

Derecho a la vida familiar

TEDH, *Case of Zelikha Magomadova v. Russia*, 8 de octubre de 2019

Por Marina Ditieri¹ y Magdalena Perillo²

1. Palabras introductorias

Como toda cuestión que se vincula con los derechos que emergen de las relaciones familiares, su análisis y profundización resulta, cuanto menos, intrincado. ¿Será ello porque entran en disputa derechos humanos fundamentales de la esfera privada de las personas que exigen de los Estados su observancia y cumplimiento?

En esta oportunidad comentaremos la sentencia dictada por el TEDH en el caso “Zelikha Magomadova v. Russia”, donde concluye que la interferencia arbitraria en el respeto y observancia de la vida familiar, uno de los derechos fundamentales del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), no debe tener lugar en un Estado de derecho, fallando en consonancia en que hubo violación del artículo que lo prevé.

1 Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA, UNDAV y UNPAZ). Presidenta de la Comisión de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires (AABA). Coordinadora General de la revista online *Género y Derecho Actual*. Asesora Jurídica en la Secretaría de Derechos Humanos.

2 Abogada (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Secretaria de Redacción de la revista online *Género y Derecho Actual*. Asesora legal del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. El caso *Zelikhha Magomadova Vs. Rusia*

2.1. Antecedentes fácticos

Los hechos del caso ocurren en la República de Chechenia –uno de los sujetos federales que conforman la Federación de Rusia– y se desencadenan luego del fallecimiento del Sr. M. B., quien tuvo cinco hijos con su esposa, la Sra. Z. K. M. (en adelante, la demandante).

En virtud de la muerte del Sr. M. B., la demandante resultó beneficiaria de una pensión por fallecimiento de su marido, proveedor de las necesidades materiales del grupo familiar, y continuó viviendo con sus hijos en el hogar que habitaban.

Así, la demandante denunció que el padre de M. B. la obligó a firmar un poder que lo habilitaba a cobrar la mencionada pensión, convirtiéndose de esa forma en el administrador del dinero con el que la demandante mantenía a sus hijos. Posteriormente, revocó tal poder, despertando así un gran descontento en la familia de su difunto marido, a punto tal que relata haber mantenido una discusión con E. B., hermano de M. B., ocasión en la cual su cuñado le habría propinado reiterados golpes en la cabeza, ocasionándole una lesión craneoencefálica –que acreditó con un certificado médico–. Asimismo, manifiesta que, paralelamente, los familiares de M. B. le quitaron su documento de identidad, pasaporte y teléfono celular y se llevaron a sus hijos a vivir con ellos. A partir de ese momento la demandante no tuvo más contacto con sus hijos.

Para una mejor contextualización, destacamos que los particulares implicados en el caso practican la religión islámica.

Transcurrido aproximadamente un mes del episodio antes relatado, la demandante realizó una denuncia formal de lo acontecido y solicitó protección del Estado, por temor a las amenazas de violencia física que recibió por parte de parte de la familia de su difunto marido. Casi tres meses después y luego de que E. B. fuera declarado guardador de los hijos de la demandante, esta última formuló un reclamo ante el representante de Derechos Humanos de la República de Chechenia, pero no surtió efecto alguno.

Más aún, antes de formular tal denuncia, E. B. había solicitado la privación de la responsabilidad parental de la demandante con respecto a sus hijos, alegando que aquella incumplió sus deberes como madre, los maltrató y no les proveyó alimentación ni condiciones adecuadas de vivienda, habiéndolos abandonado luego de mudarse con su madre. La demandante recurrió la decisión mediante la cual su cuñado había sido designado guardador de sus hijos y denunció que los parientes de su difunto esposo fueron quienes le impidieron el contacto con estos.

El 10 de agosto de 2010, la justicia del Distrito de Naursky examinó el caso planteado y, en virtud de los hechos probados, anuló la decisión que había otorgado la guarda de los niños a E. B. y ordenó que estos permanecieran al cuidado de su madre y vivieran junto a ella. Esta decisión fue confirmada por la Suprema Corte de la República de Chechenia el 14 de septiembre de 2010.

Dado que E. B. se rehusó a cumplir con lo ordenado por la justicia y obstruyó cualquier tipo de contacto entre la demandante y sus hijxs, aquella recurrió a los oficiales que se encargan de hacer cumplir a nivel local las órdenes de ejecución que emite la justicia, pero en mayo de 2011 estos se negaron formalmente a prestar sus servicios tras evaluar que los documentos presentados incumplían con los requisitos que imponían las leyes domésticas.

Inmediatamente después, la demandante puso en conocimiento la mencionada desavenencia a la Corte del Distrito de Naursky, que se había pronunciado a su favor. Desde dicha instancia le respondieron que no existía motivo alguno por el cual la orden no pueda ser ejecutada y, por ende, se ordenó que el servicio local sea sancionado disciplinariamente –lo que finalmente no ocurrió por cuestiones administrativas–.

Así las cosas, la demandante no logró que E. B. cumpla con la sentencia del 10 de agosto de 2010 y por lo tanto no reanudó contacto alguno con sus hijxs.

