

El doble apellido, entre tradición y modernidad

di

Carmine Lazzaro*

SUMARIO: 1. Premisa - 2. El doble apellido entre principio de igualdad e identidad personal - 3. Conclusiones

1. Premisa

Las cuestiones vinculadas a los derechos de la personalidad se muestran particularmente sensibles y objeto de un gran debate justo porque son inherentes a los derechos subjetivos absolutos de los cuales es titular la persona en cuanto tal, dirigidos a afirmar y a garantizar exigencias de carácter existencial.

Los problemas que atañen a los derechos humanos adquieren mayor complejidad teniendo en cuenta el hecho de que *“La fase odierna dei diritti dell’uomo è appunto rappresentata dal loro passaggio dal diritto positivo costituzionale al diritto positivo internazionale”*¹.

En particular, la atribución del apellido constituye un banco de prueba de la evolución interpretativa de la jurisprudencia, incluso aquella comunitaria, que tiende a sugerir soluciones hermenéuticas, alternativas respecto al rígido sistema jurídico interno, que respondan de la mejor manera posible a las renovadas lógicas del sistema.

* Dottore di ricerca in Diritto Civile e Professore a contratto di Diritto dello Sport presso L'Università degli Studi di Messina.

¹ *“La fase actual por la que pasan los derechos del hombre está marcada por su paso del derecho positivo constitucional al derecho positivo internacional”* (trad. del autor) En A. FALZEA, *L’itinerario dei diritti dell’uomo*, introducción al Seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Messina el 3 de marzo de 1979 sobre el tema *“I diritti dell’Uomo da Helsinki a Belgrado: risultati e prospettive”* publicada en *Atti*, Milán, 1981, 3 ss.; también puede consultarse en *Ricerche e teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, III. Scritti d’occasione*, Milán, 2010, 61, ss., 66.

Al tenor del artículo 6 del código civil “*Nel nome si comprendono il prenome e il cognome*”². El nombre/apellido³ constituyen, por tanto, signos identificativos tanto al interior como al exterior del grupo familiar.

Los padres, según establece el artículo 71 del Real Decreto n. 1238 de 1939, pueden escoger de mutuo acuerdo el nombre del propio hijo con un único límite, establecido por el artículo 72 párrafo 1 de dicha norma, el de no transmitir al neonato su propio nombre o el de un hermano o hermana vivos. Mientras que por lo que tiene que ver con el apellido, la tradición impone la atribución del apellido paterno⁴.

Frente a la ausencia de una norma específica sobre este punto, se trató, evidentemente, de una aplicación automática de una norma sistemática fruto de la combinación de cuanto dispuesto en los artículos 237⁵, 262⁶ y 299 del Código Civil⁷, artículo 72 párrafo 1 del Real Decreto n. 1238 de 9 de julio de 1939, y de los artículos 33 y 34 del Decreto del Presidente de la República n. 396 de 3 de noviembre de 2000, fruto de un antiguo legado, que pronto se convirtió en una costumbre

² Artículo 6 código civil italiano: “*El nombre comprende el nombre individual y el apellido*” (trad. del autor). Para tener una perspectiva general de los problemas ligados al derecho al nombre cfr. U. BRECCIA, *Art. 6*, en *Commentario al Codice Civile Scialoja Branca*, dirigido por F. Galgano, *Delle persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988, 373 ss.

³ El nombre fue por primera vez cualificado como un aspecto autónomo de la vida privada en una sentencia de la T.E.D.H., de 22.2.1994, demanda n. 16213/90 en *www.echr.coe.int*, en la cual se evidencia (párr. 24) que “*en cuanto medio de identificación personal y de vínculo con una familia, el apellido de una persona concierne también la vida privada y familiar. El hecho que el Estado y la sociedad tengan un interés en reglamentar su uso no constituye un obstáculo, ya que tales aspectos de derecho público son conciliables con la vida privada, concebida esta como comprensiva, en cierta medida, del derecho del individuo a alimentar y desarrollar relaciones con sus semejantes, incluso en la esfera personal o comercial*” (trad. del autor).

⁴ La intención del legislador era la de garantizar, con referencia al nombre, la alteridad subjetiva del recién nacido respecto de los otros componentes de la familia y así reforzar su individualidad; en relación con el apellido, en cambio, se sintió la necesidad de proyectar hacia el exterior una imagen unitaria de la colectividad familiar, configurando uno *status familiae* inspirado en el patronímico.

⁵ Véase M. GRONDONA, *Art. 237 c.c.*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cargo de G. Di Rosa, II ed., Milán, 2018, 45 ss.

⁶ Ver A. SCALERA, *Art. 262 c.c.*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por E. Gabrielli, *ob. cit.*, 244 ss.

⁷ Véase M. DELL’UTRI, *Art. 299 c.c.* en *Commentario del codice civile*, dirigido por E. Gabrielli, *ob. cit.*, 474 ss.

compartida por todos, expresión de “una concezione patriarcale della famiglia”⁸ y no de una real y explícita toma de posición de carácter normativo⁹.

La normativa anteriormente vigente era una expresión de una concepción patriarcal y vertical de la familia, de la cual podía derivarse una institución familiar que resultaba al exterior como un *unicum* indisoluble, caracterizada por la posición de absoluta supremacía del *pater familias*¹⁰.

Dicha imposición se fue erosionando lenta e inexorablemente, debido a la evolución socio-cultural, además de aquella jurisprudencial¹¹, que ha ido nivelando las posiciones del hombre y de la mujer en el seno de la familia moderna¹²,

⁸ Sobre la “concepción patriarcal de la familia” véase Corte constitucional, sentencia n. 61 de 19 de febrero 2006, en *Família*, 2006, 931, donde se afirma que “Es inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 143 bis, 236, 237 numeral 2, 262, 299 numeral 3 c.c., y de los artículos artículos 33 y 34 d.P.R. n.º 396 de 3 noviembre 2000 respecto de los artículos 2, 3 e 29 numeral 2 de la Constitución, en la parte en la cual prevén que el hijo legítimo adquiere automáticamente el apellido del padre, incluso cuando haya una voluntad distinta por parte de los cónyuges, legítimamente manifestada. El Auto con el que el juez remite la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte, exige una operación de manipulación exorbitante de los poderes de la Corte Constitucional, ya que, no obstante el petitum se haya circunscrito perfectamente, de todas formas quedan presentes una amplia serie de opciones que van desde dejar la elección del apellido exclusivamente a la voluntad de los cónyuges, es decir, permitir a los cónyuges que hayan alcanzado un acuerdo derogar una regla que de todas formas goza de validez, a aquella de solicitar que la elección de los cónyuges se deba producir solamente una vez, con efectos hacia todos los hijos, a saber, que tenga que expresarse al momento del nacimiento de cada uno de los hijos, y que, entre otras cosas, no pudiéndose ignorar el hecho de que queda un vacío de reglas que determinaría la caducidad de la disciplina cuya inconstitucionalidad se plantea, no se puede hipnotizar tampoco una decisión, que acogiendo la cuestión de inconstitucionalidad, exija una intervención futura por parte del legislador la posterior reglamentación orgánica de la materia” (trad. del autor).

