

## ORDEN DE APELLIDOS DE LA PERSONA NACIDA. OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE UN PROYECTO DE LEY\*

*María de Aránzazu Novales Alquézar*  
Universidad Diego Portales

### I. INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE ORDEN DE APELLIDOS

El nombre es el signo estable de individualización que sirve para distinguir a cada persona de las demás. Esta función individualizadora se predica tanto respecto del nombre de pila como respecto del apellido o apellidos. Se ha discutido en la doctrina científica civilista la naturaleza jurídica del derecho a la imposición del nombre. Para algunos autores se trata de una institución de policía<sup>1</sup>, para otro sector se trataría de un derecho de propiedad<sup>2</sup> y no faltan quienes consideran que se trata de un derecho de propiedad de tipo familiar, o de carácter *sui generis*<sup>3</sup>. A decir verdad, todas estas teorías están superadas en la actualidad, pudiendo afirmarse que el derecho al nombre es una manifestación de los derechos de la personalidad, doctrina nacida en el Derecho alemán defendida por Ennecerus, Kimpp y Wolf así como por autores franceses tales como Saleilles y Perreau<sup>4</sup>.

La filiación determina los apellidos de las personas. La asignación de apellidos no es más que un efecto de la constitución de la relación jurídica entre los padres y su prole. El sistema jurídico chileno de atribución de los apellidos es un *sistema dual*, que se caracteriza porque el hijo o hija ostenta dos apellidos que proceden de cada uno de sus progenitores, y porque permite que la madre transmita su primer apellido a sus hijos. Este modelo es también propio de otros sistemas de Derecho Comparado, tales como España o Portugal<sup>5</sup>.

El criterio tradicional de esas legislaciones ha sido el de imposición de la continuidad del apellido en línea masculina<sup>6</sup>. Existe un reciente Proyecto de Ley en Chile que pretende

\* Este trabajo se inscribe dentro de la Línea de Investigación de Estudios de Tercer Ciclo de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

<sup>1</sup> Doctrina expuesta por Marcel PLANIOL y fundamentada por Gabriel BAUDRY-LACANTINÉRIE (ESCANDÓN ORELLANA, Pedro, *Del cambio de nombres y apellidos y de las rectificaciones de las partidas del Registro Civil*, Santiago, 1988, p. 10).

<sup>2</sup> Esta teoría fue sostenida por la jurisprudencia francesa de fines del siglo XIX, influida por el espíritu individualista que inspiró los fallos de los tribunales de aquella época [ESCANDÓN ORELLANA, Pedro (n. 1), p. 9].

<sup>3</sup> CERMESONI, Fernando, *Legislación del nombre: ante la ley, la doctrina y la jurisprudencia*, II, Buenos Aires, 1923, pp. 536 y ss.

<sup>4</sup> ESCANDÓN ORELLANA, Pedro (n. 1), pp. 9-10.

<sup>5</sup> A diferencia del sistema de *apellido único* que rige en Francia y en los países anglosajones. En Francia, los hijos adquieren el apellido de su padre. Y las mujeres adquieren por el matrimonio el apellido de su marido y pierden el suyo. Existe desde hace varios años en ese país una corriente reformista que pretende un cambio hacia el reconocimiento del principio de igualdad del hombre y la mujer en esta materia. En los países anglosajones sucede lo mismo, mas como fórmula alternativa es frecuente "que el apellido de la madre se coloque en primer lugar, aunque no se escribe completamente sino que solo consta la letra inicial y a continuación de esa inicial se consigna íntegramente el apellido paterno" (SERRANO FERNÁNDEZ, María, "Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español" en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2001, p. 710, en nota).

<sup>6</sup> En Chile, el artículo 126 del DFL. N° 2.128 sobre Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil dispone en la actualidad: "1. Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. 2. Si el nacido es hijo legítimo se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre. 3. Si se tratare de hijo ilegítimo, se le inscribirá con el apellido del padre o madre que

modificar las normas sobre patria potestad y orden de los apellidos (*boletín* N° 2662-18)<sup>7</sup>. Se trata de una moción presentada por las diputadas señoras Saa, Muñoz, Prochelle y los diputados señores Bustos, Ceroni y Mulet.

La intención de la reforma es, precisamente, lograr la igualdad “real” entre los derechos de mujeres y hombres en esta materia. Ya que, como proclama el Proyecto: “Cuando en una sociedad *a priori* se impone la continuidad del apellido en línea masculina, se envía el mensaje de que solo el hombre tiene ese derecho, por ende, automáticamente, se impone una preeminencia sobre la mujer, por cuanto la identidad familiar permite su continuidad solo si hay hijos, termina cuando solo hay hijas”; la consecuencia de ello es que afecta la dignidad de la mujer (y, añadimos, su autoconcepto, por tanto), lo cual es claramente discriminatorio. Ello se hace más evidente cuando en forma manifiesta es el apellido de la madre y no del padre, el que tiene una tradición histórica y, por ende, un gran significado emotivo, simbólico o identificatorio para sus descendientes, siendo por esta razón más representativo de la identidad familiar”.

