

El derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos

Jorge MENDOZA ARGOMEDO*

El autor desarrolla en el presente artículo cómo es que a partir del principio-derecho a la igualdad se puede desprender la existencia de un derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos. Para ello, en primer lugar, desarrolla el contenido del derecho al nombre y el derecho a la identidad en distintos instrumentos normativos, tanto internacionales como nacionales. Posteriormente, expone cómo es la regulación comparada en Iberoamérica respecto de la designación del nombre de los hijos. Finalmente, se enuncia la existencia del derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos, se determina su contenido, titulares y sus mecanismos de tutela.

RESUMEN

► PALABRAS CLAVE

Derecho al nombre / Derecho a la identidad.

Recibido : 20/09/2018

Aprobado : 01/10/2018

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene que ver con las hijas o hijos que por la histórica e inadecuada interpretación del Código Civil llevan como primer apellido el del padre y como segundo apellido el de la madre.

Para empezar, nada novedoso si no fuera por un dato especial que inspiró este trabajo, el de las madres solteras que, por distintas circunstancias

de la vida, como el abandono por la pareja al enterarse del embarazo o el abandono simplemente, les toca no solo criar solas a sus hijas o hijos, sino que el sistema registral, no la ley (Código Civil), las obliga a consignar como primer apellido de su recién nacida/o el del padre que la abandonó. El problema se agrava cuando la niña o niño ingresa al sistema educativo y es llamada/o, como sabemos, por su primer apellido, el paterno, con el que no se identifica. Esta situación puede vulnerar gravemente el derecho fundamental a la salud, integridad y hasta la vida de aquellas/os niñas/os.

Al respecto, sobre madres solteras el INEI señala lo siguiente: “Un aspecto importante en el estudio de la población femenina es el de la

* Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Máster europeo en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad Alcalá de Hénares - Madrid-España.

maternidad, especialmente de las mujeres solteras, que constituyen un grupo vulnerable. El Censo 2007 muestra que de 10 millones 571 mil 960 mujeres de 12 y más años de edad, el 64,5 % son madres, es decir, 6 millones 821 mil 386 mujeres. De este total, 487 mil 321 son madres solteras, es decir, 7 de cada 100 madres

se encuentran en esta condición”. También señaló que “Según el Censo 2007, el 40,7 % de las madres solteras del país se encuentran en el departamento de Lima. Otros departamentos que concentran significativa proporción de madres solteras son: La Libertad, 5,6 %, Arequipa, 5,3 %, Piura, 4,6 %, Provincia Constitucional del Callao, 4,5 % y Junín el 4,3 %” (INEI, 2008, pp. 67-68).

En el mismo sentido, en el portal del INEI¹ se señala que “[e]n el año 2014, el 65,2 % de las adolescentes que ya son madres o están embarazadas por primera vez mantienen una relación de pareja es decir casada o conviviente, el 25,4 % son madres solteras y el 9,4 % son divorciadas/separadas/viudas”. Es decir, en ese año, más de la tercera parte de la población adolescente son madres solteras.

Asimismo, el portal de noticias Andina² señaló que “el INEI dio a conocer los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho) - 2016 [y a]l año 2017 en el Perú las madres (de 12 y más años de edad) totalizan 8 millones 612,000. [De ellas] el 16,4 %

En el Perú, en general, desde la fundación de nuestra República y con la primera Constitución de 1823 se reconoció el derecho a la igualdad.”

están separadas [1 millón 412,368] y 4.3 % solteras [370,316]”.

Señalado el contexto, queda razonar sobre la posibilidad de que la madre, más aún de aquella en situación de abandono, en virtud del derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos, tenga la posibilidad de

consignarle a su hija/o recién nacida/o su apellido en primer orden y argumentar positivamente sobre ello.

I. DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR EL ORDEN DE LOS APELLIDOS

1. Planteamiento del problema

¿Es posible que en el Perú las personas registren a sus hijas/os colocándoles primero el apellido materno seguido del paterno?

Si es posible, dándole al Código Civil una lectura conforme con la Constitución, es decir, conforme con el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución y en virtud del derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos que se respalda en el primero.

2. Análisis

2.1. Antecedentes

En el Perú, en general, desde la fundación de nuestra República y con la primera Constitución de 1823 se reconoció el derecho a la igualdad³. En este sentido, ¿cuánto hemos avanzado

1 Vid., <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-existen-mas-de-200-mil-adolescentes-que-son-madres-o-estan-embarazadas-por-primera-vez-8703/>.

2 Vid., <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-inei-el-peru-mas-cinco-millones-madres-familia-trabajan-666655.aspx>.

3 Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

9.- La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue. Vid., <http://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1823.htm>.

en la igualdad, no solo formal, sino material?, es decir, ¿cuánto somos iguales en la realidad mujeres y hombres?

En particular, respecto a la igualdad en el derecho a la identidad en su aspecto estático (el nombre), cuando se trata de consignar el orden de los apellidos de las hijas o hijos, ¿el principio-derecho a la igualdad se materializa en la toma de la decisión de mujeres y hombres? Sobre ello está referido este trabajo y su importancia es fundamental en la medida que además de garantizar el derecho a la igualdad, también lo hace respecto de los derechos a la salud, integridad y vida de las niñas, niños y adolescentes.

Para dejarme entender, a modo de ejemplo, relataré un hecho de la vida real. Hace un tiempo una amiga me contó que el hijo de su amiga tenía 8 años, llevaba como primer apellido el primero de su padre y segundo el primero de su madre, y se encontraba pasando una crisis emocional porque en la escuela cuando el profesor llamaba lista o cuando sus amigos le llamaban, siempre lo hacían por su primer apellido. Hasta acá seguramente no habría problema, de no ser que a sus 8 años de vida había visto una sola vez a su padre, con quien no se identificaba por haberlo abandonado al nacer, situación que generó la falta de identidad con el apellido de su padre.

A continuación, daremos argumentos a favor del derecho a elegir el orden de los apellidos.

2.2. El nombre y los apellidos

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos⁴ señaló que “el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el

ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Siverino Bavio (2010), siguiendo a Fernández Sessarego, refiere que “desde su desarrollo jurisprudencial y doctrinario el derecho a la identidad ha distinguido dos vertientes: dinámica y estática. El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o registral del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a su percepción (nombre, seudónimo, imagen, características físicas) y el dinámico, que es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral, psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio cultural, su personalidad” (p. 61).

Por su parte, el Tribunal Constitucional⁵ señaló que “[e]l nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos”. Asimismo, señaló que el “[e]l apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. *Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno*” (resaltado nuestro).

En esta parte, considero que el Tribunal Constitucional se equivoca cuando, con relación al orden de los apellidos, establece que “[d]ebe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno”, pues ello “no solo no está protegido por la Constitución, sino que está

4 Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”. Vid., http://www.oas.org/sap/docs/puica/RES_2362_ProgramaInteramericano_s.pdf o <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5841.pdf?view=1>

5 STC Exp. N° 02273-2005-PHC/TC, ff. jj. 13-14. Vid., <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>>.

constitucionalmente prohibido”, pues atenta contra el principio-derecho de igualdad, tal como lo afirma el doctor Miguel Carbonell⁶ al comentar la sentencia de la Corte Suprema de México sobre el orden de los apellidos (Amparo en revisión 208/2016). En el mismo sentido, el Código Civil que regula el nombre y los apellidos no lo establece así, como se verá en su momento.

A continuación, describiremos el marco jurídico internacional y nacional sobre el derecho al nombre y a elegir el apellido.

2.2.1. En el Derecho Internacional de los derechos humanos

A) La Convención de los Derechos del Niño

Prescribe que “[e]l niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá *derecho desde que nace a un nombre* y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7.1) (resaltado nuestro).

B) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Establece que “[t]odo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y *deberá tener un nombre*” (art. 24.2) (resaltado nuestro).

C) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

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

¿Qué dice la Convención de los Derechos del Niño?

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos” (art. 18).

relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el *derecho a elegir apellido*, profesión y ocupación” (resaltado nuestro).

Es decir, como señala en su exposición de motivos la Ley española N° 40/1999⁷ “prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre”.

D) La Resolución 78/37⁸, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de setiembre de 1978, sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho Civil

Reconoce “que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges se está aplicando progresivamente en los Estados miembros del Consejo de Europa”. “Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que garanticen o fomenten la igualdad de los cónyuges en el ámbito del Derecho civil” y “que adopten

6 “El orden de los apellidos de los hijos según la Suprema Corte”. Vid., <https://www.youtube.com/watch?v=GkKVh0J7RzA>

7 Vid., <https://www.boe.es/boe/dias/1999/11/06/pdfs/A38943-38944.pdf>

8 Vid., https://books.google.com.pe/books?id=C8mU-2HKLyMC&pg=PA249&lpg=PA249&dq=Resoluci%C3%B3n+78/37+del+Comit%C3%A9+de+Ministros+del+Consejo+de+Europa,+desde+1978&source=bl&ots=0_ae0sH5TJ&sig=UYNBdXjzJ3Sn1T6BfUm8i3SHWbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEWjA186R4bfVAhXERSYKHYYGoA3AQ6AEIOzAD#v=onepage&q=Resoluci%C3%B3n%2078%2F37%20del%20Comit%C3%A9%20de%20Ministros%20del%20Consejo%20de%20Europa%2C%20desde%201978&f=false

todas las medidas necesarias para que en el Derecho civil no existan disposiciones que otorguen a uno de los cónyuges supremacía sobre el otro”.

E) La Convención Americana de Derechos Humanos

Establece que “[t]oda persona tiene *derecho a un nombre* propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos” (art. 18) (resaltado nuestro).

F) En la jurisprudencia interamericana y europea

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana⁹, del 8 de setiembre de 2005, señaló que “los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre” (párr. 184).

Por su parte, “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso *Burghartz C. Suisse*, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos”¹⁰.

Desde agosto de 2015 se les reconoce [a los padres argentinos] el derecho a la madre y padre de elegir el apellido y el orden de ellos a sus hijas/os.”

2.2.2. En Iberoamérica

Haré una descripción breve por cada país sobre la regulación del orden de los apellidos.

A) Argentina

El artículo 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994¹¹ de 2014, sobre apellido de los hijos establece:

El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los

9 Vid., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

10 De acuerdo a la exposición de motivos de la Ley española N° 40/1999, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos. Vid., <https://books.google.com.pe/books?id=ESM2G79px7EC&pg=PA643&lpg=PA643&dq=El+Tribunal+Europeo+de+Derechos+Humanos+ha+sancionado,+en+la+sentencia+de+22+de+febrero+de+1994&source=bl&ots=Nv-QywM9IC&sig=k2Hfqm0VjFaRbOZzKOP6zjQ91qU&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiG2rjU39XVAhVMsYKHedJBWoQ6AEIKDAB#v=onepage&q=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos%20Humanos%20ha%20sancionado%2C%20en%20la%20sentencia%20de%2022%20de%20febrero%20de%201994&f=false>. También puede verse en: https://books.google.com.pe/books?id=eyFCwAAQBAJ&pg=PA131&lpg=PA131&dq=El+Tribunal+Europeo+de+Derechos+Humanos+ha+sancionado,+en+la+sentencia+de+22+de+febrero+de+1994&source=bl&ots=PVAgn20bqd&sig=TDNNbfNwBasBn2_wzvkykph713o&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiG2rjU39XVAhVMsYKHedJBWoQ6AEIJTAA#v=onepage&q=El%20Tribunal%20Europeo%20de%20Derechos%20Humanos%20ha%20sancionado%2C%20en%20la%20sentencia%20de%2022%20de%20febrero%20de%201994&f=false

11 De acuerdo al artículo 7 de esta ley, sustituido por la Ley 27.077, el Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

Se observa que desde agosto de 2015 se les reconoce el derecho a la madre y padre de elegir el apellido y el orden de ellos a sus hijas/os.