⁹ Ver A. GIUSTI, *Il cognome del figlio legítimo di fronte alla Corte costituzionale*, en *Giust. civ.*, 1985, I, 1471.

¹⁰ Sobre el argumento, remitimos al lector a las observaciones de I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge (nota alla sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale)*; en *www.giurcost.org*, *Studi*, 1/2006, 1 ss.

¹¹ Sobre este punto cfr. Corte de Casación, Sala de lo Civil, Sección I, auto 22 de septiembre de 2008, n. 23934, en *Fam. dir.*, 12/2008, 1093 ss. V., *ex multis*, T.J.U.E., Gran Sala, 14 de octubre de 2008, n. 353, en *Dir. Giust. Online*, 2008. Cfr. también T.J.U.E., 30 de marzo de 1993, asunto 168/91, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, 901 ss.; T.J.U.E., 2 de octubre de 2003, asunto 148/02, en *Racc.*, 2003, I-1613, TJUE, 27 de abril de 2006, asunto 96/04, en *Racc.*, 2006, I-3561. En cuanto a la doctrina, se remite a las observaciones de J. LONG, *La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei*, en *N.G.C.C.*, 2009, I, 268. Véase C. HONORATI (coordinador), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milán, 2010.

¹² Para tener un cuadro general sobre el argumento, cfr. M. SESTA, *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra coniugi*, en *N.G.C.C.*, 2004, II, 385 ss.

conciéndola como una institución con una estructura ascendente¹³ en cuya base se encuentra el interés prioritario de la prole¹⁴.

Conseguir una interpretación que satisfaga todas las exigencias que giran al interior del microcosmos familiar no es simple; por ello resulta particularmente útil afrontar la temática del “apellido” que se presenta como un acervo de intereses - a veces en conflicto - merecedores de protección¹⁵.

En esta materia específica, la atribución automática del patronímico a los hijos merece una especial profundización. Se trata evidentemente de un ejemplo patente de desigualdad de derechos aplicado a los cónyuges que resulta disonante con el principio de igualdad establecido por el artículo 3 de la Constitución y con el valor - constitucionalmente tutelado - de la igualdad moral y jurídica entre los cónyuges del artículo 29 párrafo 2 de la Constitución, todo ello evidentemente en perjuicio de la mujer, sujeto tradicionalmente “débil” al interior del panorama jurídico italiano¹⁶.

Tal interpretación, entonces, resulta absolutamente discriminatoria y anacrónica en relación con los parámetros impuestos a nivel constitucional y supranacional¹⁷.

De hecho, *in primis*, la entrada en vigor de la Carta fundamental dio inicio a la llamada época constitucional de la familia¹⁸, entendida como una institución

¹³ Para tener un cuadro general sobre el argumento, cfr. A. GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, en *La famiglia all'imperfetto?*, Corso di diritto civile 2015-2016, dirigido por A. Busacca, Nápoles, 2016, 15 ss.

¹⁴ Cfr. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *N.G.C.C.*, 1/2016, 148 ss.

¹⁵ Sobre este punto, de hecho, es necesario notar que, inmediatamente después del matrimonio, la mujer “agrega al propio el apellido del marido, realizando una neta separación con su familia de origen, siendo “absorbida” por la *vis expansiva* de la familia de destino del marido: la atribución del apellido de casada marca así su paso formal a su nueva realidad familiar. La mujer abdica, por lo tanto de su legado de tradiciones y valores, de los cuales el apellido constituye un rasgo distintivo y viene “marcada” como perteneciente a una nueva colectividad en detrimento de su originaria individualidad.

¹⁶ Para una mayor profundización ver G. AUTORINO, *La donna nel diritto privato, hoy*, en *www.comparazionediritto.civile.it*, febrero de 2019, 1 ss.; cfr. también F. TESCIONE, *Il “soggetto donna” nel diritto*, en *www.comparazionediritto.civile.it*, junio de 2017, 1 ss.

¹⁷ Para una visión general véase G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Giur. cost.*, 1/2014, 738.

¹⁸ En este sentido R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, en *Principi costituzionali*, dirigido por L. Ventura y A. Morelli, Milán, 2015, 625.

basada en la paridad y la solidaridad entre sus componentes, *“quale formazione sociale in esclusiva funzione esplicativa della persona in quanto tale”*¹⁹. Como agudamente ha evidenciado la doctrina *“allorchè nel sistema ordinamentale fa irruzione la costituzione e quindi l’attuazione dei principi fondamentali, cade la cittadella privatistica, chiusa precedentemente nelle mura di un passato non decifrabile e molto spesso ingiustificabile. [...] È inevitabile che ne venga travolta anche la famiglia”*²⁰.

En esta renovación lógica del sistema, resulta necesario superar todas las formas de discriminación basadas en el género, también para tutelar los intereses de los hijos en concordancia con lo previsto en los artículos 24-26 del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos, de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño y del artículo 16 párrafo 1, letra g) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres²¹.

A lo anterior hay que añadir, además el constante orientamento del T.E.D.H. que ha establecido de forma inexorable que *“Il principio che impone inderogabilmente di trasmettere ai figli di genitori coniugati il nome del padre, anche in presenza di un diverso accordo tra i coniugi, integra una discriminazione della donna ed è dunque illegittimo per violazione del principio di eguaglianza tra coniugi”*²².

¹⁹ “cual formación social con una función explicativa de la persona en cuanto tal” (trad. del autor) En este sentido ver V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi*, en *Riv. dir. civ.*, 5/2013, 1043 ss., 1049.

²⁰ “...toda vez que en el sistema normativo irrumpe la Constitución y por tanto, la actuación de los principios fundamentales, caen las construcciones privatistas, encerradas precedentemente en los muros de un pasado indescifrable y con mucha frecuencia injustificable [...] Es inevitable que se vea afectada también la familia” (trad. del autor). Ver P. STANZIONE, *Famiglia, Autonomia e Controlli*, en *www.comparazioneDirittocivile.it*, diciembre 2017, 1.

²¹ La igualdad entre los cónyuges puede desprenderse además de la interpretación sistemática de los artículos 8.14 del C.E.D.H. y 5-7 del Protocolo Adicional n. 7 del C.E.D.H.

