Voces: DERECHO A LA IDENTIDAD ~ DERECHOS DEL MENOR ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ FECUNDACION ASISTIDA ~ INSCRIPCION DE NACIMIENTO ~ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA ~ MENOR ~ NACIONALIDAD
Tribunal: Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo(JFlia)(SanLorenzo)
Fecha: 02/07/2012
Partes: S.G.E.F.y.G.C.E.
Publicado en: LLLitoral 2012 (diciembre), 1250 - LLLitoral 2013 (marzo) , 142, con nota de Alejandro Aldo Menicocci; DFyP 2013 (abril) , 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci;
Cita Online: AR/JUR/62130/2012

Hechos:

La actora promueve medida autosatisfactiva a fin de obtener la inscripción como argentina de su hija nacida en la República de la India mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, país en el cual dicha práctica médico científica se encuentra autorizada. Sostiene que al apersonarse junto a su esposo ante la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en Nueva Delhi se les comunicó que no podrían inscribir a la criatura en el registro que lleva el Consulado Argentino, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país. El Juzgado de Familia de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe hizo lugar a la medida y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto u organismo que corresponda a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la presente resolución inscriba a la menor como argentina nativa.

Sumarios:

1. Es procedente la medida autosatisfactiva a fin de obtener la inscripción como argentina de su hija de la actora, nacida en la República de la India mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, pues, se encuentran conculcados derechos de raigambre internacional incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22) y que atentan contra el interés superior de la niña, que nacida hace más de cuarenta días aún no ha sido inscripta y por lo tanto no goza de identidad y nacionalidad, dentro del plexo de derechos que como sujeto de derecho le corresponden.
2. La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagró el reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre personas.
3. La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Texto Completo: . — San Lorenzo, julio 2 de 2012.

Y Vistos: Los autos caratulados: “S. G., E.F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva” Expte. n° 3263/12;

De los que resulta: Que a fs. 41/48 de estas actuaciones comparece por apoderado, la Sra. E. F. S. G. y promueve medida autosatisfactiva tendiente a que se ordene que su hija, C. E. G. y S. G., sea inscripta como argentina en el Libro de las Personas del Consulado respectivo, según lo determina el artículo 20 del Decreto 3214/84, Reglamentario de la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización y su modificatoria, Decreto 1601/2004.

Sostiene en su presentación, que luego de varios tratamientos para poder quedar embarazada mediante tratamientos de fertilización en España, Argentina y Estados Unidos, de haber perdido un embarazo y de intentar vanamente adoptar, la Sra. E. F. S. G. y su esposo el Sr. J. A. G. G. se decidieron a realizar la gestación por subrogación, atento la amplia y global difusión que tiene dicho instituto, dice en su escrito, optando por la República de la India, país en el cual dicha práctica médico-científica se encuentra autorizada.

Continúa relatando, que el 10 de enero de 2012 celebran un contrato de maternidad subrogada en Nueva Delhi, República de la India, como consecuencia de lo cual nació su hija llamada C. E. G. S. G.

Expresa que su mandante y el cónyuge son los padres genéticos de la bebé, la cual ha sido inscripta en el Registro correspondiente de la ciudad de Nueva Delhi, República de la India.

Relata la actora, que al apersonarse junto a su esposo ante la Sección Consular de la Embajada Argentina con sede en la ciudad de Nueva Delhi, a fin de inscribir a la bebé con la nacionalidad argentina, atento el carácter de argentina nativa de su madre, en virtud de lo dispuesto por la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización y sus normas reglamentarias y complementarias otorgándosele la documentación pertinente, se les comunicó que no podían inscribir la criatura en el Registro que a tal efecto lleva el Consulado Argentino, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país.

Ante la situación expuesta, dice, se ve en la necesidad de incoar la presente medida autosatisfactiva a efectos que se ordene la inmediata inscripción de su hija en el Libro de las Personas (artículo 2° del Decreto 3214/84, Reglamentario de la Ley n° 346 (Ciudadanía y Naturalización) y su modificatorio Decreto 1601/2004, la menor C. E. G. S. G., hija de los cónyuges E. F. S. G. y J. A. G. G., otorgándole el Documento Nacional de Identidad y el Pasaporte argentinos, también le otorgará la documentación en copia certificada por dicha Legación Argentina, que fuere necesaria para la inscripción de la menor en el Registro Civil de la ciudad de San Lorenzo (Provincia de Santa Fe), República Argentina.

