¿Debemos respetar y hacer cumplir la ley en los casos concretos en los que nos toque intervenir en favor de nuestros clientes? o ¿Es una obligación que debiera surgir de nuestras entrañas siempre que advertimos la vulneración de una norma? Y, ¿sí la ruptura del ordenamiento legal obedece al incumplimiento claro y manifiesto de nuestra norma madre? ¿sí quien la incumpliere fuere uno de los poderes del Estado? ¿El/la abogado/a debería indignarse ante tal situación y hacer que se respete la ley?

A través de un caso concreto, se describirá una violación clara, manifiesta, totalmente ilegítima e indecente a nuestra Constitución Provincial. En el año 2005 violamos (todos lo hicimos) nuestra Constitución Provincial, silenciando a un pueblo completo.

Con la Ley 4.000, en la Provincia de Misiones le negamos el reconocimiento constitucional al pueblo mbya. Hasta el día de hoy resuenan claros ejemplos de cómo no se respeta lo preceptuado por nuestra Constitución y, obviamente, el

ejemplo de lo sucedido con la aplicación de esta ley, siempre reluce de cómo no se debe actuar institucional y legalmente.

Se trata de un caso muy grave de injusticia. Desde el punto de vista que se quiera tomarlo: institucional, jurídico, antropológico, etc. No se encuentra fundamento del accionar llevado a cabo. Y se espera (todavía) con sed de justicia, una respuesta favorable por quienes detentan la última palabra en nuestro sistema de gobierno republicano: los jueces.

Desarrollo

La Ley 4.000: Una gesta incomprensible de la Provincia de Misiones.

En junio de 2003 se reúne el pueblo guaraní "mbya"² con el presidente de la legislatura provincial, con la idea de reformar la Constitución de la Provincia de Misiones. Los mbya deciden confeccionar un proyecto de enmienda legislativa con el fin de que sean reconocidos a nivel constitucional sus derechos como pueblo originario. Realizan el proyecto en su lengua materna.

El 6 de noviembre de 2003, luego de presentado el proyecto ante la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones, habiéndose traducido el proyecto en el idioma del hombre blanco, los treinta y cuatro (34) representantes de la legislatura que se encontraban en ese momento sesionando aprueban por unanimidad la Ley N° 4.000, que pretendía modificar el art. 9 de la Constitu-

ción de la Provincia de Misiones, con el fin de agregarle cuatro párrafos. El decreto 1.669 de fecha 21-11-2003 promulga la ley, y el día 25-11-2003 dicha normativa aparece en el boletín oficial.

Esta ley es vanguardista para la Nación Argentina. Nótese que los miembros del pueblo originario redactan su propia ley, sometiéndose a las instituciones y la voluntad del hombre blanco, solicitando el reconocimiento de ellos como pueblos originarios de la región. No existe otro precedente que tenga comparación.

Según lo estipulado por la Constitución de la Provincia de Misiones, se establece un sistema de modificación de la constitución a través de la enmienda legislativa en los casos que se trate solamente de modificar un solo artículo de su cuerpo legal, debiendo recurrirse a una consulta popular en donde el pueblo vota y decide si quiere o no reformar la constitución en ese tema específico, en ese artículo predeterminado (sistema semi-flexible distinto a Nación que posee un sistema relativamente rígido de reforma)³. La ley que convoca a esta consulta y pretende esta modificación fue aprobada con el número 4.000.

La Constitución establece que en las próximas elecciones a realizarse se debe llamar a consulta popular.

En el año 2005 al momento de ser las elecciones en la provincia de Misiones (renovación parcial de la Cámara de Representantes), inexplicablemente no se llama a consulta popular con el objeto

² ARTÍCULO 5: CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL, Sancionado por Asamblea Extraordinaria celebrada el día 30 de septiembre de 1978 en Posadas, Misiones.

³ Los mbyá o mbya son un a rama del pueblo guaraní que habita en Paraguay, Brasil y Argentina (en la Provincia de Misiones).

³ ART. 179 CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE MISIONES: ENMIENDA LEGISLATIVA. REQUISITOS. QUÓRUM. 3 CONNOCATORIA. LIMITACIÓN. "La enmienda o reforma de un solo artículo podrá ser sancionada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara de Representantes y el sufragio afirmativo del pueblo de la Provincia, convocando al efecto en oportunidad de la primera elección de carácter provincial que se realice, en cuyo caso la enmienda o reforma quedará incorporada al texto constitucional..."

de reformar este artículo 9 de la Constitución. A través del Decreto 424/05, el gobernador no convoca al referéndum establecido constitucionalmente. El representante del Poder Ejecutivo decidió, a través de un decreto, no consultar a la ciudadanía sobre el reconocimiento o no de los pueblos originarios en la Constitución provincial.

En abril de 2005, distintas organizaciones de aborígenes realizan un reclamo ante el Tribunal Electoral. La comunidad mbya solicita que se cumpla con lo establecido constitucionalmente. El tribunal recibe el reclamo y notifica al gobernador de la provincia. Nunca hubo una respuesta.

Al momento de las elecciones del año 2007 se vuelve a formalizar un reclamo por parte de la comunidad aborígen, solicitando que se cumpla con el llamado a referéndum, y se haga cumplir la ley aprobada por unanimidad en la cámara de representantes. No obtienen respuesta.

En ese mismo año un diputado provincial reclama ante la legislatura el cumplimiento de la ley 4.000, presentando un proyecto ley nuevo, con idéntico contenido del cual había sido presentado por el pueblo mbya y aprobado por los legisladores misioneros, fundamentándose en el peligro de que se argumente por algún sector cercano al Ejecutivo misionero, una caducidad institucional por no haberse realizado la consulta en el año 2005, siguiendo el mecanismo de reforma indicado por la Constitución de la provincia. No se aprobó el proyecto.

Abogados del foro local hicieron presentaciones administrativas solicitando al gobernador que se expida sobre este tema. En su momento, fue de conocimiento público este hecho gracias a algunos medios de comunicación. La voluntad contraria a que se cumpla con este precepto constitucional -la cabeza del poder ejecutivo- jamás emitió opi-

nión al respecto, manteniéndose firme en su propósito de que esa ley no cumpla con el fin establecido y resguardado por la Constitución de la Provincia de Misiones.