²² “el principio que impone la obligación inderogable de transmitir a los hijos de padres unidos por un vínculo matrimonial el nombre del padre, incluso en presencia de un acuerdo diverso entre los cónyuges, comporta una discriminación hacia la mujer y es por tanto ilegítimo por violación del principio de igualdad entre los cónyuges” (trad. del autor). En este sentido T.E.D.H., 07 de enero de 2014, n. 77, en *Guida al diritto*, 2014, 7, 75. Para tener un marco general de la situación anterior al pronunciamiento jurisprudencial antes citada puede verse en G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, en *Fam. dir.*, 11/2009, 1049 ss. Cfr. también TEDH, 24 de octubre de 1996, asunto n. 22500/93; TEDH, 6 de diciembre de 2007, asunto n. 10163/02; TEDH, 25 de noviembre de 1994, asunto n. 18131/91; TEDH, 16 de noviembre de 2004, asunto n. 29865/96; TEDH, 6 de mayo de 2008, asunto n. 33572/02, que confirma la decisión anterior relativa a la inadmisibilidad del recurso, TEDH, 12 de abril de

El derecho de familia se convierte así en un banco de prueba privilegiado del modelo de relación entre las Cortes²³ y de las profundas transformaciones que han afectado (y comprometido) el llamado *idem sentire de familia*.

Sin embargo, frente a las evidentes mociones europeístas sobre el argumento, los intentos de reforma quedaron en letra muerta²⁴, sepultados en las largas e infructuosas discusiones parlamentarias carentes de una concreción que llevara finalmente a una solución definitiva de la problemática²⁵.

A pesar de la existencia de un marco normativo internacional relativamente uniforme, tendiente a dar la mayor tutela posible a los sujetos interesados en la cuestión del apellido, la regulación italiana resulta a todas luces deficitaria²⁶.

Si bien, durante años, se presentaron algunos proyectos de ley, desafortunadamente en la actualidad el tema del “apellido” resulta desprovisto de una disciplina *ad hoc*²⁷.

1996, asunto n. 22940/93; TEDH, 27 de septiembre de 2001, asunto n. 36797/97; TEDH, 27 de abril de 2000, asunto n. 42973/98, todas en www.echr.coe.int.

²³ Para una mayor profundización sobre el argumento puede consultarse A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, en www.giurcost.org, Studi, 30 de mayo de 2014, 1 ss.

²⁴ Véase. E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, en www.giurcost.org, Studi, 10 de marzo de 2014, 1 ss., 11, quien con un sentido crítico subraya que «[...] finalmente sería aconsejable un “terremoto” en el que nuestro legislador se asuma la responsabilidad de desentrañar el sentido actual de la filiación y del conjunto de las decisiones familiares relativas a los hijos, siendo consciente de que [...] el problema actual no es el de “construir” la regla del apellido, sino el de “desmontar” la opción del apellido paterno. Opción que, a causa de su carácter aséptico, resulta contraria a la Constitución y al Tratado» (trad. del autor).

²⁵ A propósito de esto, véase el proyecto de Ley n. 1628 “*Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*”, 24 de septiembre de 2014, cuyo examen por parte de la Comisión concluyó el 13 de diciembre de 2017, en www.senato.it. Para un marco general sobre la cuestión cfr. V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L’unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, en www.federalismi.it, Focus Human Rights, 1/2017, 13 de marzo de 2017, 2 ss., 33.

²⁶ Para una mayor profundización sobre el argumento cfr. A. FABBRICOTTI (dirigido por), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell’Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Nápoles, 2017.

²⁷ *Ex multis*, cfr. proyecto de Ley n. 2123 presentado en la *Camera dei Deputati* el 21/02/2014. Para un estudio más profundo sobre el argumento, cfr. A.O. COZZI, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare*, in *N.G.C.C.*, II, 449 ss., 461. Véase también S. STEFANELLI, *Illegittimità dell’obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, en *Fam. dir.*, 3/2014, 221 ss.

En efecto, tanto el legislador de la Reforma sobre la filiación como aquel del reglamento del estado civil en la parte inherente a los cambios y modificaciones del nombre y del apellido previstos en el Decreto del Presidente de la República n. 54 de 2012, no se detuvieron frente a la problemática objeto de estudio, guardando silencio sobre el argumento²⁸.

Volver a examinar la normativa *de qua* consentiría introducir un paradigma de familia en línea con el nuevo aire de pluralismo de dicha institución²⁹ que se difunde en la actualidad y con la proliferación de nuevos modelos familiares que se produjo después de la expedición de la Ley n. 76 de 2016³⁰.

2. El doble apellido entre principio de igualdad e identidad personal

En un panorama de “*progressiva destatalizzazione del diritto*”³¹, en el cual se asiste a una erosión gradual de dogmas otrora intangibles, la concepción tradicional del patronímico comienza a tambalearse inexorablemente. El apellido intercepta una serie de derechos constitucionalmente protegidos que van desde el principio de la no discriminación entre los cónyuges previsto por los artículos 3 y 29 de la Constitución, hasta el derecho a la identidad personal del hijo, que con arreglo al artículo 2 de la Constitución, encuentra su natural punto de llegada justamente en el nombre/apellido de este último³², constituyendo la manifestación externa de la

²⁸ En este punto ver M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, en *Fam. dir.*, 3/2013, 243 ss.

²⁹ A este propósito, cfr. V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» en Europa, en *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss., 10.

³⁰ Para una mayor profundización puede consultarse M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, en *Fam. dir.*, 10/2016, 911 ss.

³¹ Sobre la desestatalización del derecho, véase N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milán, 2017, 27.

³² A este propósito cfr. V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, cit., 36, en el cual se evidencia que «El derecho a conocer y mantener sus orígenes se inserta plenamente en el artículo 2 de la Constitución, en la unión del derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad familiar. En este sentido la unión entre el apellido (doble o el elegido por los padres) y el derecho a conocer y a mantener el propio origen se percibe en la articulación entre identidad personal y familiar que en el caso de derecho al nombre se posiciona en la génesis, es decir, en el preciso momento en el cual se forma, con el primer acto de los padres respecto de los hijos. De hecho, en relación con el derecho al nombre no surge un problema de derecho a la identidad “biológica”, en sentido estricto, o a conocer a sus propios padres, sino más bien el reenvío al derecho al propio origen - en el momento en el cual se va formando la

pertenencia a una determinada familia, compuesta por las dos ramas parentales de sus respectivos progenitores³³.

En efecto, la atribución del patronímico independientemente del hecho de que sea una costumbre³⁴ o una norma implícita del sistema³⁵ constituye una regla “*radicata nel costume sociale*”³⁶ pero, en todo caso, susceptible de derogarse en función de las cambiantes exigencias sociales³⁷.

Parte de la jurisprudencia ha estimado necesario desarticular la aplicación de tal automatismo, considerándolo *contra legem*³⁸, imponiendo la corrección del apellido del hijo con la inclusión también del apellido materno, agregándolo al paterno³⁹.

La misma Corte de Casación se interrogó si “[...] *alla luce della mutata situazione della giurisprudenza costituzionale e del probabile mutamento delle norme comunitarie, possa*

identità del menor - debe entenderse como un derecho a una correcta “construcción del yo” y a una no distorsionada formación del sí mismo que tiene “en la conciencia de su historia personal un elemento fundamental”. El doble apellido o cualquiera que sea la elección de los padres sobre el apellido, además de reforzar la unidad familiar, constituye una marca tangible de la propia doble ascendencia, de la historia familiar, y, en aquellos casos en el cual el apellido materno esté destinado a extinguirse, permite conservar rasgos de los orígenes culturales, religiosos o étnicos de la familia materna. Desde esta perspectiva se puede considerar que el derecho a conocer y mantener los propios orígenes elaborado para tutelar las condiciones de quien está en búsqueda de su propia historia e identidad biológica, podría enriquecerse de un aspecto posterior, aquel del derecho a la formación de una identidad que respete los orígenes de sus dos ramas parentales» (trad. del autor). Para una mayor profundización sobre argumento, véase M. MORETTI, *Il cognome del figlio*, en *Tratt. dir. fam.*, dirigido por G. Bonilini, IV, Milanofiori Assago (MI), 2016, 4078 ss.

³³ Una mayor profundización puede encontrarse en F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità personale. Un'opinione «controluce»*, en *N.G.C.C.*, III, 2014, 139 ss.

³⁴ La tesis del carácter consuetudinario se subraya *ex multis* por Tribunal de Milán, Apelación de 4 de junio de 2002, con nota di A. FIGONE, *Sull'attribuzione del cognome del figlio legittimo*, en *Fam. dir.*, 2/2003, 173 ss.

³⁵ Sobre el argumento ver G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, en *Eur. dir. priv.*, 3, 2010, 649 ss.

³⁶ En este sentido ver Corte Constitucional, 19 de mayo de 1988, n. 586, en *Dir. fam.*, 1988, 1206, 1576.

³⁷ También los jueces administrativos - ya desde hace tiempo - han manifestado una cierta apertura frente a este argumento, cfr. *ex multis* Consejo de Estado, Sección IV, 26 de abril de 2006, n. 2320, en *Foro amm.*, 2006, 4, 1167 y Consejo de Estado, Sección IV, 14 de septiembre de 2005, n. 4766, en *Foro amm.*, 2005, 9, 2530.

³⁸ Ver Tribunal de Lucca, 1 de octubre de 1984, en *Rass. dir. civ.* 1985, 550. Cfr. también Trib. Lamezia Terme, Auto de 25 de enero 2010, en *Fam. dir.*, 11/2010.

³⁹ Es necesario notar que, en ausencia de una clara normativa en la materia, la tendencia predominante en la jurisprudencia es la de propender por la atribución automática al hijo del apellido paterno. En este sentido, *ex plurimis*, ver Corte de Casación, Sala de lo Civil, Sección I, 14 de julio de 2006, n. 16093, en *Giust. civ.*, 2007, 1, I, 149.

essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero, se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa"⁴⁰.

Pero al día de hoy nada se ha hecho a este propósito, no obstante las repetidas intervenciones de la Corte Constitucional⁴¹, la cual se ha limitado a evidenciar la naturaleza "política e técnica legislativa" de la cuestión y como tal, de competencia del Parlamento⁴², y las indicaciones del Consejo de Estado, que sugería la introducción de un criterio distinto, más respetuoso de la autonomía de los cónyuges⁴³.

Evidentemente, la problemática que nos interesa, ha captado la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, sin que esto haya traído consigo una reflexiva reforma de la disciplina vigente en materia de apellido.

Intentando hacer un balance de la evolución jurisprudencial - tanto interna como europea - ciertamente variada y rica de distintas perspectivas, podría tranquilamente deducirse la clara superación de la tradicional lógica patriarcal⁴⁴.

Tal lectura interpretativa vendría, en efecto, justificada de la innegable *vis expansiva* del principio de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer a tenor de los artículos 3-29 de la Constitución [y de la evidente incertidumbre - sobre todo en consideración de dichos pronunciamientos - sobre la efectiva conformidad de la "cognomizzazione patrilineare"⁴⁵ (asignación del apellido por la línea paterna) a los

⁴⁰ "[...] a la luz del cambio en la jurisprudencia constitucional y la probable mutación de las normas comunitarias, se pueda adoptar una interpretación sistemática constitucionalmente orientada de la norma, o bien, en cambio, si dicha solución puede considerarse exorbitante de los límites a la actividad interpretativa [...]" (trad. del autor). Véase Corte de Casación, Sala de lo Civil, Sección I, 22 de septiembre de 2008, n. 23934, en *Il civilista*, 2010, 9, 106.

⁴¹ A decir verdad, en el pasado la Corte Constitucional siempre ha considerado la cuestión como "manifestamente inammissibile", sobre el argumento ver Corte Constitucional, 5 de marzo de 1987, n. 76, en *Giur. cost.*, 1987, I, 620; en sentido análogo puede verse también Corte Constitucional, 27 de abril de 2007, n. 145, en *Giust. civ.*, 2007, 6, I, 1306.

⁴² Ver Corte Constitucional, 11 de febrero de 1988, n. 176, en *Rass. dir. civ.* 1991, 190.

⁴³ Ver Consejo de Estado, Sección IV, 25/01/1999, n. 63, en *Dir. fam.*, 1999, 616.

⁴⁴ Una mayor profundización sobre el argumento puede verse en L. TRUCCO, *Ancora un "via libera" della Corte di Lussemburgo alla "circolazione" dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello "statuto europeo del nome")*, en www.giurcost.org, Studi, 10 de diciembre de 2008, 1 ss.

⁴⁵ Ver Tribunal de Menores de Milán, Resolución de 10 de enero de 2011, con nota di R. VILLANI, *L'attribuzione del doppio cognome ai figli (naturali, nel caso di specie, ma, in realtà, anche*

dictámenes constitucionales y supranacionales] al igual que a la entrada en vigor de la Ley n. 54 de 2006, la Ley n. 219 de 2010 y del Decreto Legislativo n. 154 de 2013.

Los artículos 315 *bis* 317 *bis*, 337 *ter* código civil, en efecto, consagran sin lugar a dudas el derecho de los hijos a mantener relaciones significativas con los ascendentes y con los familiares de ambos ramos parentales y el consiguiente derecho recíproco de los abuelos a establecer relaciones con sus nietos.

Tras la Reforma de la filiación, por tanto, se reconoce una estrecha conexión entre los hijos y los dos ramos parentales. Y por este motivo, el apellido, que desde siempre ha constituido un elemento significativo a nivel social, incrementa su valor axiológico en la determinación de la identidad del individuo, convirtiéndose en un instrumento que hace pública la pertinencia a dos distintas estirpes, portadoras de valores, tradiciones y rasgos distintivos que dan testimonio de una posición de hecho y de una reputación social que se transmite de generación en generación.