El Proyecto de Ley chileno que permite la elección del apellido materno como primer apellido de la persona nacida se funda en los siguientes argumentos:

1. Defensa de la multiculturalidad étnica chilena<sup>8</sup>, pues, en verdad: “Son los propios ideales de autonomía personal que inflaman la imaginación de los demócratas liberales, los que exigen tomar en serio la pluralidad cultural y étnica. Esa pluralidad expresa una búsqueda razonada del bien y contribuye, por eso, a hacer más rica la propia búsqueda de aquellos que, *prima facie*, no la comparten”<sup>9</sup>.
2. Necesidad de luchar contra la tradición patriarcal de honda raigambre histórica: En efecto, el apellido indica la procedencia familiar. Por regla general, como declara el Proyecto de Ley, históricamente el sistema patriarcal ha constituido una etapa posterior al sistema matri-igualitario, y en la actualidad “se pueden distinguir dos tipos de sociedades: las de tipo patriarcal y las de tipo transicional con una tendencia hacia la igualdad entre los sexos”.

---

hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, se procederá como en el caso del hijo legítimo”. La Ley 19.585 eliminó la distinción entre la filiación legítima y la ilegítima, si bien continuó negando implícitamente todo derecho, incluso el de alimentos, a los hijos no matrimoniales cuya filiación no esté determinada.

<sup>7</sup> El Proyecto de Ley modificativo de las normas sobre patria potestad y orden de los apellidos (*boletín* N° 2662-18) introduce en su ARTÍCULO SEGUNDO la siguiente disposición: “Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley N° 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica: Agréganse las siguientes letras d y e al artículo 1°: d. Cuando el solicitante desee invertir sus apellidos usando primero el materno y después el paterno o que uno u otro pasen a ser compuestos. e. Cuando el solicitante desee usar cualquiera de los apellidos paterno o materno de sus padres o abuelos”. El ARTÍCULO TERCERO del Proyecto señala: “Introdúzcase la siguiente modificación al decreto con fuerza de ley N° 2.128 sobre Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil. Reemplázase el artículo 126 por el siguiente: Art. 126. Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. Si el hijo nacido es matrimonial o no matrimonial reconocido por ambos padres, se pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre. Sin embargo, los padres de común acuerdo podrán colocar primero el apellido de la madre y en seguida el apellido del padre, debiendo en este caso proceder de igual forma con todos los hijos comunes. Si se tratase de un hijo no matrimonial reconocido por el padre o la madre, se le inscribirá con el apellido del padre o la madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad”.

<sup>8</sup> La moción presentada para promover la reforma en la patria potestad y en el orden de los apellidos declara: “Además, desde un punto de vista antropológico, hay que tener presente que si bien en la mayoría de las etnias que habitan en un país, el rol central lo tiene el hombre, como es el caso de los araucanos en Chile, en que se transmite el apellido por línea paterna (y la autoridad paterna la ejerce el abuelo o padre); también hay aquellos que basan su estructura familiar en el rol central de la mujer, a manera de ejemplo en Colombia es el caso de los Wayuu, y en Chile el de ciertos grupos aymaras, que en su contexto, es más lógico que se transmita el apellido por línea materna (ya que la autoridad materna la ejerce la abuela o madre). Por este motivo es de gran importancia la existencia de una legislación nacional que contemple la diversidad étnico-cultural, lo cual, aplicado en este caso, significa contemplar la posibilidad de que a esos grupos se les respeten sus normas en la genealogía materna (y las referentes a la autoridad materna), y de esa manera no se vulneren sus normas culturales”.

<sup>9</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Democracia y minorías” en *Apuntes de Derecho*, 6: *Democracia, una tarea pendiente*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, p. 3.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el Proyecto no pasa de ser una formulación de buenas intenciones, y es acorde con la posición que considera que los derechos humanos de las mujeres quedan protegidos con la mera declaración formal de los mismos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales<sup>10</sup>.

En efecto, el Proyecto no consigue dar cauce a la finalidad que persigue, esto es, eliminar la discriminación de la mujer en el ámbito de atribución de apellidos a los hijos, y ello por una razón "oculta", como suele ser el caso de la mayor parte de los problemas que se plantean desde una perspectiva de género. Pues si, tal como se propone en el art. 126, "pueden" ambos padres "de común acuerdo colocar primero el apellido de la madre y en seguida el apellido del padre", queda en el aire la solución de la situación de que no haya acuerdo entre padre y madre, lo cual se agrava, en la realidad, ya que suele ser el padre o, cuando menos, otra persona quien acude al Registro Civil, pues la madre se encuentra recuperándose del parto.

Junto a las deficiencias de contenido y a las imprecisiones históricas de su exposición de motivos, debe destacarse, desde la perspectiva formal, la impropiedad en que incurre la iniciativa legal al modificar por ley un texto de nivel reglamentario<sup>11</sup>, amén de lo improcedente que resulta remontarse, en una exposición de motivos, hasta el tipo de familia predominante en el segundo milenio antes de Cristo, o mencionar, a propósito del caso español, los deseos de Franco, y omitiendo la mención de la propia ley española en la que el proyecto de ley chileno se inspira.