En el año 2009, distintas organizaciones civiles vuelven a reclamar la omisión del referéndum con el fin de ser reconocido constitucionalmente el pueblo mbya en la provincia. No hay respuesta.

La ley incorpora modificaciones a la Constitución provincial a fin de garantizar a la comunidad mbya guaraní el respeto a su identidad y educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades y organización, además del derecho de participación plena en la gestión de sus recursos naturales.

Nos encontramos ante un claro ejemplo de discriminación e inconstitucionalidad. Se trata de un antecedente histórico en nuestra República, en donde un pueblo indígena reclama que se reconozcan en forma constitucional sus derechos. Se somete a las reglas del hombre blanco, siendo aprobada dicha iniciativa por las instituciones que rigen a una sociedad, a una cultura con la cual no se identifican y muchas veces no se sienten parte. Luego de ser aprobada la iniciativa por todos los legisladores presentes, el Poder Ejecutivo a través de un decreto no cumple con lo preceptuado por la Constitución de la provincia de Misiones, excluyendo la voluntad de un grupo social, que solicitaba ser reconocido a los fines de su auto-determinación como pueblo.

La ley incorpora modificaciones a la constitución provincial con el objeto de garantizar a la comunidad mbya guaraní el respeto a su identidad y educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones. Además del derecho de participación plena a través de sus representantes en la gestión de sus recursos naturales, el derecho de mantener, desarrollar y administrar servicios propios de salud, reconocer la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y asegurar su patrimonio cultural y propiedad intelectual. Para otorgar transparencia a lo dicho, reflejemos la sanción del texto: La Cámara de Representantes de la provincia sanciona con fuerza de Ley: Artículo 1.- Modifícase el artículo 9o del Título Segundo - Capítulo Único de la Constitución Provincial, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 9.- Los habitantes en la Provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, la que deberá tener acción y fuerza uniformes para todos y asegurar igualdad de oportunidades. Cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al bienestar común y el correlativo derecho de participar de sus beneficios. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural del pueblo indígena Mbya, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a ser impartida, preferentemente, por docentes y auxiliares indígenas.

Reconoce y garantiza la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones y, asimismo, el derecho de participación plena, a través de sus representantes, en la gestión de sus recursos naturales; el derecho a usar, mantener, desarrollar y administrar servicios propios de salud y demás intereses que los afecten. Reconoce la

posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible, prescriptible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asimismo, asegura su patrimonio cultural y propiedad intelectual.

Los municipios pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Como se podrá observar, se trata de un artículo realmente interesante y de gran importancia para el pueblo guaraní. La pregunta a responder es: ¿A quién hubiere perjudicado si se respetaba el mandato constitucional? Todavía es una intriga en esta provincia, no comprendiendo el porqué de la negación a qué se reconozcan éstos derechos al pueblo indígena que habita en nuestro suelo misionero.

Y eso no es todo...

En la provincia de Misiones se ha creado y aprobado por ley el digesto jurídico. Una herramienta práctica que han utilizado varias provincias de la Argentina en los últimos años para reordenar el gran compendio de leyes existentes en su jurisdicción. Al momento del análisis de la ley 4.000, se habrán preguntado los especialistas que estaban a cargo de tan importante y grata tarea ¿Qué hacer con ella? La derogaron.

¿Cuál es el fundamento? CADUCIDAD POR OBJETO CUMPLIDO. Eso expresa textualmente el digesto jurídico de la Provincia de Misiones en su anexo C – Caducidades. En honor a la verdad fáctica de lo sucedido, en los fundamentos por la derogación y no aplicación de la presente ley, debería expresarse caducidad por OBJETO INCUMPLIDO.

Acción de Inconstitucionalidad...

¿Y luego?

Esto continúa con una acción de inconstitucionalidad presentada ante el Superior Tribunal de Justicia. En Misiones, en el juicio de declaración de inconstitucionalidad tiene competencia originaria el S. T. J. Actualmente, se encuentra tramitando esta demanda de inconstitucionalidad en la cabeza del poder judicial de la provincia. Dejando de lado la conciencia por hacer justicia y las ganas de querer confiar en nuestros tribunales; es de público conocimiento que el Superior Tribunal se siente influenciado por el poder ejecutivo. Seguramente en este caso, no se hará justicia en el máximo tribunal de la provincia, y el caso terminará siendo analizado por el más alto tribunal de nuestra nación.

Esperanzado, espero el transcurso del tiempo para que, luego de habilitada la vía recursiva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los Ministros se hagan

cargo de la presente demanda de inconstitucionalidad y hagan justicia para el pueblo mbya de la provincia de Misiones y para la sociedad en general, otorgando un mensaje de qué hay reglas a cumplir en un estado de derecho y la Constitución es la más importante de todas ellas.

¿Y mientras? ¿Qué nos queda?

Y... Nos queda defender nuestra Constitución, tan joven y golpeada. Si no podemos hacer valer la norma más importante de la provincia, ¿qué queda para el resto de nuestro ordenamiento jurídico? ¿Qué mensaje le damos a la sociedad, a nuestros alumnos de derecho en las aulas, a nuestros clientes que reclaman justicia?

Si el estado de derecho depende de la voluntad política de quien nos representa, hemos errado en la idea de república. La soberanía popular como principio republicano se desvanece en un instante.

Nosotros, los profesionales del derecho, que nos gusta lo que hacemos y amamos nuestra profesión, debemos poner un freno ante estas violaciones constitucionales, debemos ser la voz del pueblo ante estas gestas indecentes e intentar con nuestro saber marcar el rumbo correspondiente. El camino del respeto hacia la constitución, el camino hacia la justicia.

Bibliografía

- BIAZZI ROBERTO RICARDO: Provincia de Misiones ¿Es viable su modelo constitucional? La constitución de 1958, Universidad Nacional de Misiones, Posadas, 1982
- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE MISIONES: La Constitución Pro-

vincial, Primera Edición, Editorial Librería Jurídica, Misiones.

- EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL: Manual de la Constitución Argentina, 6ª edición- Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.
- GELLI, MARIA ANGELICA: Constitu-

ción de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008.