B) Brasil

El artículo 16 del Código Civil de Brasil, aprobado por Ley 10.406 del 10 de enero de 2002, establece que: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (traducido con Google: “Toda persona tiene derecho al nombre, en él comprendidos el nombre y el apellido”).

Como puede observarse, “no se establece un orden legal en los apellidos ni la obligación de adoptar el apellido del padre y/o de la madre. Sin embargo, tradicionalmente se usan los apellidos de las familias de ambos padres (primero el de la madre y por último el del padre)”¹².

C) Colombia

El artículo 53 del Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, aprobado por Decreto N° 1260 de 1970, modificado por Ley 54 de 1989¹³, establece:

En el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre.

El artículo 53 del Decreto N° 1260 de 1970 fue declarado *exequible* o constitucional mediante sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° C-152/94. Sin embargo, no compartimos dicha decisión y más bien suscribo el

salvamento de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero:

La circunstancia de que la ley (en sentido material) disponga que al inscribirse un hijo (...) se registre en primer lugar el apellido del padre, no es inocua sino marcadamente significativa: es el trasunto de una milenaria tradición patriarcal que relega a la mujer a un plano secundario, porque la prevalencia del hombre se asume como un hecho indiscutido. Argüir que la ley se ha limitado a recoger un uso social muy extendido, en el espacio y en el tiempo, equivale a soslayar el problema, pues de lo que se trata es de saber qué razones avalan la existencia de tal uso y si ellas están en armonía con los propósitos consignados en la norma suprema del ordenamiento.

El argumento esgrimido en beneficio de la constitucionalidad de la norma atacada, en el sentido de que con ella se pretende implantar cierto orden en la identificación de los miembros de una familia, es igualmente inane, puesto que dicha uniformidad se lograría también si se diera prelación al apellido de la madre o, lo que parece más sensato, si el orden de los apellidos se estableciera por acuerdo mutuo del hombre y la mujer, lo que sí resultaría armónico con la igualdad de derechos que la Carta del 91 predica de ambos.

Es corriente que en los hogares colombianos, por ejemplo, se prefiera, al nacimiento de una niña, el advenimiento del varón que ha de perpetuar el apellido familiar. Y es ese el comienzo de una cadena sin fin de predilecciones y correlativas discriminaciones, justificadas, desde luego, por hechos

12 Esta descripción puede leerse en el documento “Elección y cambio en el orden de los apellidos”, de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Experiencia comparada. Vid., <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTO&prmoID=19995>

13 Vid., http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0054_1989.htm

anodinos en apariencia como el que en el fallo del que disintimos no parece siquiera digno de consideración¹⁴.

D) España

El 6 de noviembre de 1999 se publicó la Ley N° 40/1999, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, cuyo artículo 1 modificó el artículo 109 del Código Civil español con el siguiente contenido:

La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.

Por su parte, el artículo 49.2 de la Ley N° 20/2011, del 21 de julio, que entró en vigencia el 30 de junio de 2017, en síntesis, establece que el apellido del padre dejará de tener preferencia por defecto en caso de desacuerdo, como venía funcionando desde el 2000. Al respecto:

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

El Código Civil que regula el nombre y los apellidos, reiteramos, no establece el orden, sólo el sistema dual, es decir que en el Perú el nombre está compuesto de dos apellidos: ‘el primero del padre y el primero de la madre’.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará

el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición “de” y las conjunciones “y” o “i” entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley.

E) Portugal

Los artículos 72.1 y 1875.2 del Código Civil de Portugal regulan el derecho al nombre al establecer que: “72.1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilícitamente para sua identificação ou outros fins” (traducido de Google: “1. Toda persona tiene derecho a usar su nombre, completo o abreviado, y a oponerse a que otros lo utilicen ilícitamente para su identificación u otros fines”).

14 Vid., <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-152-94.htm>

“1875.2 A escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor pertence aos pais; na falta de acordo, decidirá o juiz, de harmonia com o interesse do filho” (traducido de Google: “La elección del nombre y apellidos del hijo menor pertenece a los padres; a falta de acuerdo, decidirá el juez, de acuerdo con el interés del hijo”). Dicha legislación otorga el derecho a la madre y padre de elegir los apellidos de sus hijas/os.

2.2.3. En el Perú

A) En la Constitución Política del Perú

Nuestra norma suprema reconoce el derecho fundamental a la identidad en el artículo 2.1. Sobre él, el Tribunal Constitucional señaló que:

[E]ntre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, *el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.)* y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)¹⁵ (resaltado nuestro).

El derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos no está reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú.

El nombre, entonces, forma parte del contenido implícito¹⁶ del derecho fundamental a la identidad. O, como diría el doctor Fernández Sessarego (1992), “el nombre constituye el aspecto estático de la identidad personal” (p. 137).

B) En el Código Civil de 1984

Sobre el nombre establece que “[t]oda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos” (art. 19). En este sentido, “[a]l hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre” (art. 20).

En este caso, no se ha establecido el orden de los apellidos, es decir, que primero va el primer apellido del padre y segundo el primer apellido de la madre, en tal caso, el artículo tendría que decir: “Al hijo le corresponde primero el primer apellido del padre y segundo el primer apellido de la madre”. Lo que se establece en el artículo 20 es que el sistema jurídico peruano de atribución de los apellidos es dual, es decir, “que se caracteriza porque el hijo o hija ostenta dos apellidos que proceden de cada uno de sus progenitores” (Novales, 2003, p. 321).

Respecto del registro señala que “[c]uando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

15 STC Exp. N° 02273-2005-HC/TC, f. j. 21. Vid., <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>

16 Respecto a “[l]os contenidos implícitos de los ‘derechos viejos’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Enrique Pestana Uribe (2009) refiere que “es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente” (p. 62).

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos” (art. 21).

C) Código de los Niños y Adolescentes

El artículo 6, sobre el derecho a la identidad, establece que “[e]l niño y el adolescente tienen *derecho a la identidad*, lo que *incluye el derecho a tener un nombre*, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad” (resaltado nuestro).

D) En la Ley Orgánica de Reniec, su Reglamento y el Instructivo sobre Asiento Registral del Reniec N° IN-202-GRC/SGGTRC/001

La Ley Orgánica del Reniec, Ley N° 26497 (art. 41), y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 15-98-PCM (art. 3), regulan “[e]l derecho a solicitar que se inscriban los hechos relativos a la identidad”.

Por su parte, el numeral 1.4.9 sobre las “instrucciones generales para el asiento registral” establece que “[e]l nombre de los hijos está conformado por el(los) prenombre(s) y el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 20 y 21 del Código Civil”.

Sin embargo, cuando explica el modo del registro establece que en el primer apellido anota el apellido paterno del inscrito y en el segundo apellido anota el apellido materno del inscrito. Ello es un error de interpretación, puesto que el Código Civil que regula el nombre y apellidos, reiteramos, no establece el orden, solo el sistema dual, es decir que en el Perú el nombre está compuesto de dos apellidos: “el primero del padre y el primero de la madre”. A la inversa, también pudo haber establecido “el primero de la madre y el primero del padre” y ello, como se explicó, no señala un orden. Considero que una alternativa, para evitar la confusión del orden, pudo haber sido “al

hijo le corresponde los primeros apellidos de ambos progenitores”.

Sin embargo, una lectura adecuada y conforme con la Constitución nos lleva a razonar que en el Perú sí está reconocido el derecho a elegir el orden de los apellidos y, en este sentido, es posible que el primer apellido materno vaya primero seguido del primer apellido paterno. A continuación, razonaremos sobre ello.

2.3. El derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos

2.3.1. Fundamento

En relación con los derechos fundamentales, Ferrajoli (2005) ha sostenido que son “aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”. (p. 291)

Es decir, “[l]os derechos fundamentales son aquellos derechos que el poder constituyente, máxima expresión jurídica de la soberanía popular, ha considerado los más importantes, los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía” (PRADPI, 2015a, p. 1).

Como puede apreciarse, en principio, el fundamento de los derechos fundamentales está en relación directa con el reconocimiento del derecho en la norma suprema o constitucional. En nuestro caso, el derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos no está reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú.

En dicho contexto, como afirma el profesor Escobar (2008), “[c]uando un interés no se encuentra configurado expresamente como derecho fundamental (...), la cuestión del fundamento debe ser abordada de manera necesaria, pues hacen falta razones, argumentos de fundamentalidad que suplan la omisión de la letra del texto constitucional. (...) Es decir, un derecho fundamental no expresamente reconocido como tal en la norma constitucional existiría si cuenta con un fundamento

que permita incardinarlo en una o más de las figuras expresamente reconocidas” (p. 147).

Aquí daremos las razones que vinculan al derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos con el derecho fundamental a la igualdad e identidad y que, por tanto, merece ser garantizado.

La igualdad como principio y derecho, reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “El **principio** de igualdad, mediante el cual se reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos –artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–, exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable”¹⁷. Asimismo, “El **derecho** de igualdad, en efecto, no solo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios”¹⁸.

Adicionalmente, nuestra Norma Suprema reconoce el derecho a la identidad en el artículo 2.1 y el Tribunal Constitucional ha sostenido que

“El derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos se incardina en el derecho fundamental a la igualdad.”

debe ser “entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo, [como por

ejemplo el] nombre”¹⁹. El nombre, que incluye los apellidos, como se dijo, forma parte del contenido implícito del derecho fundamental a la identidad.

Sobre el derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos diremos que, en virtud del principio-derecho de igualdad²⁰, que en la práctica coloca en el mismo nivel a mujeres y hombres en la situación de madres y padres con el deber-derecho de solicitar el registro de identidad de sus hijas/os, que conlleva registrar el nombre y apellidos, dicha condición de igualdad, por tanto, les permite constitucionalmente entonces elegir no solo el nombre, sino también el orden de los apellidos. Por ello, podemos concluir que el derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos se incardina en el derecho fundamental a la igualdad.

2.3.2. Estructura y contenido

De acuerdo a la clasificación realizada por la dogmática jurídica, según su estructura, los derechos se clasifican en derechos de defensa (derechos reaccionales y los derechos de libertad), en derechos de prestación (derechos de organización y procedimiento y de

17 STC Exp. N° 90-2004-AA/TC, f. j. 40. Vid., <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.pdf>.

18 STC Exp. N° 1279-2002-AA/TC, f. j. 2. Vid., <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01279-2002-AA.pdf>.

19 STC Exp. N° 2273-2005-HC/TC, f. j. 21. Vid., <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.pdf>.

20 STC Exp. N° 2974-2010-PA/TC, ff. jj. 4 a 8. Vid., <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>.

El TC señaló “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”.

prestación en sentido estricto) y en derechos de estructura compleja, es decir, que tiene de ambos (derechos de defensa y de prestación)²¹.