Posteriormente, a solicitud de E. B., el 17 de junio de 2011, la Corte del Distrito de Naursky ordenó la reapertura del caso –decisión confirmada por la Alzada– por la presentación de hechos nuevos que evidenciarían que tras el fallecimiento de M. B., la demandante habría comenzado a convivir con un hombre desempleado en cuyo mantenimiento destinaba la pensión que cobraba para el sostenimiento de sus hijxs, lo que daría cuenta de una vida inmoral y un comportamiento inapropiado para cuidar de los niñxs. E. B. ofreció prueba testimonial para sustentar su pedido.

La demandante cuestionó tal decisión, explicando que, dado que no contaba con parientes de género masculino que la ayuden, efectivamente había pedido transporte a distintas personas para ir al barrio donde vivía E. B. con sus hijxs, y así intentar tomar contacto con ellxs, lo que nunca logró hacer por temor a que, al acercarse, la agredieran físicamente. No obstante la oposición de la demandante, la decisión fue convalidada por la Suprema Corte, por lo cual se reabrió la causa.

El 31 de enero de 2012 la Corte del Distrito de Naursky descartó que la demandante haya llevado o lleve una vida inmoral, considerando que los testimonios aportados en el sentido de que habría sido vista en el vehículo de distintos hombres en horas de la noche eran insuficientes para tener por acreditada dicha inmoralidad o que la demandante haya descuidado a sus hijxs durante el tiempo que permanecieron bajo su exclusivo cuidado.

La Corte escuchó a las tres hijas mayores de la demandante, que rechazaban la idea de regresar con su madre y solicitaron permanecer con su familia paterna. Por el paso del tiempo y considerando que los lazos afectivos entre lxs niñxs y la familia paterna se encontraban muy consolidados, la Corte: 1) rechazó el pedido de privación de la responsabilidad de la demandante; 2) ordenó que E. B. continúe siendo el guardador legal de sus sobrinxs; 3) dispuso que estos convivan con él, y 3) fijó un régimen de comunicación entre la demandante y sus hijxs. La sentencia no fue apelada por las partes.

Como era de esperar, el régimen de comunicación dispuesto por la justicia no fue respetado por E. B. por lo que, en el período comprendido entre el 2 de abril y el 30 de julio de 2012, la demandante intentó obtener una orden de ejecución de parte de la Corte del Distrito de Naursky pero esta no fue otorgada.

En julio de 2013, E. B. realizó una nueva solicitud para que se prive a la demandante de la responsabilidad parental con respecto a sus hijxs y logró su cometido, toda vez que, el 3 de octubre de 2013, la Corte del Distrito de Naursky hizo lugar a su pretensión luego de concluir que, desde el pronunciamiento del 31 de enero de 2012, la demandante se desentendió de sus hijxs, sin intentar acercarse, comunicarse o contribuir materialmente a su sostenimiento. También ordenó que debía pagar una cuota alimentaria a E. B. para sus hijxs. Esta decisión fue apelada y confirmada por la Suprema Corte de la República de Chechenia el 25 de febrero de 2014.

2.2. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Frente a la decisión de la Suprema Corte de la República de Chechenia, la demandante presentó su caso al TEDH por violación del artículo 8 del CEDH, referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar.

El Tribunal encuentra necesario resolver si la demandante ha sido ilegítimamente privada de su autoridad parental conforme la sentencia dictada el 3 de octubre de 2013 y apelada en fecha 25 de febrero de 2014. Por su parte, considera que el vínculo entre la demandante y sus hijxs queda circunscripto en la noción de “vida familiar” conforme lo contempla el artículo 8 del tratado. Asimismo, determina que no hay dudas de que la privación de la responsabilidad parental constituye una interferencia al derecho de la demandante a su vida familiar y que ello, por tanto, constituye una violación, a menos que sea dispuesta acorde a las previsiones de la ley. Por su parte, y en ejercicio de su derecho de defensa, el Estado ruso alega que la medida dispuesta tiene basamento en el artículo 69 del Código de Familia de Rusia que busca proteger los derechos de lxs niñxs.³

Sin embargo, y pese a la alegación del Estado en cuestión, el TEDH tiene ciertas dudas de que, en las circunstancias del presente caso, la interpretación del artículo 69 del Código de Familia ruso que efectuó la justicia local respecto del fundamento de privación de autoridad parental de la demandante pueda ser considerada como previsible, o que la medida impugnada tuviera en miras el interés superior de lxs niñxs. Sin embargo, considera que estas cuestiones están íntimamente ligadas con la determinación de si la medida dictada fuera “necesaria en una sociedad democrática”, y entonces encuentra apropiado enfocar el caso desde esa perspectiva.⁴

El Tribunal afirma que el vínculo, contacto y/o comunicación entre progenitorxs e hijxs constituye un elemento fundamental de la “vida familiar”, dentro de la acepción del artículo 8 del CEDH. Agrega que, en la actualidad, hay un consenso amplio en el ámbito del derecho internacional en apoyo a la postura de que todas las decisiones que implican y/o involucran a niñxs deben resolverse acorde a su interés superior. Los intereses de un niñx dictan que los lazos de estos con su familia de origen y/o

