

## Recurso Extraordinario Derechos Del Nino Nacionalidad Derecho A La Identidad Medida Autosatisfactiva

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, once de julio de 2019.- Vistos los

autos: "Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva", para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1°) Que la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó, por distintos argumentos, la decisión de primera instancia que había rechazado la medida autosatisfactiva deducida por el señor L. N., en representación de su hijo menor de edad M. E. N. K. nacido en Polonia y fruto de su unión con Z. K., de nacionalidad polaca, a fin de obtener la nacionalización argentina por opción del niño con sustento en que este se encontraba indocumentado y en una situación de apatridia. Contra dicho pronunciamiento el padre y la Defensora Pública Oficial de Menores dedujeron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a las quejas FRO 2365/2014/2/RH1 y FRO 2365/2014/1/RH1, respectivamente, cuyo tratamiento corresponde efectuar de manera conjunta (fs. 75/81, 82/89, 90/102 y 104 del expte. 2365/2014). 2°) Que atento a que se encontraban en juego los intereses del niño se solicitaron las actuaciones principales y se dio vista a la señora Defensora General, quien dictaminó a fs. 111/115 de la queja FRO 2365/2014/1/RH1. 3°) Que los antecedentes del caso, la procedencia del remedio intentado y los agravios de los recurrentes vinculados con la idoneidad de la vía procesal, la interpretación de la normativa específica que rige el caso y la valoración de los elementos probatorios obrantes en la causa, así como la falta de intervención del Ministerio Público Fiscal, encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal. 4°) Que sin perjuicio de ello, y habida cuenta de la entidad de los derechos comprometidos, a las consideraciones formuladas en el citado dictamen resulta conveniente puntualizar que una consecuencia natural de la existencia física de un ser humano es el derecho a tener una nacionalidad, entendida como un vínculo de pertenencia entre una persona y un Estado, del que surgen derechos y obligaciones recíprocas. La nacionalidad expresa, sin perjuicio de otras ponderaciones de carácter histórico, espiritual, afectivo o cultural, la relación jurídica de una persona con "un" Estado ante quien hacer valer sus derechos. En efecto, se trata de un derecho humano fundamental y personalísimo del individuo que ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales que, a partir de la reforma de 1994, gozan de jerarquía constitucional (art. 75, incisos 12 y 22; conf. arts. 7.1 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). 5°) Que por otra parte, la nacionalidad constituye un aspecto del derecho a la identidad del individuo, entendido este como un bien esencial y fundamental de la persona que destaca ciertos atributos que permiten el reconocimiento más complejo y completo de un sujeto y posibilitan diferenciarlo de los demás. La existencia de este derecho como la necesidad de protección ante un eventual supuesto que importe, de cualquier forma, su vulneración, han sido recogidas en distintos instrumentos internacionales y, en lo que al caso interesa, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha convención expresamente dispone que "Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (conf. art. 8.1 y 2 de la citada convención). 6°) Que con particular referencia a las circunstancias de autos, corresponde puntualizar que el derecho de opción a ser argentino es un derecho público subjetivo a la nacionalidad que en la actualidad encuentra expresa recepción constitucional en el citado art. 75, inciso 12, de la Ley Fundamental que, en lo pertinente, dispone entre las facultades que reconoce al Congreso dictar "...especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina...". La incorporación de dicha facultad y su reconocimiento constitucional denota la importancia y la trascendencia que el atributo de la nacionalidad configura para una persona y que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar no solo su reconocimiento y efectivo goce, sino también su protección. 7°) Que más allá de la solución que finalmente corresponda adoptar en el caso, cabe destacar el criterio sentado en Fallos: 330:1436 según el cual "la obtención de una nacionalidad determinada distinta a la de origen es perfectamente admisible y es así que una persona puede optar por la nacionalidad argentina o naturalizarse argentino sin perder la de origen o, a la inversa, un argentino nativo, por opción o naturalizado, puede adquirir una nacionalidad extranjera sin poder, siquiera, renunciar a la argentina".