En este caso, el derecho a elegir el orden de los apellidos es un derecho de libertad, el mismo “que impide que se disuada, dificulte, prohíba o castigue el ejercicio consciente de determinadas actuaciones. En esta ocasión, el titular del derecho decide libremente ejercer una actividad, que el Derecho considera importante, para su titular o para su titular y la colectividad; por ejemplo, practicar una religión, expresar las propias opiniones, [elegir el orden de los apellidos]”²². Por tanto, los titulares del derecho, madre y padre, deciden libremente y en condiciones de igualdad ejercer su derecho a decidir el orden de los apellidos para su hija/o, y el Estado, a través de sus funcionarios, lo respeta y garantiza.

2.3.3. Sujetos

A) Titulares

Los titulares del derecho a decidir el orden de los apellidos son todas las personas madres y padres. Defendible, por tanto, mediante el proceso constitucional de amparo como se verá más adelante.

B) Obligados

De acuerdo a la técnica de la eficacia vertical de los derechos fundamentales²³, el principal obligado a respetar el derecho a decidir el orden de los apellidos es el Estado a través de sus funcionarios.

2.3.4. Garantías

Las garantías se activarán cuando las madres o padres reciban por parte del registrador civil un trato desigual carente de una justificación objetiva y razonable que les impida ejercer su derecho a elegir el orden de los apellidos de sus hijas/os basado en el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución. En este caso, desarrollaré la garantía institucional, por la Defensoría del Pueblo, y la jurisdiccional, mediante el proceso constitucional de amparo.

A) Garantía institucional por la Defensoría del Pueblo

Conforme a sus atribuciones establecidas en el artículo 162²⁴ de la Constitución Política del Perú, frente a la vulneración del derecho a elegir el orden de los apellidos, la Defensoría del Pueblo puede asumir la defensa de dicho derecho, recordando y recomendando a la autoridad del registro civil adecuar su conducta a la Constitución y la Ley (Código Civil), conforme al derecho a la igualdad, y proceda registrar el nombre y apellidos de las hijas/os conforme lo hayan decidido la madre y el padre.

B) Garantía jurisdiccional mediante el proceso constitucional de amparo

El Código Procesal Constitucional establece en el artículo V del Título Preliminar que “[e]l contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal

21 En esta parte de la investigación he tomado en cuenta el Capítulo III “Tipos y Estructuras de Derechos” y el Capítulo V “Contenido e Interpretación de los Derechos” del Curso Derechos Humanos. Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica, desarrollados en mi Máster Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica con la Universidad Alcalá de Henares de Madrid-España, pp. 1-2.

22 Ídem, 3.

23 Sobre la eficacia de los derechos fundamentales (Bastida y otros, 2004).

24 “Artículo 162.- Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.

de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte²⁵. A la par, el artículo 37²⁵ establece cuáles son los derechos protegidos por el proceso constitucional de amparo, siendo uno de ellos el derecho a la igualdad. En dicho contexto, es posible exigir jurídicamente ante los tribunales la vigencia del derecho a elegir el orden de los apellidos incardinado en el derecho fundamental a la igualdad.

3. Propuesta legislativa sobre inscripción y libre elección de apellidos de las personas²⁶

No obstante las garantías mencionadas anteriormente, el 15 de noviembre de 2017 los integrantes del Grupo Parlamentario Nuevo Perú, a propuesta de la congresista Marisa Glave Remy, presentaron el Proyecto de Ley N° 2137/2017-CR, denominado “Proyecto de Ley para inscripción y libre elección de apellidos de las personas”, que propone sustituir el artículo 20 del Código Civil con el siguiente texto:

Los progenitores elegirán el orden de los apellidos de los hijos e hijas, de común acuerdo entre ellos. Si no hubiera acuerdo entre la madre y el padre, el primer apellido que llevará el hijo o hija se determinará ordenando alfabéticamente los apellidos.

“El principal obligado a respetar el derecho a decidir el orden de los apellidos es el Estado a través de sus funcionarios.”

La inscripción y elección del orden de los apellidos pueden realizarse sin la concurrencia de uno de los progenitores en el Registro del Estado Civil, teniendo el registrador, dentro de los treinta (30) días posteriores, que poner en conocimiento del progenitor tal hecho.

Todos los hijos e hijas del mismo matrimonio deberán llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera elegido para el primero de ellos o ellas.

En general, me parece una propuesta legislativa conforme con la Constitución²⁷, en la medida que, de ser aprobada, garantizará el principio-derecho de igualdad en la elección y registro de los apellidos de las personas.

CONCLUSIONES

1. En el Perú, por error en la lectura del Código Civil, en los registros civiles, desde sus inicios, se registra en orden el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre. Dicha situación vulnera el derecho de las madres y padres a elegir el orden de los apellidos y puede vulnerar también los derechos fundamentales de las niñas o niños como la salud, la integridad y hasta la vida.
2. En el Perú no está reconocido expresamente el derecho fundamental a elegir el orden de los apellidos a las hijas/os, pero este se incardina en el derecho fundamental a la

25 “Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole”.

26 Mi agradecimiento a Gabriela Oporto Patroni por la información del proyecto de ley, que permitió incluir y desarrollar este apartado.

27 Parecido al Proyecto de Ley N° 4949/2015-CR, del 4 de noviembre de 2015, que presentara el entonces congresista Juan José Díaz Dios.

igualdad y, por tanto, es defendible mediante la técnica del amparo.

3. Al ser el derecho a elegir el orden de los apellidos uno fundamental, es posible que pueda activarse su defensa mediante la garantía institucional a través de la Defensoría del Pueblo.
4. Finalmente, considero que el Proyecto de Ley N° 2137/2017-CR, del 15 de noviembre de 2017, denominado “Proyecto de Ley para la inscripción y libre elección de apellido de las personas”, es conforme con la Constitución y, de aprobarse, garantizará el principio-derecho de igualdad en la elección y registro de los apellidos de las personas.

REFERENCIAS

- Bastida Freijedo, F. J. y otros. (2004). *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos. Consulta: 10 de setiembre de 2016. <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/eficacia.pdf> o también puede verse la obra completa en: <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/librodf.PDF>
- Escobar Roca, G. (2008). Derechos fundamentales y políticas públicas de protección frente al ruido. Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. En: *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. Número 4*, pp. 145-157.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta.
- García Belaunde, D. (2009). *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. (2008). *Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. Perfil sociodemográfico del Perú*, Segunda Edición, Lima. Consulta: 30 de julio de 2017. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1136/libro.pdf
- Novales Alquézar, M. (2003). Orden de Apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de ley. En: *Revista Chilena de Derecho, Vol. 30 N° 2*, pp. 321-330. Sección Estudios. Consulta: 30 de julio de 2017. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650436>
- Pestana Uribe, E. (2009). La configuración constitucional de los derechos no enumerados en la cláusula abierta del sistema de derechos y libertades. En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI). (2015a). Curso Teoría y práctica de los derechos humanos. Módulo I. Teoría jurídica de los derechos humanos. Capítulo II. Derechos Fundamentales. Obtenido de mi Máster *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica*.
- Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI). (2015b). Curso Teoría y práctica de los derechos humanos. Módulo I. Teoría jurídica de los derechos humanos. Capítulo III. Tipos y estructuras de Derechos. Obtenido de mi Máster *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica*.
- Siverino Bavio, P. (2010). El derecho a la identidad personal: manifestaciones y perspectivas. En: *Gaceta Constitucional. Los Derechos Fundamentales. Estudios de los*

derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica.

- Steiner, C. & Uribe, P. (2016). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Lima: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V, Centro de Estudios Constitucionales http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/derechos_humanos.pdf
- Todrá Roca, D. (2015). *Aproximación a un diagnóstico sobre la igualdad de oportunidades en el siglo XXI. Un legado para Cloe y Dalia*, Edicions de la Universitat de Lleida. Vid., https://www.torrossa.com/digital/toc/2015/3131919_TOC.pdf