Indica que la medida autosatisfactiva peticionada, obedece a que no existe, atento las características del caso, otra medida que pueda satisfacer de forma urgente la protección de los derechos fundamentales de la hija menor de la actora, quien debe ser objeto de resguardo por los denominados intereses fundamentales y superiores del niño, quien, sostiene, no ha podido ser oído respecto de dónde quería nacer, no ha podido ser informado respecto de cuáles eran los trámites y/u opciones que tenía en cuanto a la nacionalidad, por el simple hecho de ser un bebé de casi cuarenta y cinco días de vida.

Además, sostiene, los padres están desesperados con riesgo de perder trabajo y ahorros, encontrándose en un país extranjero con su hija, sin poder vivir en plenitud el alborozo y alegría por su nacimiento, por ello expresa que dicha situación debe concluir cuanto antes y la única medida que tiene en pleno ejercicio de la patria potestad, es solicitar esta medida autosatisfactiva.

Seguidamente en la presentación de autos, la actora invoca distintos fundamentos a la presente, apuntando valores como la libertad, el pleno desarrollo del ser humano, la libertad natural y asimismo cita disposiciones provenientes de Declaraciones Universales y/o Tratados Internacionales, habla del derecho a la nacionalidad, menciona la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras disposiciones de derecho internacional.

Afirma la accionante, que de no hacerse lugar a la presente acción, se forzaría a la menor C. E., a ser una apátrida por nacimiento, ya que se le está negando su derecho a tener una nacionalidad con lo cual se crearía una nueva categoría de individuos, manifiesta, carentes no sólo de nacionalidad sino de aptitud para ser sujetos de derecho, solamente equiparables a las cosas.

Expresa entonces, que esta situación lleva a la discriminación por la forma de concepción, violatoria de las disposiciones Constitucionales como la igualdad (artículo 16).

Ilustra en su presentación la actora sobre la condición jurídica del embrión extracorpóreo hasta la implantación en el seno materno, sobre la llamada fecundación in vitro, hace referencia a la biotecnología reproductiva y sobre los avances tecnológicos que abren nuevos horizontes e interrogantes en el ámbito del derecho.

Expresa, que mención aparte merece la razón esgrimida por el Consulado Argentino en Nueva Delhi (República de la India) para no aceptar la inscripción, la madre es argentina nativa, no residente en nuestro país, cita al efecto la Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización sus decretos reglamentarios y modificatorios, en ninguno de sus párrafos establece como requisito que el padre o madre argentinos nativos, al solicitar la inscripción de un hijo nacido en el extranjero, deban ser argentinos residentes en nuestro país.

Ejemplifica al respecto, que ni siquiera para el ejercicio del voto se exige tal requisito, ya que si así fuera, ilustra, ningún argentino residente en el exterior podía ejercer ese derecho (Ley n° 24.007 decreto n° 1138/93).

Cita el artículo 2° del decreto 1601/04 en referencia a la opción de nacionalidad la que debe ser formulada, dice la norma, “por quién o quiénes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul argentino que corresponda, con el único requisito de acreditar el vínculo y la calidad de argentino nativo del padre, de la madre o de ambos, según corresponda”.

Ante lo expuesto y por la actitud del Consulado Argentino en Nueva Delhi, de exigir la residencia de la madre en Argentina, asegura que se está ante una flagrante arbitrariedad contraria a derecho violándose uno de los elementos esenciales de la persona cual es el de tener su nacionalidad.

Menciona en su presentación la actora pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia con sustento en la protección fundamental al derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, independientemente que ésta se produzca dentro o fuera del seno materno.

Al respecto dice que según lo expresado por la Corte, la concepción se produce con la fecundación, siendo ésta definida como la penetración de un óvulo con un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un zigoto, que a posteriori deviene en embrión (Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida), en consecuencia remata, los embriones concebidos mediante la fecundación in vitro, son personas (art. 16 Constitución Nacional – JA 29-06-11), con todos los alcances legales que ello conlleva.