3 TEDH, *Case of Zelikha Magomadova Vs. Russia*, párr. 96.

4 Ídem, párr. 97.

ampliada deben ser conservados, excepto en los casos donde se haya probado que tal familia es particularmente no apta y puede dañar su salud y/o desarrollo.⁵

Sin embargo, debe señalarse que la regla es el contacto y que su privación es excepcional y por tanto el análisis debe ser restrictivo. Asimismo, señala que el margen de apreciación que poseen las autoridades nacionales variará de acuerdo con la naturaleza de las problemáticas jurídicas y la importancia de los intereses en juego. En dicha línea, el Tribunal reconoce que las autoridades gozan de un amplio margen de apreciación cuando deben decidir respecto de temas de custodia y/o cuidado de lxs hijxs, pero que deben realizar un examen más riguroso para restringir el ejercicio de tal derecho en tanto, limitaciones adicionales suponen el peligro de que las relaciones familiares entre progenitorxs e hijxs puedan ser efectivamente interrumpidas.⁶ A la hora de valorar si las medidas dispuestas en el caso que nos ocupa fueron “necesarias en una sociedad democrática”, el TEDH tuvo que considerar si, a la luz de la totalidad de los hechos acaecidos, las razones dadas para justificar la medida impugnada fueron “relevantes y suficientes”.⁷

Pues bien, el TEDH estimó que privar a la demandante de su responsabilidad parental anuló el lazo entre esta y sus hijxs y eliminó todos los derechos parentales que tenía respecto de ellxs, incluyendo el derecho a mantener contacto fluido. Frente a estas circunstancias, ratificó que separar a los integrantes de un grupo familiar es una interferencia estatal muy seria. Asimismo, privar a una persona del ejercicio y/o titularidad de la responsabilidad parental es una medida particularmente trascendental, en tanto priva al progenitxr de su derecho a la vida familiar respecto de sus hijxs. Como se mencionó anteriormente, tales medidas deberían ser aplicadas únicamente en circunstancias excepcionales, y solo pueden ser justificadas si tienen como basamento una exigencia imperativa relacionada con los intereses de lxs niñxs en cuestión.⁸

Al respecto, el Tribunal remarca que las cortes nacionales consideraron, primeramente, que la denuncia en torno a que la demandante había sido vista en distintos vehículos de hombres desconocidos en varias ocasiones era suficiente evidencia para concluir que estaba cohabitando con un hombre y por consiguiente era “inmoral”; y en segundo lugar, y más importante aún, que su presunto estilo de vida “inmoral” —es decir, su supuesta convivencia con otro hombre— constituía causa suficiente para reabrir los procesos de parentalidad, basados ahora en las circunstancias recientemente descubiertas. En su opinión, la posición de las cortes nacionales apenas puede ser reconciliable con el núcleo de valores que forjan las sociedades democráticas modernas.⁹

El TEDH advierte con preocupación que la situación que motivó el giro en la decisión del 10 de agosto de 2010 fue provocada por la inacción de las autoridades en los procedimientos de ejecución respecto de esa sentencia.¹⁰ A su vez, sostiene que el artículo 8 del CEDH prevé dos aspectos: el derecho para los progenitorxs de exigir medidas tendientes a ser contactados y/o vinculados con sus hijxs, y una obligación

5 Ídem, párr. 98.

6 Ídem, párr. 99.

7 Ídem, párr. 100.

8 Ídem, párr. 101.

9 Ídem, párr. 105.

10 Ídem, párr. 106.

para las autoridades nacionales de tomar las medidas necesarias para facilitar ese reencuentro. Asimismo, afirma que tales medidas deberán ser implementadas con celeridad, dado que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediabiles para las relaciones entre el hijx y el progenitxr no conviviente.¹¹

El Tribunal observa que la sentencia del 31 de enero de 2012 tampoco fue ejecutada. Es notable que el 1° de marzo de 2012, fecha en la cual la sentencia quedaba firme y devenía ejecutable, la demandante no había tenido contacto con sus hijxs por dos años, con todas las consecuencias que ello pudo haber tenido para su relación, así como también para el bienestar psicológico y físico de lxs niñxs.¹² A pesar de los numerosos pedidos de la demandante para la ejecución de tal sentencia, los procedimientos de ejecución no comenzaron hasta el 6 de agosto de 2012, más de cinco meses después de que la sentencia estuviera firme.¹³ Durante toda la serie de procedimientos antes descriptos –tres procedimientos y dos ejecuciones–, la demandante sistemáticamente ratificó su intención de cuidar y vivir junto a sus hijxs, y buscó tener acceso a ellxs por todos los medios legales que tuvo a su disposición. Reiteradamente informó a las autoridades nacionales competentes –organismos de seguridad, cortes y agentes judiciales incluidos– de la muy tensa relación entre ella y los familiares de su difunto marido, de su actitud hostil, de las amenazas de violencia física, de sus temores en esa conexión y del hecho de que esos familiares habían obstruido todo contacto entre ella y sus hijxs, incluyendo la comunicación telefónica. También buscó la protección y ayuda de las autoridades competentes; en particular, en numerosas ocasiones intentó hacer cumplir la sentencia dictada a su favor. Como los hechos del caso revelan, sus esfuerzos resultaron inútiles, sus reclamos y/o demandas fueron en su mayoría rechazados bajo disímiles pretextos. Aun siendo plenamente consciente de la situación de la demandante, las autoridades permanecieron pasivas y no tomaron ninguna medida concreta y efectiva para asegurar y facilitar el encuentro con sus hijxs.¹⁴