La identidad se traduce, entonces, en una manifestación formal extrínseca de los vínculos afectivos y de sangre con los padres y con los parientes⁴⁶ que exige un pleno reconocimiento y una puntual reglamentación.

En un cuadro histórico semejante, la identidad personal de cada uno de los componentes y su pertenencia a la colectividad familiar debería garantizarse a través de la atribución a los hijos de un apellido que contenga elementos identificativos de ambas líneas parentales, poniendo así en evidencia aquella condición común de progenitores del padre y de la madre, que constituye el punto de encuentro de las diversas relaciones afectivas en la cual se desarrolla la personalidad del menor⁴⁷.

En conclusión, tal como se ha especificado, la atribución del apellido satisface dos valores constitucionales garantizados: por un lado, la igualdad entre los cónyuges

legittimi), quale strumento per salvaguardare la relazione tra i nati ed i rami familiari di ciascun genitore?, en *N.G.C.C.*, I, 676 ss.

⁴⁶ Véase A. VESTO, *Cognome del figlio naturale: declino del patronimico e ascesa dell'identità personale del minore*, en *Fam. dir.*, 3/2010, 237 ss.

⁴⁷ Véase G. FERANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, en *Fam. dir.*, 10/2015, 952 ss.

con la finalidad de poder individualizar de forma paritaria la prole con su propio apellido; por el otro, el interés especular de los hijos de conocer sus propios orígenes y de ser identificados como pertenecientes a las dos líneas parentales⁴⁸, como instrumento de identificación y proyección de la propia personalidad social de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Constitución⁴⁹.

En esta óptica, el derecho al nombre/apellido se convierte en patrimonio irrenunciable de la persona humana y símbolo distintivo de su personalidad⁵⁰.

A la luz de las ya mencionadas observaciones, resulta obligatorio realizar una interpretación sistemática de las normas inspirada al modelo constitucional⁵¹ incluso forzando el sistema mismo, allí donde este último resultara desactualizado y el legislador se hubiera quedado inerte frente a la evolución de aquellos intereses dignos de protección.

A este propósito, por tanto, sería oportuno comprender cuál puede ser la solución más congruente con las cambiantes exigencias sociales⁵².

Una interpretación convencionalmente orientada propendería por una norma que reenvíe al simple acuerdo entre los progenitores⁵³.

⁴⁸ Para tener una panorámica general en materia de apellido, cfr. L. MORMILE, *Trasmissione del cognome paterno: la "tradizione" al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario*, en *Eur. dir. priv.*, 3, 2005, 829 ss.

⁴⁹ Ver Corte Constitucional, 23 de julio de 1996, n. 297, en *Fam. dir.*, 1996, 412.

⁵⁰ A este propósito ver Corte Constitucional, 3 de febrero de 1994, n. 13, en *Rass. avv. Stato*, 1994, I, 24.

⁵¹ En este sentido ver C. FIORAVANTI, *La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno*, en *Studium iuris*, 6/2017, 678.

⁵² Sobre la falta de adecuación del sistema italiano en materia de atribución del apellido, pueden consultarse las observaciones de V. CARBONE, *Conflitto sul cognome del minore che vive con la madre tra il patronimico e il doppio cognome*, en *Fam. dir.*, 2/2012, 134 ss.

⁵³ Sobre el argumento, v. A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, en *www.juscivile.it*, 5/2018, 736 ss., 756, quien precisa que «[...] con la [...] sent. n. 286 del 2016, con la cual [...] se permitió, en nombre de la evolución de la "conciencia social", la transmisión también del apellido materno a los hijos. Tal decisión ha restablecido las condiciones de igualdad entre los cónyuges y, sobre todo, ha salvaguardado la identidad personal de la prole. El problema surge, sin embargo, en aquellas situaciones en las cuales falta el acuerdo entre los cónyuges, pues en este caso, sería aplicable el régimen que privilegia el apellido del padre, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos en los cuales la transmisión en cuestión no sacrifica inicialmente a ninguno de los dos cónyuges pese a que después con el pasar de las generaciones el segundo apellido se pierda. Perduran, por tanto, como se puede observar, las oscilaciones entre viejo y nuevo, en un marco

A este propósito resulta útil recordar una decisión del T.E.D.H.⁵⁴, donde el Tribunal, aunque pone en evidencia la amplia discrecionalidad de que gozan los Estados en materia de atribución del apellido, precisa que, con el fin de que la normativa interna pueda considerarse conforme con la Convención, el apellido no debe ser impuesto, sino fruto de un acuerdo entre los padres⁵⁵.

Prever el acuerdo entre los cónyuges en materia de apellido constituiría sin lugar a dudas una revolución copernicana, pero seguramente dicha solución no resultaría convincente por dos tipos de motivos. Por un lado, en efecto, no sería suficiente para garantizar el respeto del principio de no discriminación entre los cónyuges, ya que, en todo caso, siempre sería elevado el riesgo que “residuos” de un sistema ya superado pudieran resurgir vaciando de contenido los principios recientemente conquistados en la materia. Por otro lado, el pacto entre los padres no tendría en consideración el relevante interés de la prole, que desde siempre se ha considerado como subordinado en relación con el de los progenitores y marginal al interior de las dinámicas familiares en tema de apellido, todo ello claramente en contraposición con el nuevo cuadro normativo.

No puede satisfacer las nuevas exigencias que emergen de la sociedad la solución que sugiere la célebre sentencia del T.E.D.H.⁵⁶ que condenó al Estado Italiano por no haber permitido a una pareja de esposos atribuirle a su propia hija el apellido de la madre⁵⁷. En el caso llevado a conocimiento del T.E.D.H. la madre actúa para imponer su propio apellido a la hija: *“usando l’identità, la madre realizza una*

jurídico que en todo caso ha cambiado mucho en relación con un sistema cultural hasta hace poco considerado anticuado y no susceptible de modificación» (trad. del autor).

⁵⁴ Ver T.E.D.H., 6 de mayo de 2008, *Alexandra Von Rehlingen c. Alemania*, en www.echr.coe.int

⁵⁵ Para una mayor profundización sobre este punto, cfr. C. FIORAVANTI, *Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le Corti*, en *N.L.C.C.*, 3/2017, 626 ss., 645.

⁵⁶ Ver TEDH, 7 de enero de 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, en www.echr.coe.int Para una mayor profundización sobre el argumento cfr. M. CALOGERO – L. PANELLA, *L’attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo: l’Affaire Cusan e Fazzo c. Italia*, en *Ord. internaz. dir. umani*, 2014, 222 ss.

⁵⁷ Sobre este tema véase G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, en *Giur. cost.*, 1/2014, 738 ss. y M.G. IVONE, *La problematica del cognome materno tra luci ed ombre*, en www.comparazioneDirittocivile.it, abril, 2014, 1 ss., 5.

proiezione quasi dominicale di sé sulle generazioni future"⁵⁸ en detrimento de la menor que resulta destinataria pasiva de la elección hecha por otros.