Dicha conclusión guarda correspondencia con la tendencia mayoritaria seguida, en la actualidad, por la comunidad internacional que no admite la pérdida de la nacionalidad nativa por la adopción de una nueva, sin que en el presente haya sido invocada, ni menos aun acreditada, una situación diferente que pueda, eventualmente, obstar a la procedencia de la petición. La única constancia obrante

en la causa que da cuenta de la negativa de la madre a dar su consentimiento para que su hijo adquiriera la ciudadanía argentina solo se sustenta en la relación que tendría con el padre del niño (confr. fs. 30 del expte. principal). 8°) Que en tales condiciones y como ha sido destacado en el dictamen del señor Procurador Fiscal, los argumentos invocados por la cámara para rechazar la pretensión importan una apreciación rigurosa del asunto y de la normativa que rige el caso, además de una sujeción a aspectos formales que no se condice con la entidad del derecho en juego ni con la conducta que deben adoptar los jueces llamados a entender en supuestos en que se encuentran involucrados los intereses de menores de edad, atinente a encauzar los trámites por vías expeditas y a evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con amparo constitucional (conf. arg. Fallos: 327:2413 y 5210, entre otros). 9°) Que en ese lineamiento, resulta pertinente recordar que esta Corte ha señalado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, único modo de garantizar un adecuado servicio de justicia y la realización de la garantía a una tutela jurisdiccional efectiva (conf. arg. Fallos: 334:1691; art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 8o de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Por ello, se declaran admisibles las quejas, procedentes los recursos extraordinarios y, con el alcance indicado, se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (En disidencia) JUAN CARLOS MAQUEDA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (Por su voto) RICARDO LUIS LORENZETTI (En disidencia) HORACIO ROSATTI VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Considerando: Que los agravios de los recurrentes encuentran respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad. Por ello, se declaran admisibles las quejas, procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Considerando: 1°) Que en marzo de 2014 el actor inició una "medida autosatisfactiva inaudita parte" ante el Juzgado Federal de Rosario para obtener la nacionalización argentina de su hijo menor de edad M. E. N. K. Fundó su pretensión en la ley 346, en el art. 2 del decreto 3213/84 (t.o. decreto 1601/04), en el art. 264 quater Código Civil y en el art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fs. 31/34 de los autos principales a los que se hará remisión en lo sucesivo). El actor invocó como circunstancias tácticas que sustentaban su reclamo: a) que el señor N., L. contrajo matrimonio en Polonia con S.K., ciudadana de ese país, y donde nació su hijo el 4 de diciembre de 2009 que tiene nacionalidad polaca; b) que en 2012 se homologó ante el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario n° 7 un. acuerdo de régimen de visitas internacional compartido (en el que se convino la restitución internacional voluntaria del menor de edad junto a su madre a su residencia habitual en Polonia, que el padre tramitarla en ese país la tenencia de su hijo y que se realizarían ciertos viajes del niño durante 2012, como surge de la copia acompañada a fs. 4/6); c) que la madre no habría cumplido con el acuerdo -alegando un estado excluyente de libertad-, lo cual motivó la ejecución según la Convención de La Haya; d) que ambos padres ejercen la patria potestad mientras tramita en jurisdicción polaca el proceso de divorcio que ha sido dilatado por la madre; e) que el menor de edad se encontrarla "indocumentado" pues su pasaporte polaco venció en 2012 y que la autoridad polaca le habría negado su renovación, circunstancia que colocarla a su hijo en una situación vulnerable e impedirle cumplir con el acuerdo homologado y su retorno a la Argentina y; f) que el 26 de febrero de 2013 realizó una presentación ante el Consulado General de nuestro país en Varsovia solicitando la anotación de su hijo en el "Libro de Personas" y ejerciendo la opción de nacionalidad argentina y que el Jefe de la Sección Consular negó el pedido con fundamento en que resulta necesario el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, y que ante un recurso de revisión se informó que la madre negó su consentimiento. Sobre esa base el actor solicitó al juez que dispusiera la anotación de su hijo en el mencionado "Libro de Personas" (fs. 33 vta.); para el caso de que el a quo entendiera que la opción de nacionalidad requiere el consentimiento de ambos padres, requirió que supliera la voluntad de la madre (fs. 33). 2°) Que el magistrado rechazó in límine la medida autosatisfactiva peticionada con fundamento en la ley 26.854, decisión que fue confirmada por la Cámara Federal de Rosario (fs. 55/55 vta. y 75/81, respectivamente). En lo sustancial, el tribunal a quo, a diferencia del juez de primera instancia, consideró que por pertenecer el menor de edad a un grupo vulnerable, operaba la excepción que prevé la ley 26.854 -que regula las cautelares en las causas en las que el Estado Nacional es parte- pues se invocaban los derechos del niño a adquirir una nacionalidad, a preservar su identidad y a tener acceso a una acción expedita y eficaz para su reconocimiento (ley 26.061 y Convención sobre los Derechos del Niño -en lo sucesivo CDN-). Sin perjuicio de ello, entendió que

no estaba acreditado el grado de certidumbre necesario para admitir la "medida autosatisfactiva". Añadió que el menor de edad tiene nacionalidad polaca y que no se probó su condición de "indocumentado" o de "apátrida", ni una negativa a renovar el pasaporte o que no pudiera viajar a la Argentina (señaló que la señora Defensora Oficial admitió la posibilidad de tramitar un permiso especial ante las autoridades argentinas), ni tampoco quién ejerce la patria potestad. Destacó que la madre se opone a la nacionalización argentina de su hijo. Por último, la Cámara señaló que lo resuelto no importaba desconocer el derecho del niño a obtener la nacionalidad de su padre, y que siendo una cuestión de derecho internacional privado podía plantearse en un proceso con mayor debate y prueba "a la luz del interés superior del niño y con la intervención de ambos padres, lo que resulte mejor a su derecho". - 3°) Que contra ese pronunciamiento interpusieron recurso extraordinario el actor y la señora Defensora Pública Oficial de Menores (fs. 82/89 vta. y 90/102 vta.), cuya denegatoria motivó que ambos presentaran recursos de queja ante este Tribunal. Tanto la señora Defensora General de la Nación como el señor Procurador Fiscal ante este Tribunal se expidieron en el sentido de que la cámara incurrió en un excesivo rigor formal sin atender al mejor interés del niño negándole el derecho de acceder a la nacionalidad argentina y a preservar su identidad, de acuerdo con las normas legales y constitucionales vigentes (fs. 111/115 vta. y 119/124 vta. de la causa FRO 2365/2014/1/RH1). 4°) Que las decisiones que deniegan medidas cautelares -carácter que cabe asignarle a la "medida autosatisfactiva inaudita parte" a los efectos de decidir acerca de la admisibilidad formal del remedio federal deducido (Fallos: 330:5251)- no revisten el carácter de sentencias definitivas en los términos exigidos en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros), aunque dicho principio no es absoluto y permite excepciones -que no se dan en este caso- cuando aquellas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 323:337). 5°) Que sin perjuicio de que dicho criterio conducirla a desestimar sin más las presentaciones directas deducidas por no cumplir con uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de queja, a los efectos de dar efectivo cumplimiento a la garantía de la defensa en juicio y con el objeto de encauzar un conflicto parental que involucra la garantía y derecho de un niño, este Tribunal considera señalar algunas consideraciones que hacen al reclamo por el progenitor ante los jueces argentinos. 6°) Que el actor pretende, por la vía tutelar urgente intentada, que por aplicación del derecho interno argentino -art. 264 quater del Código Civil; actual art. 645 del Código Civil y Comercial de la Nación- un juez supla el consentimiento de la madre del niño que se opone al otorgamiento de la nacionalidad argentina por opción, cuestión que se encuentra vinculada al ejercicio de la responsabilidad parental. 7°) Que asiste razón al tribunal de alzada en cuanto afirma que en el caso se trata de una cuestión de derecho internacional privado. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto explícitamente por el art. 2639 del Código Civil y Comercial de la Nación y en virtud de que se trata de un niño de nacionalidad polaca que se encuentra residiendo en Polonia, dicha incidencia debe ser decidida por el magistrado del lugar donde el menor de edad tiene su residencia habitual, esto es, por un juez polaco. En ese sentido, la citada norma es clara respecto a que los derechos y deberes del vínculo entre el niño y sus progenitores deben regirse por el derecho correspondiente al Estado de la residencia habitual del menor de edad al tiempo del conflicto. 8°) Que, por otra parte, en autos no se demostró que exista una situación que permita apartarse de la regla establecida por el referido art. 2639 o que conduzca a aplicar el art. 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación, de modo que un juez argentino se encuentra habilitado para intervenir y resolver en el asunto. En efecto, el propio recurrente manifestó que se promovieron acciones judiciales en Polonia por el ejercicio de la patria potestad (fs. 87 vta. y 88) y no se acreditó una denegación de justicia en dicho país que justifique la competencia de excepción contemplada en la norma. Asimismo, la madre del menor de edad no ha sido citada en este juicio ni se ha oído la opinión del niño, ambos con residencia en Polonia (arts. 2602, última parte, del Código Civil y Comercial de la Nación y 12 de la CDN). 9°) Que tampoco surgen de las constancias acompañadas razones de vulnerabilidad o de urgencia para admitir la "medida autosatisfactiva" con el alcance pretendido, pues: a) el niño tiene una nacionalidad y, por ende, no se está frente a una situación de apatridia -como sugirió el Ministerio Público de la Defensa en las anteriores instancias (fs. 40, 41 vta. y 99)- que corresponda ser tutelada (art. 7 de la CDN); b) no se demostró una situación de privación ilegal de la identidad o de la nacionalidad del menor de edad (art. 8 de la citada convención) ni que exista denegación de justicia en su país, desde que se encuentra bajo la jurisdicción de los tribunales polacos en los conflictos vinculados con la responsabilidad parental y no se invocó decisión alguna que resulte contraria a las normas convencionales que se alegan; c) no se probó la condición de "indocumentado" -solo se acompañó copia de un pasaporte polaco vencido y no se puede inferir que carece de otra documentación- ni una negativa arbitraria de las autoridades polacas para renovar el pasaporte del niño. - 10) Que, en virtud de lo señalado, resultan inadmisibles las quejas toda vez que la decisión recurrida no constituye sentencia definitiva ni resulta equiparable a tal, dado que no es susceptible de generar un gravamen de imposible reparación ulterior para el interés superior del niño, debiendo ser la pretensión deducida por el actor -para que se supla el consentimiento negado por la madre- tramitada por ante los tribunales del lugar donde el menor de edad tiene su residencia habitual (arts. 2602 y 2639 Código Civil y Comercial; arts. 2, 3 y 5 CDN). Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestiman las quejas deducidas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívense. CARLOS

FERNANDO ROSENKRANTZ RICARDO LUIS LORENZETTI Suprema Corte: -I- La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado la medida autosatisfactiva iniciada por el señor N., en representación de su hijo M. E. N. K., a fin de obtener la nacionalización argentina por opción del niño al alegar que este último se encontraba indocumentado y en una situación de apátrida (fs. 55 y 75/81 del expediente principal -expte. FRO 2365/2014/CA1-, al que me referiré en lo sucesivo salvo aclaración en contrario). El tribunal apreció que el sub lite encuadraba dentro de las excepciones previstas por la ley 26.854, que regula las medidas cautelares en las causas en las que el Estado Nacional es parte. La cámara fundó tal excepción sobre la base de que la niñez integraba uno de los grupos en situación de vulnerabilidad amparados por el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, así como por la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante ello, sostuvo que no se hallaba acreditado el grado de certidumbre exigible en el campo de las medidas autosatisfactivas, que suponen la fuerte probabilidad y no la simple verosimilitud de que la pretensión sea jurídicamente atendible. En ese sentido, adujo que las meras afirmaciones del señor N. carecían de idoneidad para probar la condición de indocumentado o apátrida de M. E. N. K., quien, teniendo en cuenta la ley polaca citada por el Ministerio Público de la Defensa, sería nacional de Polonia, siendo su madre polaca. Agregó que, aun cuando la doctrina acepta el despacho inaudita parte de este tipo de medidas, en materia de derecho de familia suele ser indispensable la sustanciación previa, máxime si hay menores de edad involucrados. En lo atinente al consentimiento parental, puso de relieve que en autos no se encontraba acreditado quién ejercía la patria potestad, ya que de la documentación acompañada por el actor surgía que la madre del niño había iniciado un juicio de privación de la patria potestad contra del señor N., sin que se halle informado el estado de esa causa. Puntualizó que nuestra legislación atribuye el ejercicio de la patria potestad al progenitor que ejerce la tenencia (art. 264, inc. 2, del derogado Código Civil), sin perjuicio de que el padre no conviviente podía cuestionar judicialmente actitudes abusivas o perjudiciales respecto del niño. Por último, aclaró que lo resuelto no significaba desconocer el derecho del niño a obtener la nacionalidad paterna, sino que esa cuestión de derecho internacional privado podía ventilarse en un contexto procesal donde se pudiese analizar qué es lo mejor para el derecho del niño, con intervención de ambos progenitores y mayor espacio para el debate y la prueba. -II- Contra dicho pronunciamiento, el peticionario y la Defensora Pública Oficial de Menores ad hoc interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 82/89 y 90/102, respectivamente), cuya denegatoria (fs.104) dio lugar a las quejas que analizaré de manera conjunta (fs. 104/105 del cuaderno de queja de la actora, expte. FRO 2365/2014/2/RH1, y fs. 103/107 del cuaderno de queja de la Defensora Pública Oficial, expte. FRO 2365/2014/1/RH1). La apelación federal del señor N. insiste, en lo principal, con la interpretación normativa mantenida en las anteriores instancias respecto de la ley 346 de ciudadanía, los decretos 3-213/84, 1.601/04 y el artículo 264 quater del Código Civil -actualmente derogado-, según la cual la nacionalidad argentina por opción puede gestionarse a partir de la voluntad de uno solo de los progenitores en ejercicio de la patria potestad. Asimismo, arguye que el citado artículo 264 quater estipula que si uno de los padres se rehúsa a dar su consentimiento, o media imposibilidad de prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar. Por su lado, la Defensora Pública Oficial de Menores ad hoc afirma que el fallo impugnado menoscaba derechos constitucionales y convencionales de M. E. N. K. en función de meros recaudos formales atinentes a la figura de la medida autosatisfactiva. Particularmente, entiende que la sentencia lesiona el derecho del niño de contar con una nacionalidad y con la documentación que certifique su identidad, de la manera más expedita y segura. Subraya que el hecho de no tener una nacionalidad no solo afecta la posibilidad de viajar al extranjero sino también el normal desarrollo de la vida cotidiana del niño y el ejercicio de todos los derechos de la persona, lo que demuestra tanto la sustancialidad del derecho como la urgencia de su reconocimiento. En ese contexto, asevera que el fallo contraría la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.2; 5, 6.2; 7.1 y 2; 8.1 y 11.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 19 y 20) así como la ley 346, y los decretos 3.213/84, 231/95 y 1.601/04. Reprocha la contradicción en la que habría incurrido la cámara pues, no obstante haber admitido la vulnerabilidad de M. E. N. K., dio preeminencia a requisitos de índole ritual por sobre el derecho esencial que debía priorizar, lo que podría generar responsabilidad internacional para el Estado argentino. Considera que, tratándose de un niño y estando en juego un derecho fundamental e imprescindible para el goce de los demás derechos, los jueces debieron impulsar -como medida para mejor proveer- la traducción de la instrumental acompañada en idioma extranjero. En lo referido a la iniciación de un nuevo proceso de conocimiento, señala que, si bien es importante que se pueda abrir una discusión a la luz del interés del niño, la imperiosa necesidad de acceder a la nacionalidad en orden a un verdadero goce de derechos no puede esperar