## 2. UN EJEMPLO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

De este modo, la solución propuesta constituye un ejemplo de *Discriminación Indirecta* pues de un trato normativo formalmente igual deriva, por la situación fáctica a que se aplica la norma, en consecuencias perjudiciales para las madres. Sería un caso de *Discriminación por Indiferenciación*, por cuanto un tratamiento formalmente igualitario conseguido mediante la opción ofrecida a los progenitores de pactar el orden de los apellidos del hijo (a), deviene *de facto y a posteriori*, discriminatorio para la mujer en el momento en que la manifestación contraria al pacto realizada por el padre coloca a la primera en una patente situación de desigualdad.

En tal sentido se manifiestan Purificación CREMADES GARCÍA, Beatriz SAURA ALBERDI y Rosario TUR AUSINA al juzgar las consecuencias legales de la falta de común acuerdo de los progenitores en la Ley española 40/1999 de nombres y apellidos y alteración del orden de los mismos, Ley bastante similar al Proyecto de Ley chileno sobre esta materia: "El supuesto en que efectivamente la norma provoca efectos discriminatorios se activa, sin embargo, cuando el acuerdo se manifiesta en sentido negativo: como desacuerdo u oposición de alguno de los cónyuges, y en particular del marido, que con su simple negativa podría conseguir hacer primar el orden tradicional de los apellidos y negar todo valor al ejercicio de un acuerdo conjunto. Se trata de una posibilidad completamente olvidada por el legislador, que se centra únicamente en el acuerdo por consenso, cuando es lo cierto que las consecuencias del pacto han de ser reguladas y previstas tanto desde la opción positiva, como desde el desacuerdo [...] con la regulación efectuada así por el legislador, la norma esconde en realidad una discriminación indirecta [...]"<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> La "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer", de 1979, ratificada por Chile, establece que hombres y mujeres "deben tener los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial". A su vez reconoce los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido.

<sup>11</sup> En efecto, porque como sostiene Hernán CORRAL TALCIANI en el Informe que preparó la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto el 28 de junio de 2001, "el Reglamento Orgánico del Registro Civil no es más que un Decreto Supremo del primer Gobierno de Ibáñez, que puede ser modificado por disposición del Ejecutivo, no siendo necesaria modificación legal alguna".

<sup>12</sup> CREMADES GARCÍA, Purificación, SAURA ALBERDI, Beatriz y TUR AUSINA, Rosario, "La alteración del orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa", *Revista General de Derecho*, 672. Madrid, septiembre, 2000, p. 10852.

## 3. EL CASO ESPAÑOL

## 3.1. Situación anterior a la reforma de 1999

El sistema de imposición de apellidos vigente en España en 1981, estaba determinado por el art. 109 CC que disponía: "La filiación determinará el orden de los apellidos, con arreglo a lo dispuesto en la ley". Tal ley es la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, en sus arts. 53 y siguientes, desarrollados por los arts. 192 y siguientes del Reglamento del Registro Civil. Conforme a ellos, el primer apellido de los hijos era el primero paterno y el segundo, el primero materno, caso de que ambos progenitores estuvieran determinados legalmente. Determinada únicamente la filiación paterna o materna, el hijo ostentaría los dos apellidos del padre o de la madre respectivo, pero en el caso de la filiación materna, y solo en ese caso, podía solicitarse la alteración del orden de los apellidos.

Con esta regulación, el sistema legal de imposición de apellidos resultaba evidentemente discriminatorio a la luz del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. De ahí que se acometiese una reforma del sistema con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, añadiéndose un segundo párrafo, antes inexistente, al art. 109, del siguiente tenor: "el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos". De este modo, se trataba de un cambio *a posteriori*, lo que suponía que el orden consagrado por la ley seguía siendo el tradicional.

Junto a ello, la atribución de la facultad de cambiar el orden de los apellidos, en 1981, se hace al propio sujeto de forma personalísima, siendo reiterada la jurisprudencia que niega la posibilidad de ejercitar este derecho a los representantes legales del menor<sup>13</sup>.

Por lo demás, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) valoró positivamente la reforma legislativa española de 1981, entendiéndola que "[...] la precedencia tradicional del apellido paterno sobre el materno, en cuanto podía envolver alguna discriminación contra la mujer, ha sido matizada por el segundo inciso del mismo artículo 109 CC [...]". Menos benevolentes fueron las opiniones de la doctrina científica. Entre las críticas al nuevo sistema procedentes de sectores más tradicionales, De la Cámara Álvarez sostuvo que "El art. 109 CC rompe, pues [...] con el esquema vigente de la legislación del Registro Civil, en donde se señala la precedencia del apellido paterno sobre el materno, realidad de indiscutible arraigo en la idiosincrasia familiar española y que por unas discutibles consideraciones de no discriminar a la mujer se deroga"<sup>14</sup>. De la misma índole fueron las críticas que formuló al sistema Soto Nieto: "[...] con los apellidos en danza, indudablemente se oscurecen los auténticos ligámenes familiares, no bastando la mera contemplación del nombre para efectuar con certeza asignaciones de próximo parentesco"<sup>15</sup>.

Para Rivero Hernández, la regla segunda del art. 109 contradice gravemente y en un momento avanzado de la vida de la persona el principio de inmutabilidad del nombre. Por último, una de las críticas más incisivas a la reforma fue la de Rodríguez Adrados: "Imaginen lo que ocurriría si los delincuentes, desertores, deudores, defraudadores fiscales, etc., o sencillamente medio millón de españoles hicieran uso de esa facultad"<sup>16</sup>.

Desde los sectores progresistas, se formularon también objeciones diversas al sistema establecido en España en 1981. Para Linacero de la Fuente, la nueva regulación que instauraba el segundo párrafo del art. 109 resultaba insuficiente para paliar la desigualdad entre sexos en orden a la imposición de los apellidos, ya que la exigencia de la mayoría de

<sup>13</sup> Entre otras muchas Resoluciones de la DGRN, la de 1 marzo 1994, 10 septiembre 1994, 22 abril 1995 y 17 octubre 1996.

<sup>14</sup> CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Comentario de los arts. 108 a 111 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tom. III, vol. 1º, Madrid, 1984, pp. 48 y ss., en concreto, p. 64.

<sup>15</sup> SOTO NIETO, Francisco, "Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa", *La Ley*, 1981, pp. 918 y ss., en concreto p. 921.

<sup>16</sup> Citado por CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (n. 14), p. 64.

edad para solicitar la alteración, determinaría un escaso uso de la norma. Según esta autora: “[...] una solución más extrema, pero más acorde con el principio de igualdad de sexos, hubiera sido permitir la inversión de apellidos desde el nacimiento. Es decir, a los padres correspondería elegir el apellido de sus hijos”<sup>17</sup>. A similares conclusiones llega SALVADOR GUTIÉRREZ<sup>18</sup>.

### 3.2. *La Ley 40/1999 de 5 de noviembre*

El sistema permaneció invariable hasta el final de la década de los 90, en que la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, introduce un punto de inflexión en la regulación de esta materia en España. Motor importante del cambio fue, sin duda, la presión que desde instancias internacionales se venía haciendo desde hacía tiempo para la introducción de nuevos principios no discriminatorios. *V. gr.*: Art. 17 de la Resolución 37 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1979<sup>19</sup>. También la Recomendación Nº 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros de la Unión Europea, relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón de sexo, adoptada el 5 de febrero de 1985<sup>20</sup>, y el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1995.

Las distintas ponencias encargadas de redactar el informe relativo a cada una de las Proposiciones de Ley sobre la materia procedentes de diversos grupos parlamentarios, reunidas conjuntamente, optaron por refundir en un solo texto legal todas las iniciativas legislativas elaboradas. Dicho texto, tras ser enmendado por el Senado, fue definitivamente aprobado el día 30 de noviembre de 1999. Con posterioridad a esta norma y como corolario obligado de la misma, se dictó el RD 193/2000, de 11 de febrero, por el que se modificaron algunos artículos del RRC, a fin de acomodarlos a las normas aprobadas en 1999.

Tras las citadas reformas, son el padre y la madre en España quienes, de común acuerdo, estando la filiación determinada por ambas líneas, decidirán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. El orden que se establezca para el primero de los hijos o hijas regirá para los posteriores que tengan la misma filiación<sup>21</sup>.

También la Ley 40/1999 ha avanzado hacia la realización efectiva del principio de igualdad en el caso de filiación determinada respecto de uno solo de los progenitores. Así, el art. 55 LRC, según redacción de 1999 dispone: “[...] En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su

<sup>17</sup> LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, pp. 158 y 159.

<sup>18</sup> SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana, “Comentario al artículo 198 del Reglamento del Registro Civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Arts. 165 al final del Reglamento de la Ley del Registro Civil*, tom. IV, vol. 5, p. 196.

<sup>19</sup> “Cuando los padres no tengan un apellido de familia común, se tomarán las medidas necesarias teniendo en cuenta los siguientes ejemplos: a) permitir al hijo tomar el apellido de familia de aquel de los padres a quien la ley no se lo ha atribuido. (Esta fue la opción seguida por el legislador español en 1981); y b) permitir la elección, por acuerdo de los padres, de los apellidos de los hijos (Sistema implantado con la Ley de 1999).

<sup>20</sup> “El Comité de Ministros, consciente de que la igualdad entre los hombres y las mujeres no está aún totalmente realizada a pesar de los importantes esfuerzos realizados por los Estados miembros en los últimos años, recomiendan a los gobiernos de los Estados miembros adoptar o reforzar, según el caso, todas las medidas que juzgen útiles a fin de asegurar la realización progresiva de los principios enunciados en el Anexo a esta recomendación. En dicho Anexo, entre otros principios tendentes a promover la igualdad de sexos en las distintas legislaciones de los Estados miembros, en su apartado 4 se indica que, en materia de Derecho civil, la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, deberán ser garantizados, especialmente en lo concerniente al nombre de familia”.

<sup>21</sup> La reforma dio nueva redacción al art. 109 del Código Civil español, que quedó redactado en los siguientes términos: “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”.

condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos [...]. Con anterioridad, únicamente se reconocía la facultad de invertir los apellidos en el supuesto de filiación determinada respecto de la madre, regla que respondía a una visión decimonónica de la maternidad, que concebía la condición de hija o hijo de padre desconocido como algo vergonzante que debía ser ocultado a toda costa, a fin de evitar el reproche social<sup>22</sup>. En palabras de Salvador Gutiérrez, esta regla resulta totalmente incompatible con los principios constitucionales y “respondía al intento de evitar *asientos afrentosos* relacionados con el diferente estatus de las madres casadas y no casadas vigente en el régimen legal anterior, concediendo a las madres no casadas la facultad de invertir el orden de apellidos de los hijos reconocidos solo por la madre [...]”<sup>23</sup>.

Lamentablemente, la hipótesis de filiación determinada exclusivamente respecto del padre es muy infrecuente, prácticamente reducida a los casos de abandono por la madre en el mismo momento del nacimiento. Pero su escasa incidencia práctica no justificaba el trato legal diferenciado entre estos supuestos y los de filiación determinada solo respecto de la madre<sup>24</sup>.

La valoración que merece la reforma en la legislación española operada por la Ley 40/1999 es positiva en cuanto al avance supuesto en el camino hacia la consecución real del principio de igualdad jurídica entre los sexos, pero sin llegar a producir una completa equiparación. En este sentido, la propia ley de 1999 reconoce las limitaciones de la reforma, al señalar en la Exposición de Motivos que “es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos [...]”. El nuevo sistema no consigue, pues, eliminar la discriminación, sino tan solo atenuarla. Como señala Sánchez González no se ve cómo podría alcanzarse tal meta sin incurrir en un supuesto de discriminación positiva<sup>25</sup>.

#### 4. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY CHILENO

##### 4.1. El artículo segundo del proyecto de ley

Sin perjuicio de que debe otorgarse al nombre y apellidos de una persona una cierta estabilidad, no parece adecuado excluir la posibilidad de que una persona invierta, previa solicitud, el orden de sus apellidos. Los profesores Guzmán, Corral, Eyzaguirre y Vial son contrarios a la posibilidad de autorizar a una persona a invertir el orden de sus apellidos. Estiman que el nombre es un atributo de la personalidad que debe tener cierta fijeza en el tiempo y contribuir a la identificación jurídica de la persona. El profesor FIGUEROA es partidario de que se pueda efectuar el cambio siempre que en la ley se establezca como causal para que esto suceda el abandono del padre<sup>26</sup>. La profesora Etcheberry señala que “no parece existir inconveniente en que una persona quiera invertir sus apellidos. La norma que se propone postula a que ello debiera ser aceptado por parte del juez sin necesidad de señalar alguna causa que la justifique; ello no tendría mayor inconveniente si además se aprueba la norma propuesta en el Artículo Tercero del proyecto de ley”<sup>27</sup>.

En cuanto a la otra facultad que otorga el artículo Segundo del Proyecto, todos los profesores estimamos que no es conveniente autorizar a una persona para que libremente

<sup>22</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Paz, “El orden originario de los apellidos (con especial referencia a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre) en *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, N<sup>o</sup> 9, Zaragoza, 2002, pp. 15-16.

<sup>23</sup> SALVADOR GUTIÉRREZ (n. 18), vol. 3, p. 470, en nota.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Paz (n. 22), p. 16.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Informe de la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que modifica las normas sobre patria potestad y orden de los apellidos, de junio de 2001, p. 5.

<sup>27</sup> ETCHEBERRY COURT, Leonor, *Informe solicitado por la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que Modifica Normas sobre Patria Potestad y Orden de los Apellidos*, Santiago de Chile, 4 de Mayo de 2001, p. 8.

tome el o los apellidos de los abuelos<sup>28</sup>. En palabras de la profesora Etcheberry: “[...], no parece tan acertado que sin motivo alguno (esto es, sin posesión notoria), una persona pudiera usar libremente el apellido paterno o materno de sus abuelos. A cada persona le pertenecen como atributos de la personalidad un nombre, el que se compone del nombre de pila y solo un apellido del padre y uno de la madre; por lo tanto nos parece justificado que si se va a tomar un apellido que es de los abuelos, estos debieran consentir previamente”<sup>29</sup>.

#### 4.2. El artículo tercero del proyecto de ley

El artículo tercero del Proyecto de Ley constituye una mala copia<sup>30</sup> de la solución que para España concibió la Ley 40/1999 de 5 de noviembre sobre nombres y apellidos y orden de los mismos, a la que ni siquiera hace referencia el Proyecto de Ley chileno. De este modo, la reforma chilena presenta los mismos problemas que la española desde una perspectiva de género. Es decir, a falta de acuerdo, sigue prevaleciendo la filiación paterna como viene siendo tradicional.

Podría decirse que la novedad que se introdujo en España y pretende introducirse en Chile reside en atribuir a los progenitores, en caso de filiación matrimonial o filiación no matrimonial con reconocimiento de ambos, *la facultad de llegar a un acuerdo que permita alterar el orden tradicional de asignación de apellidos a los hijos*. Este acuerdo sería un típico negocio jurídico de Derecho de Familia.

De este modo, se condiciona el cambio en el orden de inscripción de los apellidos al ejercicio de esa facultad, respecto de la cual además se omite, en ambas legislaciones, toda regulación en cuanto al plazo y forma en la que debe ser ejercitada, forma que, además, será distinta según sea la filiación matrimonial o no matrimonial.

También se echa de menos la previsión del modo de resolver el conflicto entre los progenitores que bien podría ser el recurso a la decisión de la autoridad judicial<sup>31</sup>, ya que los negocios jurídicos de este tipo presentan un componente ético y de orden público importante y en ellos prevalece el principio de solemnidad. Respecto de ambas legislaciones, la chilena y la española, es precisamente la solución legal prevista en caso de que no exista acuerdo, la que mayor polémica suscita.

En efecto, aunque según parte de la doctrina científica, la solución legalmente prevista a la ausencia de acuerdo, ciertamente, es susceptible de críticas, pero no puede sustituirse por otra alternativa universalmente válida, consideramos en todo caso preferible, la solución que adopta la legislación portuguesa de atribuir carácter dirimente a la autoridad judicial<sup>32</sup>.

De este modo creemos que no estaría de más pensar en la autoridad judicial para resolver a favor de la preferencia del apellido paterno o materno de acuerdo con lo que estimara más conveniente, ponderando las circunstancias de cada caso, siempre teniendo en cuenta “el interés de los hijos”.

<sup>28</sup> Informe de la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que modifica las normas sobre patria potestad y orden de los apellidos, de junio de 2001, p. 6.

<sup>29</sup> ETCHEBERRY COURT, Leonor, *Informe solicitado por la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que Modifica Normas sobre Patria Potestad y Orden de los Apellidos*, Santiago de Chile, 4 de mayo de 2001, p. 8.

<sup>30</sup> Viene a ser un caso desafortunado de lo que el Derecho Comparado conoce como “trasplante de leyes”.

<sup>31</sup> Como sucede en otros países de la órbita occidental, como Portugal, cuyo artículo 1875 del Código Civil dispone que “el hijo usará los apellidos del padre y de la madre o solamente los de uno de ellos. La elección de los apellidos del hijo menor pertenece a los padres y, en caso de desacuerdo, decidirá el juez en armonía con los intereses del hijo. Si la maternidad o la paternidad fueran determinadas con posterioridad a la inscripción de nacimiento, los apellidos del hijo podrán ser alterados en los términos de los números anteriores”.

<sup>32</sup> En contra de la solución del conflicto por la autoridad judicial se pronuncia un sector de la doctrina civilista. V. gr.: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Paz (n. 22), p. 15: “[...] Si se pretende que, ante el conflicto surgido entre el padre y la madre, el juez o la jueza atribuya [...] la facultad última de decidir al padre o a la madre, habrá que proporcionarle los argumentos que justifiquen su decisión. De este modo, el orden de los apellidos que terminen imponiéndose obedecerá no al simple acuerdo de los progenitores, sino a la concurrencia de concretos intereses. Por otro lado, si no existe circunstancia alguna que permita al juez o a la jueza decidir en un sentido u otro, se le estará planteando un problema irresoluble”.

La otra consecuencia que se extrae de un sistema semejante al que se propone en el Proyecto de Ley chileno es la clara posibilidad de que la atribución del primer apellido del padre resulte de la mera inactividad de los padres. Esto es, la persona nacida ostentaría primero el apellido paterno debido a una falta de iniciativa seguido de lo que podría llamarse una inercia del comportamiento tradicional, consecuencia que no puede admitirse de pretender que la reforma en el orden de los apellidos no perjudique a las mujeres chilenas. De lo que se trata es de que una hipotética reforma legal incremente la participación de la madre en la decisión relativa al orden de imposición de los apellidos del hijo(a), hasta situar la misma al mismo nivel que la participación del padre. Para ello es preciso atender a mecanismos idóneos que permitan comprobar que la madre ha podido realmente intervenir en esa decisión.

En cuando a la identificación de un hijo no matrimonial reconocido por el padre o la madre, el proyecto opta por que se le inscriba con el apellido del padre o la madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad". Consideramos preferible que la inscripción se realice con los dos apellidos de la persona que reconoció.

Entre los comentarios que ha suscitado el Proyecto de Ley, debe destacarse que, en el Informe de junio de 2001 de la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que modifica las normas sobre patria potestad y orden de los apellidos, los profesores Vial, Guzmán y Eyzaguirre estiman que "no es conveniente cambiar el orden de los apellidos en Chile, para no alterar la costumbre arraigada a este respecto" en el país. Sin embargo, en otro informe solicitado por la misma Fundación de Derecho Privado, respecto a este Proyecto de Ley, la profesora Etcheberry declara: "Es la costumbre la que ha hecho que en nuestro país se inscriba siempre en primer lugar el apellido paterno y luego el materno, pero baste recordar que hay hijos inscritos solo con un apellido, el de la persona que lo reconoce e incluso en muchos casos se pide repetir dos veces el mismo apellido para evitar que el menor aparezca inscrito solo con uno, lo que dejaría en evidencia su imposibilidad de establecer una filiación respecto de uno de sus progenitores. Todo ello nos lleva a concluir que si un hijo puede ser inscrito con el apellido que la parte que requiere la inscripción quiera (sucede así cuando el hijo no ha sido reconocido por su padre, la madre lo inscribe con el apellido de él o simplemente con otro), es lógico pensar que nada obstaría a que existiera una norma que permitiera a los padres de mutuo acuerdo invertir el orden de los apellidos de los hijos comunes"<sup>33</sup>.