Una solución que reenvía al "simple" acuerdo entre los cónyuges, incluso con la eventual atribución del apellido materno, no podría, por tanto, resolver la cuestión, ya que el riesgo sería aquel de pasar del patronímico impuesto *ex lege*, al patronímico de la madre/padre impuesto *ex contractu* sin tutelar mínimamente al menor, cuyos intereses resultan seguramente un valor superior en la familia moderna a la luz de la Reforma en materia de filiación.

Es necesario, pues, ir más allá, y resulta por tanto indispensable encontrar una solución alternativa que pueda conjugar el principio de paridad entre cónyuges/padres con el igualmente importante interés de los hijos a la propia identidad personal⁵⁹, de forma que estos últimos puedan tener un apellido idóneo para representar de forma precisa los vínculos de parentesco con ambas ramas genealógicas⁶⁰.

Si bien, en efecto, el principio de no discriminación está comprendido entre los principios fundamentales del ordenamiento, ello no obsta para que éste, en materia familiar, resulte supeditado al preponderante interés de los hijos, que constituyen el fundamento en el cual se basa la familia moderna⁶¹.

Incluso en ausencia de una expresa revisión orgánica del instituto en cuestión, no puede negarse que la atribución del patronímico constituya hoy una regla de carácter meramente residual⁶², que encuentra aplicación en el acuerdo tácito entre los cónyuges, en cuyo defecto, serán otras las soluciones que deberán tomarse, incluso la aquella judicial.

⁵⁸ "usando la identidad, la madre realiza una proyección casi señorial de sí misma sobre las generaciones futuras" (trad. del autor). En este sentido ver F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, en *N.G.C.C.*, 1/2016, 159.

⁵⁹ En materia de identidad personal cfr. R. TOMMASINI, *Identità personale tra immagine e onore: autonomia del valore ed utilità dello schema legale*, en *Rass. dir. civ.*, 1985, 97 ss.

⁶⁰ En sentido análogo E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, en *Fam. dir.*, 3/2017, 218 ss., 222.

⁶¹ Para una mayor profundización ver E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, en *Fam. dir.*, 10/2016, 966 ss.

⁶² En este sentido ver C. FIORAVANTI, *Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le Corti*, *cit.*, 641.

La paridad entre hombre y mujer debe ser un objetivo cuyo alcance resulta fundamental, pero en el caso en cuestión, dicho principio resulta dotado de una fuerza axiológica reducida respecto a aquel prevalente del menor a su identidad personal.

Partiendo, por tanto, desde una perspectiva orientada axiológicamente, es necesario evaluar el caso concreto para hallar una solución interpretativa que pueda conjugar los dos intereses en juego, teniendo en cuenta la potencial antinomia que puede desencadenarse entre estos dos valores, igualmente merecedores de protección.

De ahí que no se pueda dudar, que, en una óptica de legalidad constitucional, deberán necesariamente encontrar una protección inmediata en nuestro sistema jurídico estos valores que responden a exigencias constitucionalmente garantizadas⁶³, procediendo a una interpretación de las fuentes con una visión dinámica⁶⁴, siguiendo el parámetro de la racionalidad⁶⁵.

Considerando cuanto aquí expuesto, podrá encontrar lugar en nuestro ordenamiento también un interés que no esté expresamente reconocido, siempre que su base sea un valor superior, como aquel de la tutela del interés preeminente de la prole, el cual constituye hoy un valor que da su impronta a todo el microcosmos familiar⁶⁶.

⁶³ Véase P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Nápoles, 2006, 535 ss., quien subraya (540) que “La normativa constitucional se eleva a fundamento de la normativa ordinaria que con la primera se debe armonizar coherente y razonablemente, «según criterios o principios de adecuación y proporcionalidad que requieren un profundo conocimiento de las peculiaridades del caso concreto»” (trad. del autor).

⁶⁴ Para una mayor profundización sobre este punto cfr. A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, en *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 18-19-20 de abril de 2006, I, Nápoles, 2007, 233 ss.

⁶⁵ Imprescindibles en materia de racionalidad son las observaciones de G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Nápoles, 2015. Véase A. RUGGERI, *Il “diritto ragionevole” e la teoria della Costituzione*, en AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, atti del Convegno, Palermo 11 de febrero de 2002, coordinador S. Pajno y G. Verde, Turín, 2004, 339 ss.

⁶⁶ La expresión “best interest of the child” significa - podríamos decir casi explícitamente - exclusión de cualquier posibilidad de balancear el interés del menor con otros intereses. En este sentido, cfr. C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio* (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016), en *www.osservatorioaic.it*, 2/2017, 31 de mayo de 2017, 1 ss., 11,

Es necesario, por tanto, interrogarnos si, en materia de apellido, es posible extrapolar del ordenamiento vigente “una diversa norma implícita” (respecto a aquella del patronímico) que pueda sintetizar (y satisfacer) los valores en cuestión.

3. Conclusiones

Por lo anteriormente expuesto, resulta indispensable realizar un justo equilibrio entre los intereses en juego⁶⁷.

Como dicho precedentemente, ciertamente, no es suficiente permitir a los padres que decidan de mutuo acuerdo el apellido que han de asignar al hijo.

Tal solución, en efecto, si, por un lado, permite superar cualquier perfil discriminatorio entre los cónyuges; por otro, resulta inadecuado en relación con el derecho a la identidad personal del hijo⁶⁸.

En la hipótesis en la cual los padres concordasen en la elección del apellido materno, desde la perspectiva del menor, evidentemente no cambiaría nada: la prole, de hecho, estaría igualmente privada de la “completitud” del apellido, desde óptica en la que debiera manifestarse su pertenencia a dos distintas estirpes.

Pues bien, a fin de compaginar las situaciones jurídicas en juego, podría propenderse por el llamado “doble apellido a la española”.

El artículo 109 del código civil español, modificado por el artículo 1 de Ley n. 40 de 5 de noviembre de 1999, disciplina el apellido de los hijos en el ordenamiento español, previendo *ex lege* la atribución del doble apellido⁶⁹.

quien observa que «[...] *la individualización del apellido del menor persigue el exclusivo interés del mismo y busca evitar un daño a su personalidad social y a la posibilidad de poder conservar el apellido originario si este se ha convertido en un signo autónomo y distintivo de su identidad personal. En relación con el parámetro del interés superior del menor, se subraya que, en relación con él, cualquier otro derecho o posición jurídica subjetiva relevante debe sucumbir*» (trad. del autor).

⁶⁷ Sobre el argumento, v. M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, en *www.juscivile.it*, 1/2013, 34 ss.

⁶⁸ Para una mayor profundización en tema de identidad personal ver G. PINO, *L'identità personale*, en AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Torino, 2005, 367 ss.