Afirma entonces, que el artículo 70 de nuestro Código Civil ha quedado a todas luces desactualizado atendiendo a que dicho cuerpo normativo es del año 1869 y se respalda en Tratados Internacionales que postulan, dice, que todo ser humano es persona desde el momento mismo de la concepción, sin efectuar distinciones; asimismo hace referencia a la ratificación por nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño por Ley n° 23.849, la reserva realizada al artículo 1° del Tratado.

Concluye entonces, que la menor C. E. G. S. G. ha sido persona desde la fecundación con material genético de sus padres, E. F. S. G. y J. A. G. G., independientemente del lugar dónde se haya producido la fecundación in vitro.

Por lo tanto, sostiene, siendo que la madre genética al momento de la concepción de la menor, C. E., es decir la Sra. E. F. S. G. era y es de nacionalidad argentina y por aplicación del artículo 2° del Decreto n° 3213/84 y su modificatorio decreto n° 1601/04, reglamentarios de la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización, es en consecuencia hija de madre “argentina nativa” que se encuentra en un país extranjero quien está ejerciendo la opción por la nacionalidad argentina en pleno ejercicio de la patria potestad y con conformidad expresa de su esposo y padre de la menor, J. A. G. G., cabe concluir, afirma, que la menor debe ser inscripta como argentina en el Libro de Personas del Consulado, previa verificación del vínculo y la calidad de argentino nativo del padre, de la madre o de ambos, según corresponda, para luego proceder a la inscripción de la constancia que en tales circunstancias emita dicha Legación Argentina con sede en Nueva Delhi, República de la India, en el Registro Civil de la ciudad, donde incluso se celebró el matrimonio de los padres de la menor.

Todo ello, dice, resulta ser independiente de la circunstancia que el embarazo se haya efectuado mediante un contrato de subrogación de vientres y/o alquiler de vientres, ya que el mismo se ha celebrado en un país donde dicho contrato es legal y por ende, afirma, dichos actos son válidos en nuestro país.

Por otra parte, indica, dichos contratos no se encuentran expresamente prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico y por ende sostiene la aplicación del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional en relación con el artículo 22 del Código Civil, cita jurisprudencia al efecto como asimismo opinión doctrinaria.

En definitiva manifiesta, la decisión que tome el Tribunal tendrá que ser siempre en función del mejor interés del niño considerándolo como sujeto activo de derechos, satisfaciendo en forma integral, máxima y plena los derechos y garantías del niño o niña.

Impreso trámite urgente a tenor de las características de la medida solicitada e incoada y como autosatisfactiva, quedan los presentes en estado de resolver.

Y Considerando:

Que con la documental obrante en autos a fojas 9 y 10, libreta de matrimonio extendida en la ciudad de San Lorenzo (Sta. Fe), Departamento del mismo nombre, se acredita el casamiento de J. A. G. G. y E. F. S. G., hecho ocurrido el día 26 de diciembre de 2003, inscripto bajo el acta n°... del Tomo:... Folio:... del Registro Civil de San Lorenzo.

Asimismo con la documental de fs. 81 y su traducción de fs. 82/3 de estas actuaciones, realizada por la Traductora de inglés Sra. P. C., matrícula... – ... del Colegio de Traductores de la Provincia de Santa Fe Segunda Circunscripción, realizada ante Notario Público en Delhi (India), se acredita que la Sra. J. K., casada con el Sr. N. K. con residencia en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India), "declara solemnemente que el día 16 de mayo de 2012 dio a luz en Fortis La – Femme a una niña de sexo femenino C. E. cuyos Futuros padres el Sr. J. A. G. G. y la Sra. E. F. S. G. R. quienes actualmente residen en Aranjuez, Calle Memorial de la Paz de Hiroshima, ...-... Madrid, España tendrán la custodia exclusiva al igual que todas las obligaciones y los derechos parentales a partir del momento del nacimiento. La niña se inscribe en los archivos de la Corporación Municipal de Delhi (MCD), Zona Centro, Lajpat Nagar, Corporación Municipal de Delhi del Sur, Número de Registro: MCD OLIR –... -...";

Del mismo documento surge, que la Sra. J. K. expresa: "deseo ceder todos los derechos de maternidad sobre la niña a los Futuros padres, el Sr. J. A. G. G. y la Sra. E. F. S. G. R. quienes actualmente residen en Aranjuez, Calle Memorial de la Paz de Hiroshima, ... – ... Madrid, España y los autoriza a que lleven a la niña a España y a que se hagan cargo de ahora en adelante y para siempre del sustento y bienestar de la niña y les concedo todas las responsabilidades para realizar cualquier tipo de decisión con respecto a la salud, la educación, el desarrollo y el bienestar de la niña, convencida de que ellos harán lo mejor para la niña. Los contenidos mencionados anteriormente han sido releídos, me los han explicado en mi lengua vernácula y los he comprendido. Dichos contenidos son legalmente vinculantes. Por ello, firmo solemnemente esta declaración con efecto inmediato. Delhi, 21 de mayo de 2012". Certificado – Notario Público.

A fojas 84 de autos, consta el certificado de nacimiento extendido por Fortis, Le Femme Centro para Mujeres, S – ..., Greater Kailash Part-II, Nueva Delhi – ... de la niña C. E., nacida el 16 de mayo de 2012 a las 14,37 horas. Peso al nacer: 2690 gramos con firma ilegible del obstetra-neonatólogo.

Con la documental obrante en estas actuaciones a fojas 86 y su traducción de fs. 87, extendida por Fortis. La Femme, Centro para Mujeres de Nueva Delhi (India), queda acreditado que la Sra. J. K., esposa del Sr. N. K., residentes en Delhi, "es la madre subrogante de una niña de sexo femenino nacida el 16 de mayo de 2012 (a las 14,37 horas) en Fortis Le Femme G K-2 Nueva Delhi. Se establece además que la Sra. E. F. S. G. R. esposa del Sr. J. A. G. con domicilio en Memorial de la Paz de Hiroshima 14 28300, Aranjuez, Madrid, España, son los padres genéticos de la niña." Firmado por el Dr. S. S., Jefe Médico, Fortis La Femme. Dr. S. S., MBBS, DA. MD (Licenciado en medicina y en Cirugía, Departamento de Anestesiología) Jefe Médico DMC - ... Fortis La Femme.

Finalmente con los documentos obrantes a fs. 88 y su traducción de fs. 89 y 90 de estos autos, suscripto por el Dr. A. G., Director Médico. Especialista en infertilidad, Miembro de Sociedad Europea de reproducción humana y Embriología, Centro de Investigación de Fertilidad por Fecundación In Vitro de Delhi, Clínica de Niños Probeta. ... Todar Mal Lane. Mercado de Bengalí (frente a Nathu's Sweets) Nueva Delhi ... ..., India, de fecha 1 de junio de 2012, se acredita y certifica:" haber tratado personalmente a los Futuros padres el Sr. J. A. G. G. y la Sra. E. F. S. G. R. para Fecundación in vitro por Medio de una Madre Subrogada, en la clínica mencionada anteriormente de la cual soy el Director. Se les ha explicado a todas las partes involucradas los detalles y las implicancias la firma el formulario de consentimiento y acuerdo de subrogación. También certifico que ambas partes participaron y formalizaron el Acuerdo de Subrogación gestacional adjunto. Junto con el Dr. T. Ch. de Fortis La Femme he compartido los cuidados pre natales de la Sra. J. K. Luego, el 16 de mayo de 2012 en Fortis La Femme nació la niña de sexo femenino C. E. perteneciente a los Futuros padres, conforme el acuerdo de subrogación antes mencionado".

Es decir que se ha acreditado que los cónyuges E. F. S. G. y J. A. G. G. son los padres de la menor C. E. G. y S. G., por lo cual las partes se encuentran legitimadas para promover esta medida autosatisfactiva.

Primeramente cabe considerar las características de una acción como la presente, al efecto y siguiendo los lineamientos que con meridiana claridad ha expuesto el Dr. Jorge W. Peyrano en su carácter de Director del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, en su obra Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal – Culzoni (1999), con la colaboración de distintos autores.

Me encuentro ante el pedido "urgente" de tutela jurisdiccional por parte de la actora, quien reclama esta intervención a efectos de obtener la inscripción como argentina de su hija, C. E. G. S. G. en el Libro de las Personas por ante el Consulado Argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India), nacida el 16 de mayo de 2012 en el Centro para Mujeres La Femme – Fortis, mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, a tal fin se acreditan los vínculos de las partes en esta acción, dónde también se acredita "el factor tiempo" que adquiere en este caso superlativa importancia y que sin duda alguna debo contemplar ante la situación expuesta.