- RAMÍREZ SILVINA: Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

Breves reflexiones del art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación

VIVIANA TERESITA VALLARO, Abogada - Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Univ. Austral - Adjunto de Derechos Sucesorios, UGD - Poder Judicial. Posadas - Misiones, Argentina. vivianavallaro@yahoo.com

LÓPEZ MARTÍN RUBÉN, Abogado - Especialista en Técnicas de Litigación - Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Univ. Austral - Adjunto de Derecho Comercial y Empresarial, UGD - Poder Judicial. Posadas - Misiones, Argentina. martinrubenlopez@gmail.com

"Los jueces son, en cuanto ministros de la ley, servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas, derivadas razonablemente del ordenamiento jurídico vigente... incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos".

FALLO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN¹

SUMARIO: En el presente trabajo se analiza el deber de motivación de los jueces y su relación con el principio de razonabilidad aplicable a toda decisión jurisdiccional, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil y Comercial recientemente sancionado.

A través del pensamiento de destacados juristas nacionales, así como del panorama brindado por el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y la destacada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se podrá visualizar que las decisiones razonablemente fundadas componen la garantía del debido proceso legal. El deber de fundamentar las sentencias es hoy parte del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE: juez - deber de resolver - razonabilidad - Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Introducción

El deber de los jueces de resolver los casos sometidos a su jurisdicción se encontraba contemplado en el art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield. El nuevo art. 3 del Código Civil y Comercial (CCyC) formula un agregado no previsto en el mencionado art. 15, al expresar que "la decisión debe ser razonablemente fundada".

Esta innovación abre el análisis hacia el deber de los jueces de fundar sus sentencias que tiene como correlato el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada o motivada por parte del órgano jurisdiccional.

El derecho-deber de motivar las sentencias constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso, contemplado en la nueva visión dada al art. 18 de la Constitución Nacional.

Es que el art. 18, establece las reglas, principios y garantías del debido proceso, tanto sustantivo como adjetivo. De la inviolabilidad de la defensa en juicio, se deriva el derecho al proceso, pues para que exista defensa, debe previamente asegurarse mediante garantías que el mismo se desarrolle debidamente y además que se tenga oportunidad de acceder al proceso.

Justamente, el debido proceso legal ha ido evolucionando, desde el derecho a la defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción, a un derecho fundamental a la protección eficaz por parte de los tribunales de justicia, denominado derecho a una tutela judicial efectiva².

Esta nueva visión del art. 18, viene a complementarse con la expansión del bloque de constitucionalidad que a través de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos -art. 75 inc. 22 Constitución Nacional (CN)- debe ser analizado a la luz de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Argentina al ratificar, por medio de la Ley N° 23.054 (sancionada en Marzo de 1984), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, acepta y reconoce la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Justamente en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el deber de motivación de la sentencia constituye un componente fundamental de las garantías del debido proceso legal.

¹ CSJN, 10/7/2012, Fallos: 335:1305

² Cfr. TOLLER Fernando M., El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica", 45, (2003), 543.

Pero además de fundada, el precepto bajo análisis establece que debe ser "razonada" es decir sus fundamentos deben abarcar tanto el camino lógico-racional, o conforme a la razón, como el aspecto sustantivo o axiológico, el camino de "lo justo".

El presente trabajo aborda la motivación de las sentencias judiciales analizando el art. 3 del CCyC, partiendo del Anteproyecto de reforma, presentado por la Comisión Redactora del Código, pasando por el panorama brindado por el Código de Ética Iberoamericano, para ahondar en el tratamiento del tema en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Utilizamos en el desarrollo del trabajo extractos de las tesis de Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, como aportes sustanciales al contenido del artículo analizado.

Decisión razonablemente fundada

En los fundamentos de la Comisión redactora del anteproyecto se afirmó que "se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil" Y agregan que la decisión debe ser razonablemente fundada, "esta disposición se aplica extensivamente a todos los jueces que deben decidir casos con obligación de fundarlos"³. Así el nuevo CCyC revaloriza el rol de los jueces en la resolución de los conflictos judiciales.

Entonces, además de estar fundada, se exige que tal fundamentación sea razonable. Así el adverbio utilizado "razonablemente" indica que debe ser conforme a la razón, como un acto de discurrir el entendimiento, argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa.

Así la norma consagra, el principio de

razonabilidad, ya precedido en la Constitución Nacional, en la jurisprudencia nacional y en el sistema interamericano; y ahora expresamente en el CCyC, al estipular que la razonabilidad es lo contrario de la arbitrariedad.

Es útil recordar que, en el Estado de Derecho Constitucional en que vivimos, es trascendente que el juzgador fundamente las decisiones jurisdiccionales. Como sostiene el Alto Tribunal correntino, al referirse a este tema: "...Resulta así imprescindible que la sentencia expicite los argumentos de derecho o de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, ya que, cabe reiterar, la falta de esta argumentación básica de sus fundamentos decisivos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo del sentenciador." Agrega que "...A la par que posibilita el control social difuso sobre el ejercicio del poder por los jueces, ya que destinatarios de las resoluciones judiciales no son solamente las partes de un litigio dado sino también y fundamentalmente, el pueblo, Juez de los jueces"⁴.

Entiendo que exigir a los jueces que sus sentencias sean razonablemente fundadas, no es producto del imaginario de los justiciables, sino que es una acción con basamento constitucional conforme a la cual, las decisiones judiciales deben contener una resolución clara, cierta y motivada de los asuntos que generaron su expedición.

Como sostiene Leandro Guzmán "la motivación de la sentencia es una garantía estructural de una jurisdicción democrática, de la independencia del juez y del proceso, del respeto por el principio de defensa en juicio y del interés de la comunidad"⁵.

Y señala Rodolfo Vigo que: "Las sociedades democráticas imponen un esfuerzo justificatorio especial por parte de aquellos que ejercen el poder. El mero

argumento de autoridad ya no satisface en el ámbito de una cultura que desconfiaba del poder y que se nutre del pluralismo. Esas razones de índole política y social han fortalecido la necesidad de motivación que pesa sobre los jueces..."⁶.

La argumentación no sólo abarca la justificación interna -consistente en la necesidad de explicar y describir el camino lógico-jurídico que el juez ha recorrido- sino también la justificación externa -que refiere al contenido sustancial de la decisión, los valores y principios presentes en la resolución-⁷.

El art. 3° debe ser analizado conjuntamente con el art. 2° del Código Civil y Comercial que dice "...La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Estas pautas interpretativas, constituyen un universo de herramientas para que los fallos judiciales sean una decisión razonablemente fundada.