el ritmo de los procedimientos ordinarios. Finalmente, expresa que la adquisición de la nacionalidad argentina no originará ningún perjuicio para el niño y evitará el ocultamiento de M. E. N. K. por cualquiera de los padres, dado que el pasaporte argentino no autoriza a viajar con los hijos menores sin el consentimiento del otro progenitor. A su turno, la Defensora General de la Nación manifiesta que la cámara incurrió en excesivo rigor formal puesto que no es necesario sustanciar un proceso ordinario para constatar que M. E. N. K. es hijo de padre argentino, único requisito legal para el otorgamiento de la nacionalidad. Esgrime que, de ese modo, se vedó la

efectivización de un derecho federal. -III- En cuanto a la admisibilidad formal del recurso, la Corte Suprema ha sostenido que, a los fines del artículo 14 de la ley 48, la sentencia ha de reputarse definitiva, aun sin serlo en el estricto sentido procesal, cuando lo decidido es susceptible de producir un agravio que, dadas su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior (Fallos- 331-2135, ?I., C. F.?, y sus citas). Entiendo que esa circunstancia excepcional concurre en el sub lite toda vez que el fallo priva al niño M. E. N. K. de la protección que le es adeudada como parte esencial del proceso judicial en que participa y en el cual corresponde valorar primordialmente su mejor interés (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño; dictamen de la Procuración General de la Nación, causa CSJ 819/2014 (50-C) ?C., A. S. c/ A. P., R. J. s/ tenencia?, a cuyos fundamentos remitió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de septiembre de 2015; dictamen de la Procuración General de la Nación, S. 1801, L. XXXVIII, ?S., C. s/ adopción?, 24 de noviembre de 2004). A su vez, ese extremo se ve potenciado por la incidencia que el problema en debate tiene en la vida del niño (dictamen de la Procuración General de la Nación, resuelto en sentido coincidente por la Corte Suprema en la causa registrada en Fallos: 333:1776, ?V., M. N?, y sus citas). Por lo demás, en lo atinente a las cuestiones controvertidas de índole probatorio -ajenas, como regla a la instancia extraordinaria-, cabe habilitar este remedio de excepción en ese punto cuando lo decidido carece de fundamentos suficientes que le den sustento como acto jurisdiccional (dictamen de la Procuración General de la Nación, resuelto en sentido coincidente por la Corte Suprema en la causa registrada en Fallos: 333:1776, ?V., M. N.?, y sus citas).

-IV- Ante todo, cabe destacar que de la documental aportada surge que M. E. N. K. nació en la República de Polonia, el 4 de diciembre de 2009, fruto de la unión matrimonial entre el señor N. y la ciudadana polaca Z. K., quienes, al inicio de este proceso, se encontraban separados de hecho (fs. 4/6 y 7/8). El 26 de febrero de 2013, el señor N. realizó la opción por la nacionalidad argentina a favor del niño, cuyo otorgamiento se sujetó al consentimiento de ambos padres sobre la base del artículo 2 del decreto 231/95, modificatorio del artículo 2 del decreto 3.213/84 (fs. 23/24 y 26). Posteriormente, el 7 de febrero de 2014, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional de la Cancillería le informó que la Sra. K. se niega a prestar su conformidad (fs. 30). A su vez, según lo relatado por el señor N., la madre habría ocultado a M. E. N. K. ignorando un convenio de restitución y visita celebrado en el Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, bajo el pretexto de haber sido presionada por los jueces argentinos. Además, M. E. N. K. se encontraría indocumentado, pues la autoridad polaca le habría negado la renovación del pasaporte luego de que la madre incumpliera el aludido convenio (fs. 13, 23/24 y 31 vta./32). En el contexto descripto, considero que el tribunal ha adoptado una decisión de extremo rigor formal que desatiende la necesidad de esclarecer cuál es la situación real del M. E. N. K., a fin de adoptar las medidas adecuadas para garantizar su derecho a la nacionalidad y la protección de los derechos del niño (arts. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 1, inciso 2, ley 346; decreto 3.213/1984, modificado por los decretos 231/1995 y 1.601/2004). Contrariamente a lo sustentado por el juez de grado, el propio tribunal, con cita de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, advirtió que la petición del señor N. se encontraba comprendida dentro de la excepción del artículo 2 de la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado porque se hallaban en juego los derechos de un sector socialmente vulnerable. Sin embargo, al analizar la procedencia de la medida cautelar, adoptó una posición opuesta a ese análisis inicial pues la rechazó, sin más, soslayando la relevancia del derecho en juego -el derecho a la nacionalidad de un niño-, que debe guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento de los puntos de derecho sustancial, sino también en relación con el alcance de la protección judicial. El tribunal entendió que el señor N. no había acompañado pruebas suficientes para acreditar la ?fuerte probabilidad? -exigida para la admisibilidad de las medidas autosatisfactivas- de que su hijo se encontrara indocumentado o en condición de ?apátrida?. Resaltó que la constancia obrante a fs. 22 estaba en idioma extranjero y que de las afirmaciones de la propia defensora surgía que M. E. N. K. tendría nacionalidad polaca. En primer lugar, la cámara sujetó la procedencia de la medida cautelar a la comprobación de una condición no exigida por la ley, como es la acreditación de la apatridia. En efecto, el decreto 3.213/1984 establecía el recaudo de la apatridia para ejercer la opción a la ciudadanía argentina respecto de los menores de dieciocho años. Esa norma fue modificada por el decreto 231/1995 que, según lo que surge de sus considerandos, se dictó con el objetivo de que el derecho de opción se hiciera ?extensivo a todo menor que haya nacido en país extranjero aun cuando no se encontrase en situación de apatridia? y, en consecuencia, eliminó dicho requisito. Luego, se dictó el decreto 1.601/2004 con la finalidad de facilitar los trámites para obtener el reconocimiento de la ciudadanía a personas nacidas en el exterior, hijos de padre o madre argentinos. Así, el artículo 2 del decreto 3.213, en su actual redacción, establece que cuando se trate de ?menores de dieciocho años de padre o madre argentinos nativos, que se hallaren en país extranjero, la opción por nacionalidad argentina deberá ser formulada por quien o quienes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul argentino que corresponda, quien procederá a la inscripción del menor en el Libro de las Personas del Consulado, previa verificación del vínculo y la calidad de argentino nativo del padre, de la madre o de ambos, según corresponda?.

Es decir, a diferencia de lo afirmado por el a quo, el señor N. no necesitaba demostrar la condición de apátrida de su hijo para requerir el otorgamiento de su nacionalidad. En segundo lugar, en cuanto a la documentación del niño incorporada en estos autos, se observa la copia de su pasaporte polaco (fs. 22), cuya expiración operó el 24 de agosto de 2012, sin que obre prueba alguna de que haya sido renovado. En estas circunstancias, el a quo debía ejercer sus facultades ordenatorias e instructorias, tanto para traducir la prueba arrimada al proceso que estimara conducente para la solución de la controversia como para ordenar la producción de aquella tendiente a establecer la condición de M. E. N. K. (cf. S.C., R. 136. L. XLVII, ?Roiz, Alejandro D. c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo?, sentencia del 2 de septiembre de 2014, considerando 5° y sus citas). Dicha actividad jurisdiccional cobraba especial relevancia a la luz de la reiterada doctrina de la Corte según la cual los tribunales están obligados a atender primordialmente el interés superior del niño -art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño- el que viene a orientar y a condicionar la decisión de los magistrados, y deben adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que se respeten los derechos de cada niña, niño o adolescente (Fallos: 334;913, ?V., D. L.?). Estos lineamientos coinciden con los dispuestos en las ?Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad? (aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema mediante la Acordada 5/2009, del 24 de febrero de 2009). Estas reglas procuran conformar un sistema judicial orientado a la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran los niños (reglas 1 y 3). Disponen que los servidores y operadores del sistema judicial deben otorgar a los grupos en situación de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Ello, a través de la promoción de las medidas necesarias para que la tutela judicial de sus derechos sea efectiva, garantizando la simplificación de los procesos y la agilidad en su tramitación (reglas 25, 26, 34 y 37) -V- Por su parte, el a quo rechazó el argumento del actor relativo a que por el artículo 264 quater del Código Civil -actualmente derogado- la opción por la nacionalidad argentina del hijo no requiere autorización expresa de ambos padres, en atención a que no se ha demostrado quién ejerce la patria potestad. Puntualizó que de la documentación acompañada surge que la madre del niño inició un juicio de privación de la patria potestad en su contra y que no se encontraba acreditado el estado de dicho trámite. Al respecto, según lo expresado por N., la patria potestad sería compartida por ambos progenitores y el juicio de privación de la patria potestad iniciado por la madre habría sido rechazado por el tribunal interviniente. No obstante, en consonancia con los criterios señalados en el apartado anterior, estimo que el tribunal debía ordenar las medidas que fueren conducentes para esclarecer -mediante informes, exhortos u otro tipo de medidas- quién se encuentra en ejercicio de la patria potestad. Cabe subrayar que el artículo 645 del nuevo Código Civil y Comercial, al igual que lo preveía el artículo 264 quater, no incluye dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores el derecho de opción por la nacionalidad argentina. Asimismo, aun en ese caso, la norma actual, tal como la disponía la oportunamente derogada, prevé que si uno de los progenitores no presta su consentimiento ?debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar?. En el sub lite, los jueces omitieron considerar que, a todo evento, la negativa expresa de la madre de M. E. N. K. ponía a su cargo el deber de resolver el pedido teniendo en cuenta el interés familiar y los derechos del niño. En esa tarea, los jueces deben ponderar los efectos concretos que se derivan de otorgar la nacionalidad argentina junto a la polaca. Además, que el niño M. E. N. K. tiene derecho a optar por la nacionalidad argentina por ser hijo de padre argentino y que los Estados están obligados a proteger a las personas contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria (Corte IDH, ?Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana", sentencia del 28 de agosto de 2014, párrs. 264 y 266 y sus citas). Finalmente, la sentencia resulta descalificable en cuanto rechazó la medida cautelar autosatisfactiva sobre la base de que el peticionante puede volver a iniciar el reclamo por el derecho a la nacionalidad de M. E. N. K. en el marco de un proceso donde intervengan ambos progenitores. Como se expresó, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan los reclamos vinculados con el interés superior del niño, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos- 327:2413, ?Lifschitz? y sus citas). En tal sentido, si el tribunal entendía que era menester sustanciar el pedido, en su rol central de director del proceso, debió enderezar el trámite y no rechazarlo por la improcedencia de la vía elegida. Para más, corresponde señalar que la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal prevé su intervención en todos los procesos judiciales en los cuales se solicite la ciudadanía argentina (cf. artículo 31, inciso g, ley 27.148; en sentido concordante con lo establecido en el artículo 25, inciso 11, de la derogada ley 24.946.). Dicho extremo no ha sido debidamente observado en el trámite del presente proceso, pues ese Ministerio solo ha dictaminado en lo referido a la competencia de la justicia federal (fs. 36), mas no ha emitido opinión en lo que atañe al fondo del asunto. Por ello, estimo que la cámara deberá otorgar la vista legalmente dispuesta, previa al dictado del nuevo pronunciamiento. En suma, en mi opinión, cabe dejar sin efecto la sentencia apelada en virtud de la doctrina de la arbitrariedad habida cuenta de que el a quo, al rechazar la medida cautelar autosatisfactiva, actuó con excesivo rigor formal, sin considerar la adecuada protección judicial del

derecho del niño a la nacionalidad. -VI- En razón de las consideraciones hasta aquí vertidas, opino que corresponde hacer lugar a las quejas en estudio, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva ajustada a derecho. Buenos Aires, 9 de diciembre de 2015. VICTOR ABRAMOVICH ADRIANA N. MARCHISIO Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación 075527E