En el supuesto que me convoca, debo considerar que es de estricta aplicación el concepto de "jurisdicción oportuna", que significa, "no sólo 'dar a cada uno lo suyo' sino hacerlo 'cuando corresponde', es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables", (ob. cit. pág. 14) y de esa manera asegurar que la tutela judicial no es una simple declamación y una búsqueda incesante por parte de los justiciables sino que se da de una manera pronta, concreta y eficiente y por lo tanto se agota, como en este tipo de acción, con el despacho de la misma.

En este contexto nos encontramos ante un reclamo urgente que no sólo está presidido de una existencia de probabilidad que es necesaria la intervención, en este caso, de este Tribunal sino que considero que hay "certeza que lo requerido es jurídicamente atendible" y requiere la plena satisfacción al requirente, ya que se encuentran conculcados derechos de raigambre Internacional incorporados a nuestra Carta Magna (artículo 75 inciso 22) y que atentan contra el interés superior del niño, en este supuesto concreto, la hija de la actora, que nacida hace más de cuarenta días aún no ha sido inscripta y por lo tanto no goza de identidad y nacionalidad, dentro del plexo de derechos que como sujeto de derecho le corresponden, fundamentalmente a partir de los citados.

La negativa de inscribir a la menor, C. E., hija de la accionante y su esposo, por parte del Consulado Argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India), avasalla entre otros, su derecho a la nacionalidad, entendido como un derecho humano básico, ya en al Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10/12/1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, donde entre otros, se consagró el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre las personas.

En el artículo 15 de la Proclama dice: 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva n° 4 sostuvo: "... de la perspectiva doctrinara clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al ser competencia del Estado, reviste carácter de un derecho de la persona humana en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad una vinculación con un estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de se modo se le estaría privando la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo".

Pero a medida que la humanidad ha ido evolucionando, la nacionalidad como tal, el llamado "derecho a la nacionalidad" específicamente, tiene un mayor reconocimiento como un derecho humano y se ha sostenido al respecto: "Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos luego de la segunda guerra mundial, existe una progresiva aceptación de que los Estados deben tener más en cuenta los derechos fundamentales de los individuos al legislar reglas detalladas sobre la adquisición y pérdida de su nacionalidad", (European Conventión on Nationality, European Treaty Series n° 166, Explanatory Report).

Así, también en dicho encuentro se sostuvieron los principios por los cuales "toda persona tiene derecho a una nacionalidad, a cambiar de nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, que no se hará

distinción basada en el sexo en materia de nacionalidad y que la apatriada debe ser evitada, constituyen principios aceptados a nivel mundial, aún cuando la regla para su implementación dependen de la legislación de cada Estado".

El reconocimiento de los derechos individuales, en el campo de la nacionalidad, implica necesariamente que el ámbito de la competencia exclusiva de los Estados queda restringido por sus obligaciones de asegurar la protección integral de los derechos humanos y se explican en el derecho de las personas a adquirir o resistir la revocación de su nacionalidad.

Entre los instrumentos internacionales que protegen este derecho podemos citar: a) Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, 1948, artículo 19. b) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, articuló 15. c) Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, aprobada por la Ley 19.510. d) Convención sobre la reducción de caso de apátridas de 1961 (no ratificada por nuestro país, pero cuya obligación de evitar la apatridia ha devenido de parte del Derecho Consuetudinario Internacional). e) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, artículo 5º d) iii). f) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.3. g) Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, artículo 20. h) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, artículo 9º. i) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículos 7º y 8º;

Los Tratados sobre derechos humanos y entre ellos debemos mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño, se caracterizan porque se introducen en el derecho interno de los Estados para que sean efectivos dentro de los mismos, "la efectividad con que se apliquen y que se apliquen, significa que las personas tengan acceso a los derechos que un Estado reconoce, que los gocen, que los disfruten, que los puedan ejercer en plenitud", (La Tutela del Estado y los Derechos del Niño. - Unicef Argentina, Dr. Germán Bidart Campos);

El artículo 7º de la Convención de los Derechos del Niño, que rige en nuestro país por Ley 23.849 del año 1990, establece que: "El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad".