Además, el Código Iberoamericano de Ética Judicial explicita en qué consiste el deber de motivar la sentencia. Así el art. 19 indica: "Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión" y el art. 20 agrega: "Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita".

La fundamentación de las decisiones judiciales constituye una garantía del correcto ejercicio del poder conferido a las instituciones judiciales; pese a que aún hoy, persiste en algunos ámbitos, la visión pretendidamente objetiva y aséptica del derecho, siendo que la perspectiva juricista del paradigma del Estado de Derecho decimonónico⁸ ha entrado

³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Comisión de Reformas Decreto 191/2011 <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁴ STJ de Corrientes, "M., O. A. c/ F., A. M.", 25/09/2014, en Revista Actualidad Jurídica. Familia y Niñez, n° 127, año X, noviembre, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2014, 4062.

⁵ GUZMÁN, Leandro, Derecho a una sentencia motivada, Ed. Astrea, 2003, 11.

⁶ VIGO Rodolfo Luis, Interpretación jurídica, (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, 36.

⁷ Ibidem

⁸ VIGO Rodolfo Luis, "La ética en la interpretación judicial", en Cianciardo Juan (coord.), La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, 345 ss., 346.

“Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita”.

en franco retroceso.

Más aún, cuando en los tiempos actuales predomina el paradigma del Estado de Derecho Constitucional y Convencional, que requiere una labor más creativa del juez. Esta labor creativa - opuesta a la labor del juez como boca de la ley- no implica describir y sistematizar sin ningún compromiso de valores. Al contrario, se advierte una irrupción de valores, principios y derechos fundamentales que cargan al derecho de un contenido moral ineludible⁹.

Motivación de la sentencia en el sistema interamericano

El deber de motivación de las sentencias que pesa sobre los jueces es una consecuencia del sistema republicano y democrático de gobierno que exige la justificación del ejercicio del poder.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el deber de motivación de las sentencias es un componente de la garantía del debido proceso legal, y debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso “Apitz Barbera” la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”¹⁰.

En los casos “Yatama vs. Nicaragua” y

“Chaparro Alvarez vs. Ecuador”, también expresó: “El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”¹¹.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: “el deber de motivación es una de las garantías incluidas en el art. 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”¹².

En el mismo caso refiere al contenido del deber de motivación sosteniendo que: “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado...la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”¹³.

Resulta determinante para interpretar el alcance de la garantía de motivación de las sentencias -como parte integrante del debido proceso- realizar en cada caso un control de convencionalidad.

Por lo tanto compete al Estado Argentino y en particular al Poder Judicial, realizar en el marco del control de convencionalidad, el análisis de la Convención y de la interpretación de la misma por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al alcance del deber de motivación de las sentencias judiciales.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, cabe destacar que el deber de motivación es un componente más de la garantía del debido proceso legal, que implica la necesaria función de los órganos jurisdiccionales de los Estados

⁹ Cfr. Idem, 347.

¹⁰ Corte IDH, “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.” Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 77.

¹¹ Corte IDH, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador.” Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107. Caso “Yatama vs. Nicaragua.” Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153.

¹² Corte IDH, “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.” Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 78.

¹³ Idem.

partes del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, de resolver las decisiones sometidas a su conocimiento teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas analizadas en el proceso.

CONCLUSIONES

Para concluir, consideramos -por un lado- que la novedad del artículo bajo análisis se encuentra en el agregado final, en la expresión "mediante una decisión razonablemente fundada", de la mano del Estado de Derecho Constitucional y Convencional que vivimos, exige justificar a los jueces mejor las decisiones, abandonando formalismos y prácticas inconducentes, para pasar a explicar de un modo claro las verdaderas razones que motivan la decisión,

mejorando el contenido argumental y posibilitando el control de lo decidido por los interesados.

El deber apuntado no es menor, si repasamos en las deficiencias que la práctica del derecho suele mostrar a través de textos que presentan escasez o ausencia total de argumentos, falacias de distinto tipo, argumentación inconducente o incoherente con la conclusión, recurrencia interminable a citas y transcripciones que no siempre guardan relación lógica y concreta con las postulaciones o resoluciones que pretenden fundarse

Y por otro lado, conforme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos entendemos que el deber de motivar las decisiones judiciales, es un componente de la garantía del debido proceso

legal y recae por igual sobre todos los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del sistema.

Es así que el juez -expresamente indicado en el art. 3 del CCyC- que debe dirimir los asuntos que caen bajo su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Conjuntamente con este recaudo, la resolución judicial deberá contener los argumentos jurídicos respetando la subsunción de los hechos al derecho, con estricta adecuación a los mandatos constitucionales y convencionales emergentes de la Constitución Argentina, muy especialmente los vinculados a los tratados constitucionalizados (art. 75. inc. 22 C.N.), y la jurisprudencia emanada de la aplicación de dichos instrumentos.

FINIT CORONAT OPUS

Bibliografía

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (Dir.), T.I, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Dir.), T. I, Infojus, 2015.
- DEPETRIS, Carlos Emilio, "Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial", 2015 infojus.gov.ar Id DACF150652, 2015. <http://www.infojus.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacf150652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> (última visita 30/11/2015)
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión de Reformas Decreto 191/2011 en www.nuevocodigocivil.com <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (última visita 30/11/2015)
- GUZMÁN, Leandro, "Derecho a una sentencia motivada", Ed. Astrea, 2003.
- MASCIOTRA, Mario, "Deber de fundar las sentencias", La Ley 2013-F.
- PORRAS, Alfredo Rafael, "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", La Ley Gran Cuyo 2014 (diciembre), 1178, AR/DOC/4277/2014. [arch=false&context=7&crumb-action=append](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&sruid=i0ad6007a00000151600bfecd2eabd6dc&docguid=i5D4FF1EB77D2056BC5BA095C286E1D75&hitguid=i5D4FF1EB77D2056BC5BA095C286E1D75&spos=1&epos=1&t d=1&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSe-arch=false&context=7&crumb-action=append) (última visita 30/11/2015)
- TOLLER, Fernando, "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y práctica", 2003
- VERBIC Francisco, "Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano". La Ley, 2014-A.
- VIGO Rodolfo Luis, "Interpretación jurídica, (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- VIGO Rodolfo Luis, "La ética en la interpretación judicial", en Cianciardo Juan (coord.), La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

“El impacto del Código Civil y Comercial en el ordenamiento procesal local”

Dra. Adriana Giselle Petruszynski. Abogada. Egresada de la UCSF - Posadas. Culminó la Diplomatura en Derecho Privado en la UGD - Posadas.