Es también notorio que, en ausencia de cualquier acción significativa de parte de las autoridades, la demandante intentó aproximarse a sus hijas mayores, quienes se habían mudado a otra localidad –Grozny– para continuar sus estudios universitarios. Sin embargo, el intento falló ante la negativa de las jóvenes de tener contacto con su madre.¹⁵ Al Tribunal le preocupa que en la sentencia del 3 de octubre de 2013, ratificada en la apelación del 25 de febrero de 2014, las cortes nacionales hicieran responsable a la demandante del fracaso en el encuentro con sus hijas. El Tribunal sostiene que las autoridades judiciales nacionales no solo permanecieron inactivas durante años, sino que también lo fueron en llegar a una conclusión las cortes, pues fallaron deslindando responsabilidad en la demandante frente a su accionar inoperante.¹⁶

En relación con el argumento sobre la falta de asistencia económica de la demandante hacia sus hijxs, no resulta claro si ello estuvo basado en alguna otra evidencia probatoria aparte de la denuncia de E. B. El TEDH sostiene que no fue convincentemente demostrado en los procedimientos nacionales

11 Ídem, párr. 107.

12 Ídem, párr. 108.

13 Ídem, párr. 109.

14 Ídem, párr. 110.

15 Ibídem.

16 Ídem, párr. 111.

que la demandante hubiera tenido la oportunidad real de proveer asistencia financiera, comunicarse con los familiares de su difunto esposo y asegurarse que tal asistencia llegaría a sus hijxs. De hecho, la justicia local se refirió apenas brevemente al fracaso de la demandante de mantener a sus hijxs, sin elaborar esa conclusión.¹⁷

Adiciona el Tribunal que, en los procedimientos transcurridos, la opinión de ningún experto fue solicitada en ninguna oportunidad, frente a tan importantes dudas como el grado de apego de lxs niñxs con su madre, el efecto que la ruptura de todos los lazos con ella podría tener sobre ellxs, sus capacidades parentales, etc. Ninguna razón fue presentada para explicar por qué una medida tan drástica como privar a lxs niñxs del vínculo con su madre o a la demandante del ejercicio y titularidad de la responsabilidad parental tendría como fundamento los intereses de lxs niñxs, como así tampoco si alguna consideración de peso relacionada a la salud y/o desarrollo de los niñxs podría justificar esa medida. Aún más, ningún intento de las autoridades judiciales nacionales fue llevado a cabo con el objetivo de explorar la efectividad de medidas tan excesivas.¹⁸ De hecho, en la primera instancia, la sentencia se basó en la opinión de las dos hijas mayores de la demandante, quienes habían declarado que no deseaban ver a su madre, argumentando que “ella las había deshonrado” con su vida inmoral, ignorando los argumentos de la demandante de que ella no había tenido contacto con sus hijxs en absoluto, de que los familiares de su difunto esposo habían influenciado a sus hijxs en su contra y de que sus hijas habían rechazado hablarle.¹⁹

El TEDH remarca que el derecho de lxs niñxs a expresar su propia opinión no debe ser interpretado dando un poder de veto incondicional sin considerar otros factores y sin llevar a cabo un análisis general para determinar sus propios intereses. Es más, si un tribunal basara una decisión solo en los puntos de vista de niñxs involucrados, siendo estos incapaces de formar y expresar una opinión con respecto a sus deseos –por ejemplo, por un conflicto de lealtad y/o su exposición hacia el comportamiento alienante de uno de sus progenitores–, tal decisión podría ir en contra de las previsiones del artículo 8 del CEDH.²⁰ Por lo expuesto, el Tribunal observa que ninguno de lxs otrxs hijxs de la demandante fueron escuchadxs. A la luz de los hechos, se observa que el proceso de toma de decisiones fue deficiente y por lo tanto no permitió garantizar el interés superior de lxs niñxs en cuestión.²¹

En síntesis, el TEDH concluye que las autoridades nacionales traspasaron el margen de apreciación permitido privando a la demandante del ejercicio de la responsabilidad parental. La decisión adoptada fue arbitraria y extremadamente desproporcionada al objetivo legítimo invocado. Por consiguiente, tal interferencia frente al respeto del derecho a su vida familiar no puede ser considerada como un justificativo necesario para los principios y estándares de una sociedad democrática. La interferencia arbitraria de uno de los derechos fundamentales de la CEDH no debe tener lugar en un Estado de derecho. En este sentido, el Alto Tribunal consideró que hubo violación del artículo 8 de la CEDH.²²

17 *Ibíd.*

18 *Ídem*, párr. 113.