Nuestro país asimismo ha considerado con respecto al artículo 1° de dicha Convención, que se considera niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad, más aún en su Preámbulo proclama que la infancia tiene derecho á cuidados y asistencia especiales, reconociendo al niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, que debe crecer en el seno de la familia y que debido a su falta de madurez física y mental, necesita incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento;

En su artículo 4º establece que los Estados partes "adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Presente Convención" y es entre estas últimas donde, entiendo, debemos ubicar a las sentencias dictadas por la autoridad jurisdiccional a efectos que el Estado cumpla con la responsabilidad asumida a fin de dar cumplimiento a los Tratados Internacionales en los que es parte y recepta, tal lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, ya que está en juego la responsabilidad internacional de nuestro país que debe hacer efectivos los derechos que surgen de dichos cuerpos normativos ya que sus cláusulas son plenamente operativas;

En auxilio de lo dicho, el artículo 3 del plexo normativo sostiene que: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas..." atenderán con consideración primordial el interés superior del niño, es esto un canon indiscutible, es la pauta a seguir en modo obligatorio, no es un consejo, que se impone al Estado para la consecución de los fines propuestos en dicha Convención.

También la actitud tomada por el Consulado Argentino en Nueva Delhi, al no inscribir el nacimiento de la menor C. E., no permitiendo el derecho de opción de nacionalidad, argentina, resuelto por sus padres en ejercicio de la patria potestad, siendo la progenitora argentina nativa, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75 inciso 22 CN).

Dicha norma ha dado dicha jerarquía a que todo niño o niña, tal lo expresa el artículo 8.1 "tiene derecho a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento" y en el apartado 8.2 obliga al Estado a prestar asistencia y

protección cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, la que debe ser restablecida “rápidamente”;

Estamos hablando de un derecho personalísimo, en este caso el derecho a la identidad, que corresponde a la niña por el sólo hecho de ser persona y de la cual no puede ser privada por la acción de ninguna otra persona y tampoco del Estado, con en este caso, esto implica un menoscabo de la personalidad, (Belluscio-Zannoni – Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Tomo. I pág. 272 – Astrea);

Hablar de derechos personalísimos es hablar de derechos esenciales para la formación y desarrollo del ser humano, entre los que podemos nombrar el derecho a la vida, la integridad, la identidad, la nacionalidad, el honor, entre otros.

Carlos Fernández Sessarego, en su obra “El Derecho a la Identidad Personal”, Astrea, Bs. As. 1992, habla de este derecho entendido como el que tiene todo ser humano a ser uno mismo en su compleja y múltiple diversidad de aspectos y con respecto a los niños es en su faceta más relevante al derecho de ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y con absoluta claridad y certeza expresa: “la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano”, (ob. cit págs. 268/70); la identidad hace a la personalidad, como la libertad y la vida, entendiendo a estos como los primus de los derechos humanos.

“El derecho a la identidad entronca con el derecho a nacer y ser educado en la propia familia, con fundamento en la dignidad y peculiaridad antropológica de la persona humana, en su condición de criatura, la que se hace palmaria en la radical necesidad del niño”.

La primera aplicación del principio del interés superior del menor es sin dudas el respeto a su vida desde el momento de su concepción, que ya no debemos considerar “desde su concepción en el seno materno para que sean consideradas las concepciones extrauterinas”.

En lo que respecta a la posibilidad de obtener la nacionalidad argentina “por opción”, debemos hacer una concreta referencia a los dispuesto pro la Ley n° 346 de Ciudadanía y Naturalización y sus normas reglamentarias y complementarias, en el Título I- De los argentinos, establece que son argentinos, inciso 2°: “Los hijos de argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen”.

El decreto n° 3213/84, reglamentario de la Ley n° 346 en su artículo 2º establece:” Cuando se tratase de hijos menores de dieciocho (18) años de padre o madre argentinos nativos, contemplados en el artículo 1° inciso 2) de la Ley n° 346 y sus modificatorias, que se hallaren en país extranjero, la opción por nacionalidad argentina deberá ser formulada por quien o por quienes ejerzan la patria potestad ante el Cónsul argentino que corresponda, quién 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 En un plazo no mayor de treinta (30) días de producida la inscripción, el Cónsul deberá notificarla al Registro Nacional de las Personas.”