RESUMEN: En el presente trabajo intentaremos desarrollar las nociones básicas del nombre y apellido, para luego analizar el tema principal que es el apellido de los hijos en el nuevo código civil y comercial.

Así mismo voy a mencionar varios fallos tanto nacionales como de la provincia de Misiones, donde dejaré reflejados los criterios de los jueces sobre el tema en cuestión.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo explicar en primer lugar las nociones básicas del nombre y del apellido, para luego centrarse en el tema principal que es el apellido de los hijos en el nuevo Código Civil y Comercial, que entró a regir el 1° de agosto de 2015.

Luego se va a analizar cuál ha sido la evolución del apellido antes y después de la reforma del Código Civil y Comercial, desde la Ley 18.248 hasta nuestros días.

Así mismo, quiero exponer cómo se recogen en el Código los principios que surgen de la Constitución y de las convenciones que protegen a la mujer través de la eliminación de disposiciones que mantenían desigualdades entre los hombres y las mujeres al momento de la elección del apellido para sus hijos.

Finalmente se va a analizar jurisprudencia a nivel nacional y provincial referida al tema.

Desarrollo

“Nociones básicas del nombre y del apellido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”

Para empezar a desarrollar el tema es importante tener en cuenta que Vélez Sarsfield no legisló sobre el nombre de las personas, sino que fue recién en el año 1969 cuando se sanciona la ley 18.248, que integra el Código Civil, es decir que a partir de allí quedó regulado el nombre y el apellido de las personas.

Finalmente con la sanción del Código Civil y Comercial, que entró a regir el 1 de agosto de 2015, quedó regulado integralmente el nombre de las personas.

“La persona humana posee, por el

sólo hecho de serlo, atributos, cualidades inseparables, inherentes al sujeto de derecho, sin las cuales no se lo podría considerar tal. Esos atributos son cuatro: el nombre, la capacidad, el estado y el domicilio”¹.

Los atributos son las cualidades que hacen a la esencia de su personalidad y que determinan su individualidad. Estos atributos en su conjunto conforman a la persona, nacen y mueren con el ser humano, hacen que se les reconozcan como un ser único e irreplicable en la sociedad.

A continuación se va a definir el nombre como: “el medio de identificación de las personas en la sociedad”². Como se ve el nombre permite identificar a cada persona en relación con las demás, se trata de un derecho personalísimo, donde viene a cumplir varias funciones, una tiene que ver con el individuo mismo en su esfera personal, porque le otorga individualidad para ser uno y no otro; y otra, destinada a la identificación de esa misma persona ante los demás, a su individualización ante la sociedad.

La palabra nombre puede tener dos acepciones, en sentido restringido se refiere al nombre propio, y en sentido amplio se refiere al conjunto de vocablos formado por el prenombre o nombre de pila y el o los apellidos.

El prenombre o nombre de pila según Borda “viene a ser el elemento distintivo para diferenciar a una persona del resto de los integrantes de la misma familia. Permite la indicación del sexo de cada sujeto, y es susceptible de ser masculino o femenino. Sin desconocer la importancia del factor voluntario en su elec-

¹ Butler Cáceres, José A., Manual de derecho civil. Parte general, Editorial Ábaco, pág. 62, Buenos Aires, 1979

² Julio Cesar Rivera, Luis Daniel Covi. Derecho Civil Parte General, pág. 325, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016,

ción, la cual responde a una elección discrecional dentro de ciertos límites, la elección del prenombre solo se produce una vez operada la inscripción³.

Rivera ha definido al apellido como “la designación común a todos los miembros de una familia”⁴. Se puede distinguir entre apellido simple, doble y compuesto.

El apellido simple es el que se compone por un solo elemento.

El apellido doble es el que resulta de la agregación del apellido materno al paterno, este apellido va variando de generación en generación por las distintas agregaciones.

El apellido compuesto es inalterable y es el que está integrado por dos apellidos inseparables, de modo que si se omite o suprime uno de ellos la denominación queda incompleta.

El código Civil y Comercial, regula todo lo atinente al nombre en diez artículos (artículo 62 a 72), que se encuentran contenidos dentro del “Libro Primero” “Parte General”, “Título Primero” “Persona Humana”, “Capítulo Cuarto”, de este modo deroga a la ley 18.248.

Así, el artículo 62 señala que “la persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden”.

Además se establece en el artículo 63 que “la elección del prenombre está sujeta a las siguientes reglas: a) corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; b) no pueden inscribirse más de tres prenombres, apellidos como prenombres, primeros prenombres idénticos a primeros pre-

nombres de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombres extrajerárquicos; C) pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas”.

En el artículo 69 se prevé que el cambio de prenombre o apellido: “sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso,

El nombre es un derecho personalísimo que cumple varias funciones, una tiene que ver con el individuo mismo en su esfera personal, porque le otorga individualidad para ser uno y no otro; y otra destinada a la identificación de esa misma persona ante los demás, a su individualización ante la sociedad.

entre otros, a: a) el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad; b) la rai-gambre cultural, étnica o religiosa; c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”.

El artículo 70 regula el proceso para proceder al cambio de prenombre o apellido, estos “deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el

diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios”.

El artículo 71 prevé las acciones de protección del nombre: “Puede ejercer acciones en defensa de su nombre: a) aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado; b) aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso; c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso. En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia. Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos”.

Además se regulan distintos supuestos del apellido; en este sentido el artículo 65 señala: “La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común”.

Se prevé en el artículo 66 un caso especial: “La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando”.

³ Borda, Guillermo., Tratado de derecho civil. Tomo I, Parte general, Editorial Perrot, pág. 292, Buenos Aires, 1999.

⁴ Julio Cesar Rivera, Luis Daniel Covi. Derecho Civil Parte General, pág. 331. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

Desde antes de la sanción del nuevo Código Civil nos encontramos con una doble regulación en materia de asignación de apellidos para hijos de personas del mismo sexo o no.

Para el caso de los cónyuges el artículo 67 dispone: “Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella. La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo. El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial”.

Para el caso del hijo adoptivo, el artículo 68 dispone que “El nombre del hijo adoptivo se rige por lo dispuesto en el Capítulo 5, Título VI del Libro Segundo de este Código”.

El Código Civil y Comercial prevé tres tipos de adopción; la adopción plena, la adopción simple y la adopción de integración.

Para la adopción Plena el artículo 626 dispone que el apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas: a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido; b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales; c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta; d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

En la adopción simple, el artículo 627 señala que la adopción simple produce los siguientes efectos: d) el adoptado

que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;

Finalmente se prevé la adopción de integración, en este caso el código no trae normas especiales sobre el apellido, pero aclara en el artículo 630 que se mantiene el vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. De este modo el menor mantendrá el apellido de su progenitor.

“El apellido de los hijos antes y después de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”

A continuación, se va a desarrollar el tema principal del trabajo, que es el apellido de los hijos en el nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación derogó la Ley del Nombre de las Personas Naturales (ley 18.248); esta ley en el art. 4º, establecía el principio general en materia de adquisición de apellido de hijos matrimoniales y en el art. 5 establecía el principio general en materia de adquisición de apellido de hijos extramatrimoniales.

Si se trata de hijos matrimoniales de cónyuges de distinto sexo la regla establecía que llevaban el primer apellido del padre y a pedido de los progenitores podía inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseaba llevar el apellido compuesto del padre, o el materno, podía solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarían el primer apellido de alguno de ellos.

También se estipulaba que a pedido de éstos podía inscribirse el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregarse el del otro

cónyuge y si no había acuerdo acerca de qué apellido llevaría el adoptado, si sería compuesto, o sobre cómo se integraría, los apellidos se ordenarían alfabéticamente. Además, si el interesado deseaba llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o el del otro cónyuge, podía solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años.

El apellido una vez adicionado no podía suprimirse y se establecía que todos los hijos debían llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

El art. 5° de la ley 18.248 establecía el principio general en materia de adquisición de apellido de hijos extramatrimoniales.

En caso de haber sido reconocido por uno sólo de sus progenitores le correspondía su apellido, para el caso de haberlo sido por los dos, simultánea o sucesivamente, llevaba el apellido del padre. Podía agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo 4°.

Sin embargo, si el reconocimiento del padre era posterior al de la madre, podía, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo había sido públicamente conocido por éste. El hijo estaba facultado, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuera posterior. Si la madre fuera viuda, el hijo llevaría su apellido de soltera.

En el año 2010 se sanciona la ley de matrimonio igualitario N° 26.618 donde se estableció el principio de autonomía de la voluntad en materia de asignación del apellido de los hijos de uniones homosexuales, pudiendo los padres elegir que su hijo lleve el apellido de alguno de ellos, y en caso de desacuerdo, se determinó el orden alfabético de los apellidos; en cambio las parejas heterosexuales estaban obligadas a colocar a sus hijos el apellido del padre en

primer lugar. De esta manera se puede observar que desde antes de la sanción del nuevo Código Civil, nos encontramos con una doble regulación en materia de asignación de apellidos para hijos de personas del mismo sexo o no.

En el artículo 64 del Código Civil y Comercial se establece la regla para la determinación del apellido de los hijos.

“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”.

De esta manera se ha introducido un cambio fundamental en nuestra legislación ya que se puede poner al hijo matrimonial el primer apellido de cualquiera de los padres. Así, se permite elegir el llamado apellido de familia con una limitación impuesta por la misma norma “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 Código dispone que el hijo que cuenta con edad y madurez suficiente, puede solicitar la agregación del apellido del otro progenitor. De este modo, se incorpora el principio de capacidad gradual de los niños y adolescentes, consagrado en el art. 12 CDN. En él se garantiza que los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio gozan del derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

“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.

A partir del momento en que el Código dispone que el hijo, que cuenta con edad y madurez suficiente, puede solicitar la agregación del apellido del otro progenitor, se incorpora el principio de capacidad gradual de los niños y adolescentes, consagrado en el artículo 12 de la CDN.

La equiparación de derechos entre ambos padres para la elección del apellido de los hijos es una consecuencia de la igualdad absoluta que existe entre los cónyuges reconocida en nuestro derecho a partir de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

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”.

El hijo extramatrimonial lleva el apellido del padre que lo reconoce, pero si ambos progenitores asumen su responsabilidad parental, puede llevar el apellido de cualquiera de los cónyuges, pero si la segunda filiación se determina después, ambos padres deberán acordar el orden de los apellidos. En caso que no lleguen a un acuerdo, el juez va a decidir cuál de los apellidos llevará el hijo extramatrimonial, teniendo como pauta el interés superior del niño.

Por primera vez, tras la implementación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el Registro Civil de Paraná, debió sortear el orden de apellidos de un menor por falta de acuerdo de los progenitores. De este modo, se realizó un sorteo para decidir el orden de los apellidos del padre y la madre por falta de acuerdo, algo inusual, porque generalmente los progenitores llegan a las oficinas del Registro Civil habiendo acordado previamente el orden en que inscribirán a los hijos.

La equiparación de derechos entre ambos padres para la elección del apellido de los hijos es una consecuencia de la igualdad absoluta que existe entre los cónyuges reconocida en nuestro derecho a partir de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

“Jurisprudencia en la provincia de Misiones”

El fallo que va a ser analizado se encuentra caratulado como “Expte. Nº xxx/2015. S. F. A. s/ Rectificación de Nombre y/o Apellido”⁵. Se trata de una

sentencia de Primera Instancia del Juez de Familia Dr. José Gabriel Moreira, de Oberá, Misiones, del 28 de septiembre de 2016.

En cuanto a los hechos se presenta el Sr. S. F. A., en representación de su hijo menor A., M. L., solicitando la modificación del apellido de su hijo por el de S. A. Expresa que mantuvo una relación amorosa con la Sra. G. M. A., producto de la cual nació M. L., desde el momento que tomó conocimiento de la paternidad decidió reconocer al niño, pero por resistencia de la demandada el reconocimiento se retrasó un año.

Señala que tiene muy buena relación con M., que se ven periódicamente, contribuyendo además en los gastos de crianza. El niño por su corta edad no asiste a establecimientos educativos, por esta razón solicita el cambio de apellido de uso, el primer apellido por el paterno.

Conforme a las pruebas se ha acreditado correctamente que el actor es el padre del menor, conforme surge del acta de reconocimiento de la partida de nacimiento del mismo. Siendo la partida un documento público que hacen plena fe por haber sido pasados ante funcionario público, que se hace necesario ordenar mediante sentencia la rectificación de aquella, a fin de establecer en la esfera social de M. L., su verdadera identidad.