Gonzalo Figueroa y Hernán Corral estiman, en el informe de la citada Fundación, que "no habría inconveniente en este cambio, siempre tal como lo señala el proyecto que el orden sea el mismo para todos los hermanos", como se recoge en el caso español<sup>34</sup>. CORRAL añade que "sin perjuicio de estar de acuerdo, se trata de una pretensión de cuño ideológico que no tiene respaldo alguno en la realidad ni en las necesidades de la práctica jurídica".

##### 5. NOTA SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y EL PROYECTO DE LEY

La perspectiva de género importa en relación al contenido del Proyecto, en concreto en relación al tenor del artículo tercero. Por ello, no es un dato menor la variante de la teoría filosófica de género que se sostenga. Defiendo una perspectiva de género relacionada con un feminismo de la diferencia más que de la igualdad pero, en todo caso, y por lo que concierne a este comentario, reivindicativa de que los deseos, inclinaciones, necesidades y derechos de las mujeres obtengan el mismo respeto en la sociedad y, por ende, en el ámbito jurídico<sup>35</sup>. Uno de esos derechos es el de decidir acerca de la imposición de apellidos a sus hijos en los mismos términos que los varones.

<sup>33</sup> ETCHEBERRY COURT, Leonor, *Informe solicitado por la Fundación Fernando Fueyo Laneri sobre el Proyecto de Ley que Modifica Normas sobre Patria Potestad y Orden de los Apellidos*, Santiago de Chile, 4 de mayo de 2001, pp. 8-9.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>35</sup> A diferencia de algunos sectores del feminismo liberal que consideran que el problema de género gira en torno, exclusivamente, a la atribución de roles en función del sexo de la persona.

En efecto, es un dato empíricamente comprobado que un gran número de mujeres proyecta su realización personal más sobre lo privado que sobre lo público. Pero, junto a lo anterior, es claro que sin una cierta independencia económica, las personas, hombres y mujeres, no pueden, con un suficiente grado de libertad, intervenir en la realización de intercambios acordes con sus personales opciones vitales. Sin embargo, el trabajo invertido, por ejemplo, en la educación de los niños y su formación como personas, u otros de tipo afectivo, no se valora en absoluto desde el punto de vista social<sup>36</sup>.

Lo anterior ha conducido a lo que se ha venido en denominar: "la doble jornada" de las mujeres que, como mínimo, se proyecta en un sentimiento de culpa. Como señala Camps, la mujer "se siente culpable si descuida lo que siempre fueron sus obligaciones exclusivas. El superego no la abandona. La mujer liberada ha resultado serlo solo de puertas afuera. Dentro de casa, no consigue librarse de la desilusión y el agobio. Algunas mujeres han decidido ser hombres, imitarlos en todo: descuidan la casa, no cocinan, no van a la compra, no se ocupan del marido más de lo que este se ocupa de ella, renuncian a tener hijos. Son solo profesionales, buenas profesionales. Mujeres que han hecho suya la cultura masculina y se olvidan de que son mujeres. Pero estas son una minoría. La mayoría de mujeres lo que hace es cargar con su doble condición de mujer y profesional liberada de obligaciones menos nobles. Aguantan ambos roles con una mezcla de esperanza y mal humor. Esperanza porque algo ha conseguido y hay un horizonte por conquistar más al alcance de la mano. Mal humor, sin embargo, porque el día a día es muy duro y más bien hostil"<sup>37</sup>.

En la crítica de Matsuda a la descripción de la *original position* de la teoría de la justicia de John Rawls<sup>38</sup>, señala que Rawls da por supuesto un serio mundo en el que la gente está obligada por la justicia. A este respecto y recogiendo la sugerencia de Amy Kastely, recuerda Matsuda que Gilligan insiste en la moralidad de la obligación como parte de la conciencia femenina, pero su descripción de la obligación difiere de la de Rawls. El concepto de Rawls sobre el deber supone un constreñimiento y una forzada conformidad. Gilligan, en contraste, sugiere que el hacer por los demás es parte de un sentido femenino de autodignidad<sup>39</sup>.

En relación con lo expuesto, la iniciativa legislativa objeto de este trabajo manifiesta una completa ignorancia sobre el tema de género, ya que el Proyecto, en su fundamentación, legitima directamente "la doble jornada" de las mujeres con estas palabras: "Se sostiene que aun cuando la mujer pueda ser proveedora, lo es en mayor proporción el hombre; a la inversa, ella se incorpora más que él en las labores domésticas. Sin embargo, precisamente esta circunstancia, le da a la mujer una visión más completa de las necesidades de su hogar, entre las cuales están los intereses de sus propios hijos (as); además, cabe señalar que la tendencia de la evolución de la sociedad es, cada vez más, a una creciente igualación de los roles entre ambos sexos"; palabras que, por lo demás, no entrañan una posición clara sobre el problema.

Es decir, tal legitimación no va acompañada, como sería de desear a juzgar por la intencionalidad teórica de la iniciativa, de un planteamiento más profundo de las causas y consecuencias de "las dobles jornadas" que a menudo realizan las mujeres. Entre las causas,

<sup>36</sup> De entre los trabajos que tratan el tema con profundidad, son especialmente destacables los de HAALAND MATLARY, Janne, "Ser mujer en términos de mujer: Desafíos para las mujeres de Occidente: Una perspectiva católica" en *La mujer en el umbral del siglo XXI*, 1ª ed., Madrid, 1998, pp. 25-46, y ORTEGA, Miguel (moderador). "La mujer y su identidad" (Mesa redonda) en *La mujer en el umbral del siglo XXI*, 1ª ed., Madrid, 1998, pp. 107-132.