He transcripto textualmente los artículos referentes a la nacionalidad argentina por opción, por encuadrar en el caso en cuestión, es decir una menor nacida en el extranjero, en este caso en la ciudad de Nueva Delhi, República de la India, el día 16 de mayo de 2012 (fs. 75, 77, 82, 85, 87, 89 de estos autos), llamada C. E. G. y S. G., hija de madre argentina nativa, la Sra. E. F. S. G., nacida el 27 de abril de 1961 en la ciudad de Rosario (Pcia. de Santa Fe), DNI n°..., (fs. 6, 7 y 10 de autos), quien en ejercicio de la patria potestad, junto a su esposo, el Sr. J. A. G. G., con quién contrajo matrimonio el día 26 de diciembre de 2003, acta n° ... del Tomo: ... en la ciudad de San Lorenzo (Pcia. de Santa Fe), quienes expresaron ante el Cónsul argentino en Nueva Delhi (República de la India) “la opción por la nacionalidad argentina para su hija”, no obteniendo la inscripción requerida, lo cual motivó esta medida.

Es por lo expuesto, las normas citadas en los considerandos, teniendo en consideración el interés superior del menor y lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y los siguientes Tratados Internacionales: Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (Ley n° 23.054), artículo 19 derecho del Niño a medidas de protección; artículo 20 Derecho a la Nacionalidad, artículo 24 Igualdad ante la ley; artículo 25 Protección Judicial y artículo 29 sobre normas de interpretación.

Protocolo Adicional a la Convención. Americana sobre Derechos Humanos - Protocolo de San Salvador; artículo 15, derecho a la constitución y protección de la familia y artículo 16, derecho a la niñez.

Ley 23.849 - Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño; artículo 3.1 Interés Superior del Niño, artículo 4º, medidas efectivas de los derechos reconocidos; artículo 7.1 derecho a ser registrado inmediatamente a su nacimiento; artículo 8.1 identidad y nacionalidad y el artículo 2° de las reservas y aclaraciones;

Ley 12.967 - Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 3º aplicación obligatoria, interés superior de las niñas, niños y adolescentes, artículo 4º, interés superior de la niña, niño y adolescente, artículo 11, derecho a la identidad y a la nacionalidad; artículo 26, garantía de identificación e inscripción de los recién nacidos.

Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2º, aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3º, interés superior, artículo 11, derecho a la identidad y artículo 12 sobre garantía estatal de identificación e inscripción de los recién nacidos; que;

Resuelvo: 1) Ordenar al Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y/u organismo que corresponda, a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la presente resolución inscriba a la menor C. E. G. y S. G., hija de los cónyuges J. A. G. G., pasaporte español n° AAD... y E. F. S. G., DNI n°..., argentina nativa nacida el 27 de abril de 1961 en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe - República Argentina), anotada en el acta n° ... del Tomo: ... Folio: ... quienes en ejercicio de la patria potestad han hecho la opción por la nacionalidad argentina para su hija, en el Libro de las Personas del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y comunique dentro del plazo de treinta (30) días de producida la inscripción al Registro Nacional de las Personas, al efecto se lo faculta a que torne todas las medidas pertinentes y urgentes a fin que en el Consulado citado se proceda dicha inscripción. 2) En el mismo plazo entregue a los citados progenitores de la menor, el Documento Nacional de Identidad para la misma y su Pasaporte argentinos, como asimismo copia certificada de la partida de inscripción y de toda otra documentación que sea necesaria con respecto a la niña y deba estar en poder de los padres. Todo bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (artículo 666 bis del Código Civil), que comenzarán a aplicarse vencido que fuere el plazo indicado en el punto 1) de este Resuelvo y que consistirá en el monto diario de gastos que tenga el matrimonio G. - S. G. por su estadía en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado, las sumas de dinero que sean producto de la aplicación de astreintes, deberán ser depositadas en una cuenta que al efecto se abrirá en el Nuevo Banco de Santa Fe SA Sucursal San Lorenzo (Sta. Fe), a la cuenta y orden de este Tribunal y para estas actuaciones y la misma tendrá carácter de alimentario a favor de la menor C. E. G. y S. G. 3) Líbrense los despachos que correspondan para el cumplimiento de la presente. Insértese y hágase saber. — Marcelo E. Escola.