⁶⁹ Artículo 109 Código Civil.

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 ejerce esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.

Como regla general, al recién nacido debería asignársele el primer apellido de ambos padres, en el orden decidido de mutuo acuerdo entre ellos. En caso de desacuerdo, el menor recibirá el primer apellido del padre junto al primer apellido de la madre. Cuando llegue a la mayoría de edad, el hijo podrá interponer una instancia para invertir el orden de los apellidos.

Una “Reforma a la Española” lograría tutelar efectiva y concretamente la unidad familiar, entendida como un “*unicum*” inescindible, que nace de la fusión del patrimonio genético, espiritual, de tradiciones y de experiencias de ambos lados del árbol genealógico del individuo⁷⁰.

La regla del doble apellido resultaría coherente con la nueva concepción pluralista de la familia, y respondería a una nueva lectura constitucional de la misma⁷¹.

Tal solución se presenta como la más respetuosa de la personalidad humana que constituye el valor fundamental de nuestro ordenamiento⁷², tanto bajo el aspecto de la igualdad de tratamiento del artículo 3 de la Constitución, así como del respeto del derecho a la identidad personal entendido como derecho de la personalidad y como tal inviolable *ex art. 2* de la Constitución⁷³.

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.

Para mayor información sobre el argumento ver M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Régimen Jurídico de los apellidos en Derecho español y su incidencia sobre el principio de no discriminación por razón de sexo*, en *Rev. Gen. Der.*, 1998, n. 646-647, 8855 ss.

⁷⁰ Concuerda sobre este punto E. PAZÈ, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, en *Dir. fam.*, 1, 1998, 324 ss., 357.

⁷¹ Para mayor información sobre el argumento ver F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, en *www.rivistaaic.it*, 4/2014, 21 de noviembre de 2014, 1 ss.

⁷² Sobre este argumento ver P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Nápoles, 1972, 12 ss.

⁷³ De la misma opinión la Corte Constitucional, que recientemente ha afrontado nuevamente el problema - esta vez decisivamente - señalando que es constitucionalmente ilegítima la norma vigente en aquellos casos donde obstaculice la “[...] posibilidad al hijo de ser identificado, desde su nacimiento, también con el apellido de la madre. Tal exclusión lesiona el derecho a la identidad personal del menor y, al mismo tiempo, constituye una irrazonable disparidad de tratamiento entre los cónyuges, que no halla ninguna justificación en la finalidad de salvaguardar la unidad familiar” (trad. del autor). En este sentido Corte Constitucional, 21 de diciembre de 2016, n. 286, en *Giur. Cost.*, 2017, 1, 474. Una posición crítica con la sentencia en cuestión en E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it*, Rassegna 1/2017, 5 de enero de 2017, 1 ss., 4, en la cual se señala que «En la sentencia número 286/2016, en cambio, el hecho de que la Corte no haya examinado, por haber

La familia fundada sobre el matrimonio como institución indisoluble y ordenada sobre la preminencia del hombre ya no agota los modelos familiares, sino que representa solamente uno de ellos, flanqueado por toda una serie de “satélites” familiares igualmente relevantes jurídicamente.

En dicho contexto, solo la intervención del legislador podría restablecer la coherencia y la unidad al desarticulado panorama jurídico en materia de atribuciones del apellido⁷⁴.

De todas formas, aunque tuviera que persistir esta situación de *impasse* legislativo, se podría sugerir, a modo interpretativo, independientemente de una futura reforma sobre la materia, una solución de transición coherente con el actual grado de evolución del sistema⁷⁵.

sido absorbida al acoger el recurso, la censura relativa al artículo 117 párrafo 1 de la Constitución causa sorpresa, siguiendo el hilo de la motivación - la Corte no encuentra mejor opción que distinguir la solicitud que se llevó a las instancias europeas (atribuir el apellido materno en lugar del paterno) de aquella que ha determinado la nueva cuestión de constitucionalidad (atribuir también el apellido materno) - y hace surgir la duda de que aquello que condujo a la Corte a preferir una línea interpretativa diversa haya sido el temor a una reducción del papel que desempeñaba la Corte, y de dar hacia el exterior la apariencia de una simple “estructura periférica” de la condena emanada por el Tribunal de Estrasburgo (y con ello infravalorando quizá la importancia, y la imposibilidad de sustituir, la sentencia que acoge el recurso). A este punto, la mejor opción era evocar un “marco europeo” para la propia decisión, que resultara aquello que el lenguaje común considera: un simple telón de fondo, respecto de un marco en el cual siguen presentes, la Carta republicana, en su implante inicial, y su Corte» (trad. del autor).

⁷⁴ Un profundo análisis de las posibles soluciones desde una perspectiva de *iure condendo* en A. FUSCO, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. *Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, en *www.osservatorioaic.it*, 3/2017, 5 de septiembre de 2017, 1 ss., 7. Cfr. también G. VIGGIANI, *La questione del cognome materno e l'intervento «indifferibile» del legislatore*, en *Pol. dir.*, 3/2017, 467 ss.

⁷⁵ De opinión parcialmente diversa S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, en *www.rivistaaic.it*, 2/2017, 19 de mayo de 2017, 1 ss., 9, quien evidencia particularmente, en relación con la sentencia de la Corte Constitucional n. 286/2016, que «Por un lado, si bien es cierto que el apellido tiene la función de definir la identidad entendida tanto la descendencia como la pertenencia a una estirpe familiar, es precisamente la regla tradicional del patronímico - que nos guste o no - aquella utilizada durante siglos para garantizar una referencia segura a las generaciones precedentes, que el doble apellido, especialmente a partir de las generaciones sucesivas, corre el riesgo de cancelar. Por otro lado, ya se ha visto cómo exista una función pública del apellido y cómo la solución tradicional pueda resultar, también en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una regla práctica que merece aún seguir siendo utilizada para dicha finalidad, al menos en línea general. En suma, aunque la solución de la Corte Constitucional pueda resultar como la más razonable allí donde haya que “empezar desde cero”, el contexto sobre el cual se basaba el razonamiento podría quizá haber producido una decisión con un diverso equilibrio» (trad. del autor).

Frente a la inercia de las fuerzas políticas, resulta indispensable proceder a una interpretación hermenéutica “razonable” de esta ilusoria “norma de sistema” atributiva del apellido⁷⁶.

Es necesario, por tanto, determinar una interpretación axiológica de las desarticuladas normas actualmente vigentes que puedan conducir al equilibrio (y a la satisfacción) de los intereses en cuestión siguiendo el insustituible parámetro de la razonabilidad⁷⁷ que “*va individuato tra le norme, nel sistema e non al di fuori di esso*”⁷⁸.

Además, el jurista, frente a un problema práctico de la vida real que exige una rápida solución, tiene que individualizar la regla jurídica más eficaz para asegurar una solución precisa, aunque esta última no esté respaldada por un texto legislativo cuya referencia sea segura⁷⁹.

A este respecto, no podemos dejar de señalar que nuestro sistema normativo puede cortar el nudo gordiano creado por décadas de inercia del legislador, ya que - al tenor de una lectura conjunta de los artículos 2, 3, 29 y 117 de la Constitución, de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más exactamente, de los artículos 8-14 C.E.D.H., además de los artículos 5-7 del Protocolo Adicional n. 7

⁷⁶ Sobre el argumento, v. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, en *www.rivistaic.it*, , 4/2017, 21 de noviembre de 2017, 1 ss., 10, quien subraya cómo «Cuando se sostiene que el silencio o la inercia del legislador en relación con nuevos derechos o con la asignación de un nuevo valor a los ya existentes legitimarían la innovación judicial *praeter legem* (o incluso *contra legem*) [...], se olvida un hecho banal, es decir, que la discrecionalidad legislativa no solo se ejerce con la manifestación de nuevas opciones normativas, sino también con la tácita conservación en el tiempo de aquellas opciones normativas ya presentes en el ordenamiento. Además aquello que no se decida en el Parlamento, no por ello tiene que decidirse en otras instancias, porque entonces habría que preguntarse si esa negativa a decidir no comporta en sí misma una decisión negativa, que en todo caso va respetada» (trad. del autor).

⁷⁷ Para una mayor profundización ver A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, Ponencia en el Seminario sobre el tema “*La ragionevolezza nel diritto*”, Catanzaro 1 de diciembre de 2000, coordinador M. La Torre y A. Spadaro, Turín, 2002, 97 ss.

⁷⁸ “*hay que encontrarlo entre las normas al interior del sistema y no por fuera de él*” (trad. del autor) En este sentido G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, en *Riv. dir. civ.*, 3/2018, 716 ss., 741.

⁷⁹ Sobre el concepto de sistema de fuentes italo-comunitario véase P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ob. cit., 289 ss.

del C.E.D.H., teniendo en consideración adicionalmente el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 21-23 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁸⁰ - sería sin duda posible aplicar automáticamente la solución del “doble apellido”, la única que realmente responde a las exigencias de los sujetos interesados en el asunto en cuestión en línea con el *excursus* jurisprudencial interno y europeo.

En cuanto al orden de los apellidos que tendrá que indicarse en el registro civil, bastaría un simple acuerdo entre los contrayentes al momento del matrimonio, análogamente a cuanto ocurre con el régimen patrimonial de la nueva familia⁸¹.

No obstante el constante estímulo europeo por una reforma orgánica de la disciplina objeto de estudio, en todo caso, no podría hablarse de “*supplenza della fonte europea rispetto alla funzione legislativa degli organi italiani ad essa preposti*”⁸², ya que se trataría simplemente de la exteriorización de un ordenamiento complejo, - aunque unitario - el llamado “*sistema italo-comunitario delle fonti*”⁸³.

Resultan entonces de gran actualidad, en materia de apellido, donde parecen confluír tradición y modernidad, concepciones progresistas y rígidas configuraciones tradicionales, las observaciones de un gran Maestro del derecho civil italiano quien subrayaba que la hermenéutica jurídica “*ha il compito di recuperare al diritto tutte le norme e specialmente quelle imperfettamente e incompiutamente manifestate dalla prassi sociale e dalla legge, di perfezionare il linguaggio legislativo per renderlo il più possibile aderente alla realtà effettiva dei valori giuridici, di*

⁸⁰ que al tenor de cuanto dispuesto en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, resulta preminente vinculante para las Instituciones europeas y los Estados miembros y al mismo nivel que los Tratados y Protocolos a él anexos.

⁸¹Manifiesta su acuerdo sobre este punto E. PAZÈ, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno, cit.*, 360.

⁸² “suplencia de las fuentes europeas respecto de la función legislativa de los órganos italianos destinados a ella” (trad. del autor). A este propósito, ver. G. AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, en *www.comparazioneDirittocivile.it*, junio de 2010, 1 ss., 24.

⁸³ En tal sentido P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ob. cit., 270-271.

ordinare razionalmente e ricostruire sistematicamente il materiale normativo, qualunque sia la fonte che lo evidenzia"⁸⁴.

En todo caso, con el fin de garantizar que dicha "nueva" norma fruto de la interpretación sistemática pueda encontrarse en línea con la evolución de nuestro ordenamiento en materia de familia, resulta necesario prever un elemento correctivo en el interés del *best interest of the child* por el cual al "menor que haya cumplido doce años y aquellos de edad inferior pero capaces de discernir" destinatarios pasivos de la decisión de los padres, se les garantice el derecho a ser escuchados en lo que al apellido se refiera, en los límites de lo previsto por el artículo 336 *bis* c.c.⁸⁵. Tal reconstrucción presenta la ventaja de garantizar de forma plena y efectiva la identidad personal del niño⁸⁶, entendida como desarrollo del derecho fundamental a la personalidad⁸⁷ conciliando tal interés con la tutela genial de la igualdad de tratamiento entre los padres.

El orden de los apellidos podrá, por tanto, decidirse de común acuerdo entre los padres, pero dicha decisión habrá de concordarse (y no imponerse desde una instancia superior) solamente después de haber escuchado al hijo, sujeto que será el concreto portador del apellido, todo ello en línea con la renovada lógica del nuevo sistema familiar.

⁸⁴ "tiene el deber de integrar en el sistema jurídico todas las normas, especialmente aquellas imperfecta e incompletamente manifestadas por la praxis social y por la ley, de perfeccionar el lenguaje legislativo para hacerlo en la mayor medida posible ajustado a la realidad efectiva de los valores jurídicos, de ordenar racionalmente y reconstruir sistematicamente el material normativo, cualquiera que sea la fuente que lo evidencie" (trad. del autor), en A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milán, 484.

⁸⁵ Para una mayor profundización sobre el tema del derecho del menor a ser escuchado permítaseme remitir a C. LAZZARO, *Art. 336 bis c.c.*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por E. Gabrielli, ob. cit., 941 ss.

⁸⁶ Sobre el argumento permítaseme citar las brillantes observaciones de A. FALZEA, *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità*, conferencia en el Seminario impulsado por el Centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei sobre "La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale", Messina, 16 de abril de 1982, en *Atti*, Milán, 1985, 87 ss., actualmente en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 123 ss., 128, el cual señala que "[...] si el derecho a la identidad de la persona es un derecho de la personalidad no puede negarse, a nadie, y no solo a quien tiene una personalidad socialmente insignificante y ni siquiera a quien tiene una personalidad socialmente reprobada: la ley protege la integridad física incluso a quien hace uso de sí para cometer ilícitos".

⁸⁷ Para un cuadro general en la materia, ver F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III ed., I, Padua, 2015, 171 ss.