19 *Ídem*, párr. 114.

20 *Ídem*, párr. 115.

21 *Ídem*, párr. 116.

22 *Ídem*, párrs. 118 y 119.

3. Doctrina del fallo. Algunas reflexiones

a) Debido proceso legal

De los antecedentes del caso se detectan fácilmente al menos dos cuestiones; la primera es la punzante batalla judicial entre las partes, y la segunda, la falta de cumplimiento de las garantías procesales de la demandante.

A propósito de esto último, del relato de los hechos surge que la demandante recurrió a distintos organismos del Estado y alzó su voz en distintas instancias judiciales con la finalidad de recuperar a sus hijxs, intentando proactivamente sortear las continuas dificultades con las que se enfrentaba al pretender hacer valer sus derechos.

No obstante, pese a las sentencias que obtuvo a su favor, nunca logró que dichos pronunciamientos se cumplan.

Con relación a ello, el TEDH advierte que el derecho a la vida familiar y privada contemplado en el artículo 8 del CED implica también la obligación de las autoridades nacionales de tomar las medidas que sean necesarias para facilitar la reunión entre lxs niñxs y sus progenitorxs. En otras palabras, el respeto por la vida familiar de lxs ciudadanxs requiere que el Estado no solo provea un marco legal que resguarde sus derechos, sino que también brinde los mecanismos de ejecución necesarios para que esos derechos puedan ser efectivos. Notoriamente, en el caso bajo análisis, el Estado fracasó en este último aspecto.

En este sentido, advertimos que la Federación de Rusia también incumplió lo dispuesto en el artículo 6.1 del CEDH en lo que respecta al debido proceso legal toda vez que, naturalmente, tal principio no se agota con el desarrollo de un proceso equitativo que culmine con la obtención de una sentencia fundada en derecho, emitida en un plazo razonable y por un juez imparcial y competente, sino que también comprende la garantía de que esa sentencia podrá ser ejecutada frente a su incumplimiento. Interpretar lo contrario implicaría vaciar de contenido la norma porque entonces ningún sentido tendría para los particulares recurrir al poder estatal para la búsqueda de soluciones a sus conflictos.

A propósito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que

La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. [...] Para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del

derecho de acceso a la justicia, entendido este en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.²³

Así pues, destacamos que, sin dudas, la posibilidad de ejecutar una sentencia es uno de los pilares fundamentales del derecho, en tanto es la medida en la que efectivamente el Estado brinda justicia al reparar a la persona cuyos derechos fueron vulnerados.

Como corolario de lo expuesto, es evidente que la Federación de Rusia incumplió con su obligación de garantizar un debido proceso legal a la demandante, generando un círculo perverso en el cual indirectamente apañó la conducta reticente y violenta de E. B. mientras se consolidaba una situación fáctica que dio pie a la sanción más extrema para una madre con respecto a sus hijxs: la privación de la responsabilidad parental. Es decir, se observa un indebido accionar del Estado que facilitó a los parientes del cónyuge fallecido de la demandante llevar a cabo estrategias procesales a lo largo de la contienda judicial tendientes a obstaculizar los procesos de ejecución de las sentencias, generando así la condena final hacia la demandante, con una gran desprotección hacia esta última. Desde esta perspectiva, el proceder de la Federación de Rusia en el caso analizado es absolutamente reprochable.

Pues bien, el TEDH se encarga de poner blanco sobre negro e identificar cómo el Estado, en vez de administrar justicia, termina por deteriorar la relación entre la demandante y sus hijxs para luego responsabilizarla de ello y justificar así la privación de la responsabilidad parental.

b) El tiempo y los afectos. El rol de la justicia

En materia de derecho de las familias se presentan cotidianamente distintas situaciones fácticas que se originan a partir de una situación irregular y que luego, por los intereses en juego, son difíciles de desarmar. En esos casos la dificultad principal viene dada por el prolongado transcurso del tiempo y la consecuente consolidación de los lazos afectivos o el arraigo y sentimiento de pertenencia desarrollado por lxs niñxs o adolescentes a un determinado ámbito.

En esta línea, donde más frecuentemente se vislumbra cómo el paso del tiempo hace que las nuevas circunstancias se impongan al momento de resolver sobre la contienda, son principalmente los juicios de adopción y los juicios de restitución internacional de niñxs y adolescentes.

Con respecto a los primeros, señalamos aquellas solicitudes de adopción precedidas de las llamadas “guardas de hecho” o “guardas puestas”, en particular, cuando, como en la mayor parte de los casos ocurre, ellas son comunicadas luego del transcurso de un excesivo tiempo y donde será este factor

23 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 73 y 82.

tiempo –crucial al contexto adoptivo– el que condicionará la resolución judicial, en razón de su innegable impacto en la consolidación de vínculos a partir de la socioafectividad gestada.²⁴

Cabe advertir que el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) prohíbe la consideración de las guardas de hecho para una futura adopción, habilitando al juez que toma conocimiento de dicha situación decidir la separación transitoria o permanente del niñx –excepto si existe un vínculo de parentesco entre guardadaxr y progenitxr–.