El juez, basándose en el artículo 64 del Código Civil y Comercial, hace lugar parcialmente a la demanda del actor ordenando mantener el apellido materno del menor M. L. A. en primer lugar, adicionándose posteriormente el del padre S. F. A., ya que así es como lo conocen en su entorno social, cultural y familiar desde su nacimiento, y teniendo en cuenta que el derecho al nombre, consagrado en los tratados internacionales, no se articula con el emplazamiento filial, sino que posee su propia autonomía, en la que debe tenerse en cuenta la cara dinámica de la identidad, es decir

⁵ Expte. Nº xxx/2015. S. F. A. s/ Rectificación de Nombre y/o Apellido

su uso en los diferentes ámbitos de la vida social y familiar.

Como se puede observar el juez al momento de tomar la decisión del caso se basó en el artículo 64, párrafo segundo del Código Civil y Comercial para determinar el orden del apellido. En este caso, como la segunda filiación se determinó después, el niño ya había sido inscripto con el apellido de la madre, y el juez decidió mantenerlo en primer lugar, ya que así es como lo conocen al menor desde su nacimiento.

En este sentido, es importante destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el artículo 7 señala que: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Así mismo el artículo 8 dispone que “Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”.

Por su parte, el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “... Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”.

Desde hace muchos años y como consecuencia de la organización patriarcal de la familia, se impuso en nuestra sociedad la idea de que los hijos debían llevar el apellido del padre en primer lugar, esta situación estaba receptada por los arts. 4 y 5 de la ley 18.248, actualmente derogada por el artículo 64 del Código Civil y Comercial de la Nación. Como se ve la ley 18.248 no hacía más que vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

A medida que fue evolucionando la sociedad, también lo hizo la propia familia, donde se fue reemplazando el sis-

tema patriarcal por otro, basado en el principio de igualdad de las personas sin tener en cuenta su sexo.

Esta situación se vio reflejada en las distintas leyes y en la incorporación de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional que contienen normas protectorias del derecho a la igualdad y prohíben el trato discriminatorio por razones de género.

En este sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el art. 2º dispone: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas (...), se comprometen a: b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”.

En forma concordante, el art. 16 de la Convención establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares..., inciso d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos”.

De esta manera se puede observar que el nuevo Código Civil y Comercial recepta el derecho a la igualdad de hombres y mujeres, de padre y madre, consagrando como regla que es la voluntad de los progenitores y no de la ley la que determina el apellido de los hijos.

“Jurisprudencia a nivel Nacional”

Antes de la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial hubo fallos donde se ordena inscribir a un menor con el apellido materno en primer lugar.

El fallo se encuentra caratulado como

A medida que fue evolucionando la sociedad, también lo hizo la propia familia, donde se fue reemplazando el sistema patriarcal por otro basado en el principio de igualdad de las personas sin tener en cuenta su sexo.

“Expte. N° 1096/10P. C. E. C/ PA. H. G. S/ Demanda de Filiación”⁶. En este sentido, el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de los Tribunales de Rosario, resolvió declarar la inconstitucional del art. 5° párrafo 2 de la ley 18.248 por considerarlo discriminatorio para la mujer; y ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas a que se inscriba a un niño de 4 años con el apellido materno en primer término y el paterno en segundo lugar.

El niño nació como fruto de una relación extramatrimonial de sus padres y fue criado desde un principio por su madre, quien lo inscribió en el Registro Civil con su apellido, ya que su padre se negaba a reconocerlo como propio, dudando de su paternidad. El señor terminó reconociendo a su hijo luego de un análisis de ADN realizado en común acuerdo con su expareja, pero exigió que se inscribiera al niño con su apellido en primer lugar y el de la madre en segundo término, a lo que se opuso la mujer.

Los jueces tuvieron en cuenta al momento de resolver que el niño durante 4 años desarrolló su vida social con el apellido de la mamá y cambiarlo sería perjudicial para el menor.

Otro fallo donde se puede observar el mismo criterio en cuanto el orden de los apellidos, se encuentra caratulado como “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. I. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”⁷.

En cuanto a los hechos, los cónyuges dedujeron acción de amparo para que se les autorizara a inscribir a su futuro hijo matrimonial con el apellido de la madre seguido del correspondiente al del padre ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Solicitaron que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 4° y 5° de la ley 18.248, modificada por la ley 26.618, ya que entendían que lesionaban el dere-

cho a la igualdad ante la ley entre integrantes del matrimonio y colisionaban con el principio de la no discriminación en razón del sexo, además de requerir una medida cautelar anticipatoria para poder inscribir a su hijo en la forma pretendida.

Frente a la dilación del proceso, sin existir pronunciamiento sobre la medida, y ante el nacimiento del niño ocurrido el 22 de junio de 2012, los actores manifestaron que el niño fue inscripto con el apellido del padre seguido del de la madre, sin perjuicio de continuar con el pleito para obtener una oportuna rectificación de la partida de nacimiento.

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión de primera instancia que había rechazado la demanda, y con sustento en los arts. 16 de la Constitución Nacional y el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 18.248. De esta manera, la cámara admitió la demanda, dispuso que se inscribiera al menor con el apellido materno y después el paterno, y que se rectificara la partida, ya que se encontraba inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Contra dicho pronunciamiento el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

Corresponde señalar que encontrándose la causa en estudio del Tribunal, en agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, donde derogó, entre muchas otras, la ley 18.248.

En tales condiciones, resulta inoficioso que la Corte se pronuncie sobre los agravios vinculados con la constitucionalidad de la ley 18.248, ya que su vigencia ha fenecido por imperativo legal, y cuyo contenido material ha sido redefinido por el Código Civil y Comercial

de la Nación en su art. 64, dicha norma dispone 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 Tribunal resuelve: Declarar inoficioso el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la derogada ley 18.248, y dispone que el recurrente proceda a rectificar la actual inscripción del niño en el sentido pretendido por los actores, pedido que encuentra respaldo en el art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Finalmente se va a analizar un reciente fallo del 29 de mayo del presente año, sobre el orden de los apellidos con que debe inscribirse la filiación de un joven. Éste se encuentra caratulado como “A. N. S. C/ B. D.S/ Ordinario filiación” – Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná (Entre Ríos).