<sup>37</sup> CAMPS, Victoria, *El siglo de las mujeres*, Madrid, 1998.

<sup>38</sup> MATSUDA, Mari J., "La Jurisprudencia liberal y visiones abstractas de la naturaleza humana: una crítica feminista a la teoría de la justicia de Rawls" (Trad. ELÓSGUI ITXASO, María), en DURÁN Y LALAGUNA, Paloma (et al.), *Debates sobre el género*, Castellón, 1992, pp. 119-120.

<sup>39</sup> GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982. También son destacables NODDINGS, Nel, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Berkeley, University of California Press, 1984, y CAMPS, Victoria, "El genio de las mujeres" en *Virtudes públicas*, Madrid. Espasa-Calpe, 1990, pp. 64-105.

infravaloración social de los trabajos domésticos y afectivos, por ejemplo,<sup>40</sup> y entre las consecuencias: abandono moral de los niños, culpa e inseguridad de las mujeres, etc.<sup>41</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior se concluye que si el esfuerzo en la concepción de reformas legislativas conducentes a la plasmación del principio de igualdad por parte de quienes legislan, es inútil, procede tratar de lograr un acercamiento a la perspectiva de género más profunda que lo que hasta ahora se ha hecho.

A mi juicio, las palabras que utiliza el Proyecto de Ley, nada claras en cuanto a la problemática que gira alrededor de los trabajos remunerados y no remunerados de las mujeres, colocadas, además, en la parte inicial que acoge los motivos de la iniciativa legal, sirven de poco en la labor de lograr la realización efectiva del principio jurídico de igualdad en las normas que integran un ordenamiento jurídico, el chileno en este caso.

Porque no puede olvidarse que la constitucionalización del derecho civil que está teniendo lugar en Chile exige esa proyección del principio de igualdad constitucional en el Derecho Civil. En efecto, como apunta Guzmán Brito, una de las vías a través de las cuales se realiza la función de la constitucionalización de servir de impulso a la reforma del Derecho Privado es promoviendo el efectivo respeto y vigencia del catálogo de derechos constitucionales por el poder público. Y aunque las Constituciones no suelen imponer deberes específicos de protección y fomento en materia de derechos civiles, se considera incluido en el contenido de preceptos del tipo de los anteriores, el desarrollo legislativo del contenido de los derechos privados definidos en el catálogo<sup>42</sup>.

Buen ejemplo de lo anterior son las reformas de la filiación que introdujo la Ley 19.585. Esta norma suprime en el ordenamiento jurídico-civil chileno la distinción tradicional entre hijos legítimos e ilegítimos. Esta ley equiparó los derechos de los hijos matrimoniales y los de los extramatrimoniales aunque, por la naturaleza de las cosas, tuvo que negar implícitamente todo derecho, incluso el de alimentos, a los hijos no matrimoniales cuya filiación no esté determinada<sup>43</sup>. El anterior sirve como ejemplo de introducción de una profunda reforma al derecho privado "bajo el empuje de una interpretación incidente en el derecho privado vigente de normas constitucionales, que, en el sentir del legislador, lo obligaba a esa reforma"<sup>44</sup>.

Otro ejemplo de proyección en el ámbito del Derecho Civil del principio constitucional de igualdad podría ser la modificación del régimen jurídico de los apellidos en Chile, en el sentido de dar igual intervención en la facultad de decidir acerca de este asunto al padre y a la madre, controlando, claro está la real intervención de la misma a estos efectos. Es decir, ya sea exigiendo para la inscripción del apellido de quien ha nacido la constancia del consentimiento por escrito de ambos progenitores o mediante otro medio de acreditación que probase que ambos pudieron, en la práctica, manifestar efectivamente su voluntad en torno al orden de los apellidos de su prole, como por ejemplo, la constancia judicial del traslado comunicado a aquel de los progenitores que no haya comparecido.

No obstante, y dado que Chile ratificó la Convención para la protección de los derechos del menor de 20 de noviembre de 1989 en 1990, el principio que debiera presidir cualquier iniciativa legislativa sobre esta materia debiera ser el del interés superior del hijo, lo que implica que el primer apellido del nacido sea el de la madre si entraña una mayor fuerza simbólica, emotiva o identificatoria que el del padre, y el de este, en caso inverso, lo que no obsta para que pueda legalmente exigirse a ambos progenitores la constancia de su voluntad al respecto.

<sup>40</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR, M<sup>a</sup> Aránzazu, "La valoración del trabajo doméstico en el régimen económico matrimonial del Código Civil español" en *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 8, Zaragoza, 2002.

<sup>41</sup> Vid. NOVALES ALQUÉZAR, M<sup>a</sup> Aránzazu, PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho Antidiscriminatorio y género: Una revisión del Código Civil Chileno*, Santiago de Chile, 2002 (en prensa).

<sup>42</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, UCV, Valparaíso, 2001, pp. 60-62.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>44</sup> *Ibidem*.