Pues bien, la entrega directa del niñx o adolescente pudo haber tenido como puntapié inicial un genuino vínculo de confianza o de conocimiento previo entre progenitores de origen y guardadores, o una situación ajena a la afectividad, relacionada con la cosificación del hijx, acompañada de maniobras fraudulentas y negocios ilícitos.²⁵ En ambas hipótesis, se encuentran en pugna, por un lado, la prohibición impuesta por el artículo 611 del CCCN y la dudosa validez del consentimiento informado de lxs progenitores que entregaron a su hijx, y por otro, el respeto de un vínculo afectivo que se fortaleció con el paso del tiempo y el resguardo de la identidad dinámica del niñx.

Al respecto, en la doctrina y la jurisprudencia no se observa un criterio uniforme, y es tarea de la justicia resolver el caso particular ponderando las circunstancias fácticas a la luz del principio rector en materia de niñez: el interés superior del niñx. Lo que indudablemente advertimos es que este es uno de los supuestos en los que el transcurso del tiempo y la consolidación de los afectos es una circunstancia de peso a la hora de decidir sobre la separación del niñx o adolescente de sus guardadores.

Asimismo, traemos a colación los casos de restitución internacional de niñas, niños o adolescentes en donde la dilación irrazonable en el dictado de sentencia en las distintas instancias judiciales –en algunos casos varios años–, demora la restitución del niñx al Estado de residencia habitual, generando como consecuencia su integración al nuevo ámbito, el que termina tornándose en su nuevo centro de vida.

De ello se deduce que en los juicios de esta índole también lxs magistradxs se topan con la difícil tarea de evaluar los efectos de la consolidación de tal situación fáctica y, por ende, decidir si ordenan la restitución del niñx u optan por la decisión contraria bajo el argumento de respetar su autonomía progresiva e identidad dinámica.

Es preciso señalar que el criterio sostenido por la doctrina de nuestro máximo tribunal es la restitución inmediata del niñx. Sin embargo, el tiempo transcurrido, la nueva vida de este y sus deseos son cuestiones que ciertamente influyen a la hora de tomar una decisión en sede judicial.

Con relación al obrar retardado del Estado a través de su sistema de justicia, es dable resaltar que una de las nociones importantes que comprende el principio del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva es que los casos sean tratados y resueltos en un plazo razonable. Tanto el sistema europeo como el sistema interamericano de derechos humanos contemplan específicamente tal derecho en

24 Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2018). *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires: La Ley, p. 843.

25 Ídem, pp. 844 y 845.

el artículo 6 del CEDH y el artículo 8 de la CADH. Por lo tanto, el respeto de los plazos procesales integra el concepto de tutela efectiva.

Incluso, la obligación de garantizar un debido proceso legal no alcanza únicamente al poder judicial. Según la jurisprudencia de la Corte IDH, en cualquier materia, inclusive en la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos, e indefectiblemente es un derecho humano el obtener todas las garantías del debido proceso que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber.²⁶

De acuerdo a los antecedentes del caso en comentario, el fortalecimiento del lazo afectivo entre lxs niñxs y su familia paterna y el correlativo quebrantamiento de la relación de aquellxs con su madre —que el tiempo se encargó de afianzar— estuvieron dados inicialmente por la imposibilidad de la demandante de ejecutar el primer pronunciamiento a su favor —que lxs niñxs vuelvan a vivir con ella—.

Si bien la Corte del Distrito de Naursky se expidió en un plazo razonable, el derecho de la demandante se vio truncado por la imposibilidad de ejecutar la sentencia y, por lo tanto, no logró que sus hijxs les sean restituidxs. Tal situación fue el comienzo del deterioro de los vínculos materno-filiales y, paralelamente, del robustecimiento de la relación familiar entre lxs niñxs y E. B. Todo ello condujo a la eventual decisión de que este último se constituya en guardador legal de aquellxs y se disponga simplemente un régimen de comunicación entre la demandante y sus hijxs.

Como se desprende del relato de los hechos, esta es la única sentencia que la demandante no recurrió, pues fue tal el efecto nocivo que tuvo el devenir temporal y el abandono que lxs niñxs sintieron de parte de su madre que la demandante aceptó esa derrota, conformándose con el régimen de comunicación impuesto. A pesar de ello, sabemos que ese no fue el final de la historia, toda vez que el asunto concluye a nivel local con la privación de la responsabilidad parental de la misma.

En suma, no poder ejecutar una sentencia es igual de nocivo para lxs ciudadanxs a que la justicia no se pronuncie en un plazo razonable, ya que en ambos casos, y como detallamos *supra*, la vida no se detiene ni se suspende como un plazo procesal; los afectos y los rencores continúan desarrollándose, generando nuevas realidades que habilitan revisiones controversiales y para nada sencillas.

Lo lamentable del caso analizado redundaba en la ineficiencia estatal que termina por vulnerar las garantías del debido proceso legal, premiando al autor de una conducta indebida en detrimento de los derechos de grupos poblacionales que históricamente se encuentran en situación de vulnerabilidad, como los son las mujeres y los niñxs.

26 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 126 y 127.

c) Sobre la violencia de género perpetrada hacia la demandante

En otro orden de ideas, es preciso señalar que estamos frente a un caso atravesado desde su origen por actos discriminatorios y violentos hacia la demandante. Los golpes, amenazas y demás actos vejatorios que la demandante sufrió por parte de E. B. y sus familiares no fueron los únicos hechos que configuraron violencia hacia su persona. No podemos pasar por alto que la Federación de Rusia incurrió reiteradamente en conductas de tipo discriminatorio, ya sea por acción u omisión, que configuraron evidentes situaciones de violencia de género hacia la demandante.

El artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), de la cual la Federación de Rusia es parte, explica lo que se entiende por “discriminación contra la mujer”. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional.²⁷

Asimismo, el artículo 2 de la CEDAW establece que los Estados partes tienen la obligación de condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene dicho que los “medios apropiados” incluyen medidas que aseguren que un Estado parte: a) se abstenga de realizar, patrocinar o condonar toda práctica, política o medida que infrinja la CEDAW –obligación de respetar–; y b) adopte medidas para evitar, prohibir y castigar las violaciones de la CEDAW por terceros, incluidas las cometidas en el hogar y la comunidad, y proporcione resarcimiento a las víctimas de esas violaciones –obligación de proteger–.²⁸

Por su parte, nuestro sistema regional ha adoptado en el año 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará–. La misma define con gran claridad la violencia contra las mujeres, establece como central el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Asimismo, propone el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su necesaria reivindicación dentro de la sociedad.

En relación con las previsiones de ambos instrumentos internacionales, es imperioso señalar que la violencia contra las mujeres se constituye en una forma más de discriminación hacia las mismas.

En consideración de ello, y atento la falta de tratamiento y profundización por parte del TEDH respecto de la violencia de género consumada hacia la demandante por parte del Estado demandado,

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Proyecto de Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 16/12/2010, párr. 5.

²⁸ Ídem, párr. 37.

procedemos a detallar las conductas que calificamos como violentas y, por tanto, discriminatorias que tuvieron lugar en perjuicio de la Sra. Z. K. M.

En primer lugar, el Estado ejerció violencia institucional hacia aquella al fracasar en darle una respuesta –y brindarle la consecuente protección– luego de que la demandante formule dos denuncias por violencia de género: la primera, ante las autoridades locales, y la segunda, ante el representante de derechos humanos de la República de Chechenia.

Al respecto, el Comité de la CEDAW ha manifestado que la eliminación efectiva de la discriminación contra la mujer implica también que el Estado adopte medidas que aseguren que las mujeres puedan presentar denuncias en caso de violaciones de los derechos consagrados en la nombrada Convención y tengan acceso a recursos efectivos.²⁹ Sumado a ello, cuando la discriminación contra la mujer también viole otros derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad física, por ejemplo en los casos de violencia doméstica y otras formas de violencia, el precitado Comité refiere que los Estados parte están obligados a iniciar acciones penales, llevar a los infractores a juicio e imponer las sanciones penales correspondientes.³⁰ Todo ello fue incumplido por la Federación de Rusia.

En segundo lugar, la Federación de Rusia también incurrió en violencia institucional al no permitir que la demandante ejecute las sentencias a su favor. Mencionamos anteriormente que tal conducta vulneraba el derecho al debido proceso legal, pero no puede dejarse de lado que también resulta contraria a las disposiciones de la CEDAW en tanto con su actitud pasiva, el Estado incumple simultáneamente su obligación de facilitar la plena efectividad de los derechos de la mujer y tomar medidas para ello.³¹ En el caso, el derecho de la demandante de vivir con sus hijxs, cuidarlx, y vivir una vida libre de violencias.

Por último, el Estado vuelve a ejercer violencia hacia la demandante, esta vez de tipo simbólica, al admitir que se reabra el caso ante la presentación de hechos nuevos que darían cuenta de un obrar inmoral de la demandada.

De los antecedentes del caso surge que E. B. solicitó la reapertura del juicio que había culminado con el rechazo de la privación de la responsabilidad parental de la demandante y la orden de que lxs niñxs regresen con su madre, para que, en virtud de los hechos nuevos alegados –desconocidos durante el pronunciamiento anterior–, se revea la decisión adoptada. Pues bien, los hechos nuevos se basaban en la acusación de E. B. sobre el supuesto comportamiento inmoral de la demandante. Aquel manifestó que esta había mantenido una relación con otro hombre luego del fallecimiento de su marido, en cuyo mantenimiento destinaba el dinero que recibía como pensión para mantener a sus hijxs. A su vez, presentó testigos que manifestaron haber visto a la demandante en vehículos de distintos hombres. E. B. concluye que ello da cuenta de la inmoralidad de la demandante y su consecuente ineptitud para ejercer un rol parental en forma apropiada.

29 Ídem, párr. 36.

30 Ídem, párr. 34.

31 Ídem, párr. 20.

Si bien la Corte del Distrito de Naursky en oportunidad de decidir sobre el fondo de la cuestión —el 31 de enero de 2012—, descartó que la demandante lleve una vida inmoral o haya descuidado a sus hijxs durante el tiempo que permanecieron bajo su exclusivo cuidado, lo cierto es que previamente la misma Corte hizo lugar a la revisión de la cosa juzgada, por considerar fundado el pedido de E. B.

Es allí donde surge con notoria evidencia que la justicia avaló un razonamiento de tipo discriminatorio con contenido de violencia simbólica y, por ende, también incurrió en ella, ya que, basándose en estereotipos de comportamiento de las mujeres-madres, hizo lugar a la reapertura del caso. Es decir, se deduce que el análisis de la Corte fue el siguiente: ante los hechos nuevos denunciados es factible que la demandante efectivamente sea una mujer inmoral e inepta para ejercer un rol materno apropiado, por consiguiente, de mínima, resulta procedente reabrir la causa para profundizar sobre la cuestión.

A propósito, en el año 2017, el mencionado Comité dictaminó, en una comunicación individual presentada contra la Federación de Rusia, que los Estados y, por ende, las autoridades judiciales se encuentran obligados a adoptar todas las medidas para modificar y transformar los estereotipos de género y evitar la creación de estereotipos injustos, que constituyen una de las causas fundamentales y una de las consecuencias de la discriminación contra la mujer.³²

Para clarificar sobre esta discriminación basta preguntarse si la justicia de la República de Chechenia hubiera reabierto el caso de haber sido un varón el acusado de tal comportamiento. En esa hipótesis, presumiblemente los hechos nuevos no hubiesen sido acogidos *prima facie* y la decisión no hubiese sido revisada. Así las cosas, queda de manifiesto que la demandante una vez más fue víctima de violencia por parte de quien tiene la responsabilidad de protegerla, especialmente por su condición de mujer. Y no siendo ello suficiente, tampoco el TEDH juzgó con perspectiva de género omitiendo evidenciar tales prácticas discriminatorias en su sentencia y, por ende, responsabilizar al Estado demandado a esos efectos, en tanto también ha vulnerado los derechos humanos de la demandante en ese sentido.

c) Los derechos del niñx

Por último, consideramos indicado efectuar algunas reflexiones en cuanto a los derechos de lxs niñxs en cuestión. Puntualmente, nos preguntamos, ¿se les ha garantizado su derecho a ser oídxs?

En primer término, debemos señalar que la Federación Rusa en el año 1990 ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Es relevante recordar que el *corpus juris* internacional de derechos de niñxs y adolescentes (en adelante, NyA) se encuentra presidido por la CDN, tratado internacional del sistema universal que reconoce los derechos humanos básicos de los NyA.

32 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *OG Vs. Federación de Rusia*, C/68/D/91/2015, 20 de noviembre de 2017.

Por su parte, son cuatro los cimientos o pilares que guían la interpretación y aplicación de este instrumento internacional clave para la infancia. Ellos son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el derecho a ser oído.

El último de ellos se encuentra receptado en el artículo 12, del que nace la obligación para los Estados de escuchar a los NyA en todos los asuntos de sus vidas que los afecten y en todas las instancias o procedimientos que lo requieran, conforme su edad y grado de madurez.

Ahondando más, el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12 ha señalado que

El artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas.³³

Volviendo a la pregunta inicial, en este proceso la respuesta resulta clara: lxs niños no fueron escuchados y cuando lo fueron las dos hijas mayores, la contundencia de los hechos y el avance del tiempo volvieron dicha escucha un mero formalismo.

De forma sintética podemos afirmar que el Estado no garantizó el derecho de lxs niños en cuestión a ser oídos en un asunto tan trascendental para su vida como lo era el vínculo con su progenitora tras la muerte de su padre. El reconocimiento de los NyA como sujetos de derecho no puede ser escindido de la facultad de ejercicio de determinados derechos básicos como los son el de ser oídos en los asuntos que les conciernen.

4. Palabras de cierre

El interesante caso analizado evidencia cómo aun contemporáneamente algunos Estados continúan vulnerando los derechos humanos fundamentales de sus ciudadanxs, haciendo caso omiso a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que se encuentran obligados a cumplir.

Particularmente en el asunto en comentario queda de manifiesto cómo una mujer viuda no encuentra la protección estatal que merece siendo víctima, tanto ella como sus hijxs, de la violencia ejercida por los parientes de su difunto esposo y finalmente por parte del propio Estado.

³³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, CR/C/GC/12CRC, 20 de julio de 2009, párr. 81.

Se trata de un caso que denota una flagrante vulneración a los derechos humanos de la demandante en lo que respecta al debido proceso legal y al respeto por su vida familiar, además de la tutela especial de la que es destinataria por su condición de mujer. Por su parte, las agresiones, amenazas y, si se nos permite el término coloquial, la “bicicleta judicial” de la que fue víctima la demandante son harto lamentables en un Estado de derecho que debería propugnar por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y, sobre todo, por el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencias.

Con estas líneas les invitamos a reflexionar y cuestionar los estereotipos que aún imperan en el moderno derecho de las familias. En última instancia, poner blanco sobre negro y repensar estructuras tan arraigadas ha de ser una de las tantas finalidades de la reflexión académica.