En una demanda de filiación, la Justicia de Entre Ríos determinó que el niño era hijo extramatrimonial de un hombre que no lo había reconocido, por lo que el fallo dispuso inscribirlo como descendiente directo y anotar su apellido paterno en primer término, desplazando al apellido materno que hasta ese momento llevaba el adolescente.

Sin embargo, el juez de primera instancia decidió modificar los alcances del fallo respecto al orden de los apellidos con que debía ser inscripta la filiación.

El juez entendió que la modificación solicitada de inscribir al actor como hijo del demandado pero manteniendo el apellido materno en primer término y el de su padre en segundo lugar no causa

⁶ P. C. E. C/ PA. H. G.S/ DEMANDA DE FILIACION. EXTE. N° 1096/10.

⁷ CSJN. D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo.

ningún perjuicio, sino que beneficia al accionante, ya que durante un tiempo importante de su vida ha sido conocido e identificado en su medio con el apellido de la madre. También destacó que el joven no conocía a su padre.

La Sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná integrada por los jueces Virgilio Galanti, Valentina Ramírez Amable y Andrés Marfil, coincidió con este fallo y confirmó la sentencia que modificó el orden de los apellidos con que debía ser inscripta la filiación.

Además afirmaron que el adolescente llevaba 15 años identificándose con el apellido de su madre.

El Tribunal de Alzada consideró que no se modificó el aspecto sustancial del pronunciamiento, ya que el actor sigue siendo hijo extramatrimonial del demandado, sino solo el orden de los ape-

llidos.

El juez Marfil, expresó que "el nombre es parte fundamental de la identidad de la persona y la identidad no es otra cosa que la proyección de la propia existencia individual en su contexto social".

De ese modo el joven, llevará el apellido materno como primera identificación.

El fallo fundamentó la resolución en el Interés Superior del Niño, y en el artículo 64 del Código Civil y comercial donde se afirma que cuando la segunda filiación se determina después y no hay acuerdo entre los progenitores, el juez dispone el orden de los apellidos.

Desarrollo

Teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente, he llegado a la conclusión de que el nuevo Código Civil y Comercial, desde su entrada en vigencia, ha

implicado un gran cambio en materia del orden de apellido de los hijos.

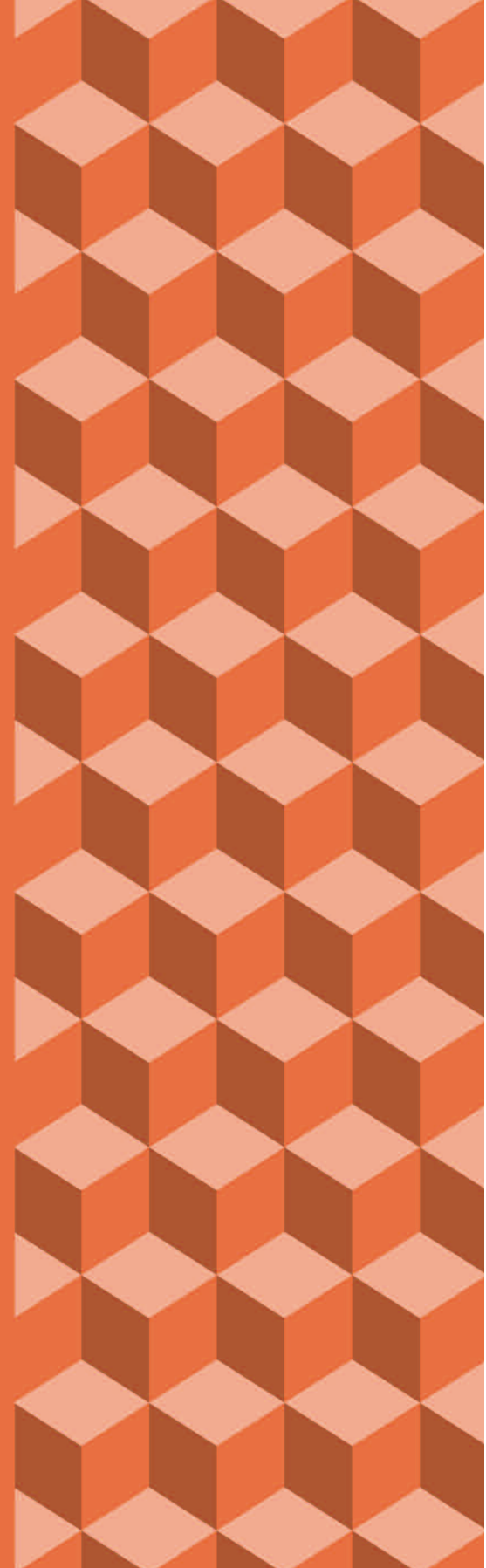
Se pudo ver que consagra el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer, eliminando las disposiciones del antiguo ordenamiento que contenían pautas discriminatorias al momento de elegir el orden de apellido para sus hijos.

De este modo, el apellido del padre dejó de tener prioridad, y ahora ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones para decidir qué apellido usará su hijo, ya que se permite como primer apellido el de la madre o el del padre.

Por lo tanto, destaco que este Código Civil y Comercial ha significado un gran avance en los derechos humanos, ya que reconoce que existe un nuevo derecho familiar donde hay espacio para las nuevas formas familiares que integran nuestra sociedad actual.

Bibliografía

- BUTLER CÁCERES, José A., Manual de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, Ábaco, 1979, pág. 62.
- RIVERA, Julio Cesar; CROVI, Luis Daniel. Derecho Civil Parte General, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 325.
- BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Buenos Aires, Perrot, 1999, pág. 292.
- CSJN. D. l. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo.
- Expte. N° 108091/2015. S. F. A. s/ Rectificación de Nombre y/o Apellido
- <http://www.diariojudicial.com/nota/78228>.
- elDial.com - AA9F2C. Publicado el 02/06/2017. Copyright 2017 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina.
- Ley 18.248, art. 4 y 5. Infoleg.
- CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián, HERRERA Marisa, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I, 1a ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- "A. N. S. C/ B. D.S/ Ordinario filiación".
- CSJN. D. l. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo.
- EXTE. N° 1096/10.P. C. E. C/ PA. H. G.S/ Demanda de Filiación.
- https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf.
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>.



E
UGD

EDITORIAL