

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 5º 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 dispuesto 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 *II*, 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.

Es copia.

Victor Abramovich.

Ariadna N. Marchisio
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación