



Análisis de los mecanismos de protección de los derechos del menor, cuando sus padres son víctimas de desaparición forzada

Autor invitado

Laura Isabel Gallego A.
laurag0561@gmail.com

Consideraciones preliminares

En los últimos años, Colombia ha sufrido de múltiples fenómenos de violencia que han afectado a todas las comunidades en el área urbana y rural. El paramilitarismo, las bandas criminales, las guerrillas y la delincuencia organizada, han sembrado el terror en su lucha por alcanzar el control y el poder territorial, dejando a su paso una estela de muerte, ruina y destrucción y un sin número de víctimas que aun hoy buscan del Estado el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Si bien es cierto, ingentes han sido los esfuerzos por parte de los mandatarios de turno por solucionar las inequidades sociales y combatir esos fenómenos criminales, generalmente los factores generadores de violencia permanecen en la comunidad, la corrupción y el narcotráfico siguen incrustados en la naturaleza del individuo y con ello se torna casi imposible encontrar una solución a corto plazo, por el contrario los fenómenos se repiten y la violencia pareciera que solo cambia de titulares.

En ese complejo escenario múltiples son las conductas punibles que pueden afectar a la sociedad; el homicidio, la extorsión, el secuestro, el desplazamiento forzado, hacen parte de los titulares de todos los noticieros día a día, lo cual ha significado que la

sociedad pierda la sensibilidad frente a estos temas, en muchos casos queda desapercibido al pasar a la siguiente sección del informativo.

En ese contexto, surgen diversos delitos de los cuales se destaca la desaparición forzada, como fenómeno criminal que afecta de manera sustancial los derechos de los individuos a la existencia y a la presencia en el seno de una comunidad, pero no como un tipo penal *per se*, sino desde la perspectiva de la afectación a los derechos de los menores víctimas de esta oprobiosa conducta –cuando sus padres son objeto de desaparición– analizando los mecanismos existentes en la actualidad en especial los destinados a garantizar el pleno goce de las garantías derivadas del Estado de derecho.

Lo anterior, por cuanto la Constitución de 1991 a partir de los contenidos del artículo 44 superior, ha ubicado a los menores y sus intereses por encima de otras prerrogativas, al ser considerados los más vulnerables de la sociedad, por ello, cobra especial valor el estudio de la normatividad aplicable para el amparo de los derechos directamente relacionados con el mínimo vital, desde un ámbito global, que abarca el tema patrimonial, el derecho a la educación, a la salud, a la recreación, entre otros.

Todo lo anterior con el fin de evidenciar si en la actualidad con la normatividad existente es posible garantizar al menor el derecho a un futuro mejor, por la especial situación de desprotección en la que se encuentra, toda vez que ya es víctima, como se mencionó, de una conducta considerada de lesa humanidad, y el Estado debe propender por evitar situaciones de revictimización, más aun teniendo en cuenta los postulados incluidos en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, suscrita por las Naciones Unidas en el año 2007, aprobada e incluida a nuestra legislación mediante la ley 1418 del 1 de diciembre de 2010.

Por ello, el presente escrito se ocupará en primera instancia de analizar desde un aspecto amplio el delito de desaparición forzada, verificando la normatividad aplicable, así como su desarrollo jurisprudencial, enfocado al tema objeto de estudio, como segunda medida se estudiarán los mecanismos existentes en cuanto a la protección de los derechos de los menores desde el momento mismo de la desaparición, verificando si existen obligaciones por ejemplo en torno al acompañamiento psicológico y asistencial por parte de las entidades estatales, todo ello entendiendo que aún no opera la declaración de muerte presunta y con ello dichos derechos

permanecen en suspenso hasta la decisión judicial correspondiente.

Finalmente, con base en las normas de protección de los derechos del menor, se buscará evidenciar los posibles vacíos jurídicos existentes en la realidad jurídica nacional, que obstruyen el pleno goce de los derechos o que limitan las garantías que se pregonan en el Estado Social de Derecho donde como se ha destacado los derechos de los menores prevalecen sobre los demás.

La pertinencia de esta argumentación y el impacto que se busca con la misma, está orientada a evidenciar un problema en específico que surge de la compleja situación de violencia que vive nuestro país, donde cada día los menores resultan ser víctimas de diferentes conductas, pero en especial, porque cuando no existe certeza frente a la ubicación de los padres, en algunas ocasiones sus derechos quedan en suspenso al amparo de las instituciones que en muchos casos por falta de aplicación de la normatividad existente dejan de intervenir o intervienen en forma tardía cuando la afectación está materializada.

Es así que pretendo generar inquietudes en torno a todos los temas relacionados con las diferentes afectaciones que surgen de una conducta punible, desde un enfoque amplio no solo penal, ya que la

interpretación de una conducta punible debe partir del Derecho Constitucional, con ello se materializa la dignidad humana y se da utilidad a la potestad punitiva del Estado, buscando el ideal que se persigue en el preámbulo de nuestra constitución: “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

“En la medida en que el sufrimiento de los niños está permitido, no existe amor verdadero en este mundo.”
Isadora Duncan

1.El delito de desaparición forzada, análisis desde la perspectiva constitucional

La normatividad punitiva colombiana, considera como delito el hecho de someter a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, denominando esta conducta como desaparición forzada, por cuanto lesiona el bien jurídico libertad individual, ya que, por un lado se niega la posibilidad de gozar de la libre circulación por el territorio y por el otro, impide a los familiares y a la sociedad en general el conocimiento de la ubicación y el paradero de la víctima.

Con el fin de entender el alcance de la protección incoada en la ley penal, es preciso analizar el concepto a partir del desarrollo jurisprudencial, con el fin de encontrar en dichos precedentes el amparo que debe existir para los menores cuyos padres han sido víctimas de la conducta penal, especial situación que los hace aún más vulnerables teniendo en cuenta que han sido privados no solo de la posibilidad de tener a sus progenitores a su lado, sino del derecho a la familia y a no ser separados de ella, contenido en la Declaración Universal de los derechos del niño del año 1959.

1.1. La protección especial para los menores frente al delito de desaparición forzada, en los pronunciamientos de las altas corporaciones.

Al revisar el estado del arte existente en los pronunciamientos de los órganos colegiados, es importante manifestar que la Corte Constitucional (en adelante la Corte) ha desarrollado una línea jurisprudencial muy prolija que ubica la conducta y su desarrollo partir de los pronunciamientos que se han surtido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, los cuales si bien es cierto hacen parte de lo que se ha denominado soft law, al ser estudiados en su integralidad, conforman el llamado bloque de constitucionalidad y por ello su alcance es obligatorio

para los operadores judiciales que tiene la obligación de analizar esas conductas.

En ese sentido, la Corte ha indicado que el marco normativo aplicable debe obedecer al sentido estricto del respeto por los derechos y las garantías fundamentales, observado de manera obligatoria los instrumentos que han sido desarrollados por el derecho internacional y que han sido fruto de las conquistas históricas y las reivindicaciones sociales, en ese sentido se ha planteado:

“A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección (Sentencia de Constitucionalidad, 2002)”.

Por ello su obligatoria aplicación en el derecho interno, por cuanto la conducta ha sido considerada como de ejecución permanente, en la medida que los elementos del tipo permanecen incólumes hasta el conocimiento del paradero de la víctima, lo cual podría resultar perjudicial para los derechos de

los menores en la medida que al desconocer el paradero de la víctima, se impide el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad.

Anudado a lo anterior, el perjuicio en relación con el aspecto patrimonial, toda vez que se podría entender que hasta tanto no existe la pena certeza del paradero de la víctima, esto incluye la declaración o sentencia judicial por el delito de desaparición, no podrían por ejemplo iniciarse la acción civil tendiente a lograr la plena utilización de los bienes de los ausentes, lo cual podría afectar el derecho al mínimo vital de los menores que requieren como se ha planteado una protección reforzada por parte del Estado.

“El Estado deberá también adoptar medidas apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas y sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad. De lo que se trata es de no permitir que por causa de la desaparición, los familiares o las víctimas en general que padecen en su ser querido tal gravamen, sufran una nueva afectación para definir situaciones jurídicas que en principio sólo podrían concretarse de establecer el paradero de la persona desaparecida (Sentencia de constitucionalidad, 2011)”.

Obligación que viene inmersa en el precedente jurisprudencial, según el cual los menores de edad, cuyos derechos son mayormente protegidos, deben gozar de las garantías del Estado para evitar procesos de revictimización, en especial porque el sufrir y padecer de esta conducta ya de por sí constituye una ofensa y una grave afectación, que no se debe soportar, como lo señala la Corte:

“De cualquier modo, en concordancia con el derecho vigente en materia de infancia y adolescencia, tanto a nivel interno como del derecho internacional, se establece el deber de preservar el interés superior del niño como consideración primordial, por la cual se incluye su derecho a expresar libremente su opinión, que ha de ser valorada en función de su edad y madurez (Sentencia de constitucionalidad, 2011).”

Y no solamente la Corte se ha pronunciado en torno a este derecho, y la especial protección que debe tener un menor cuando es víctima de esta conducta, bien sea porque padezca en carne propia las consecuencias del tipo, o porque sus padres como es el objeto del análisis propuesto, así lo sean. Al respecto La Corte Interamericana de derechos humanos ha señalado:

“En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica

y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos (Caso 19 comerciantes Vs Colombia, 2004)”.

Lo cual se hace más evidente cuando se le niegan a los menores las garantías necesarias para el libre desenvolvimiento en sociedad, una vez han sido estos o sus padres víctimas del delito de desaparición forzada, allí la intervención del Estado debe estar materializada a partir de instrumentos idóneos de intervención efectiva, que permitan por parte de las instituciones idóneas garantizar el derecho al mínimo vital global, lo que traduce en el reconcomiendo como individuos de las garantías que el Estado de derecho brinda.

El proceder de manera contraria implica en palabra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“la violación al derecho a la integridad personal de los familiares de las

víctimas mencionados se verifica debido al impacto que ha generado en ellos y en el seno familiar la desaparición forzada de sus seres queridos, a la falta de esclarecimiento de las circunstancias de su muerte, al desconocimiento del paradero final de los mismos y a la imposibilidad de darle a sus restos una adecuada sepultura. Al respecto, el perito Endo indicó que “una de las situaciones que comprende gran parte del sufrimiento por décadas es la ausencia de sepultura, la desaparición de los cuerpos [...] y la indisposición de los gobiernos siguientes en la búsqueda de los restos mortales de sus familiares”⁵⁷, lo cual “perpetua el recuerdo del desaparecido, y dificulta el desligamiento psíquico entre este y los familiares que aún viven” impidiendo el cierre de un ciclo (Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, 2010)”.

Lo cual es un incumplimiento a un deber esencial, incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ello, la especial obligación para el Estado de propender por el respeto de los derechos de los menores víctimas de desaparición forzada, nace precisamente de las obligaciones internacionales contraídas desde la misma ratificación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, adoptada

en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 aprobada e incorporada a la legislación interna mediante la ley 1418 de 2010.

2. Análisis de los mecanismos de protección vigentes en la normatividad

La siguiente normatividad (Ley 1428 de 2010) se convierte en el punto de partida a partir del cual se debe interpretar el reconocimiento de la obligación por parte del Estado en garantizar los derechos de los menores cuyos padres han sido víctimas del delito de desplazamiento forzado, toda vez que esta incluye dentro de su articulado:

Artículo 25

1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente:

a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada;

4. Teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad,

el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada.

5. En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez. Procedimiento que al tenor de las disposiciones adoptadas en la citada ley, se debe aplicar a todas las actuaciones que involucren derechos y prerrogativas de los menores, por ello, cualquier decisión en torno a su patrimonio, educación, salud y bienes en general, deben contar los mecanismos necesarios de inclusión y protección para evitar que se presenten afectaciones que convierten al menor en una nueva víctima.

Lo anterior se torna indispensable por cuanto los menores mientras esperan información sobre lo sucedido a su familiar (padre o madre o los dos) desaparecido, deben

afrontar problemas específicos, que varían en función de su situación individual, del contexto local y de su entorno sociocultural. Los problemas que hallan son de diverso orden: psicológico, jurídico, administrativo, social y económico.

Al respecto el Comité Internacional de la Cruz Roja en la guía elaborada y dirigida a los parlamentarios, ha indicado:

“En la mayoría de los contextos, el estatuto de la persona desaparecida no es reconocido y, por ende, los familiares no tienen derecho a recibir ningún apoyo específico. Además, el estatuto jurídico indeterminado del cónyuge o de los descendientes de una persona dada por desaparecida tiene consecuencias por lo que respecta a los derechos de propiedad, custodia de los hijos, derechos de sucesión y posibilidades de volver a contraer matrimonio. También puede suceder que los familiares carezcan de información sobre sus derechos, así como sobre los trámites que deben realizar para obtener una ayuda financiera o material, y en cuanto al procedimiento para recibir apoyo jurídico (Jakob Kellenberger, 2007)”.

Los menores que hacen parte de las familias donde está presente una persona desaparecida, sufren, por esta especial condición, muchos más problemas que otras personas

en situación de vulneración, la incertidumbre sobre la persona desaparecida y la ausencia del cuerpo, por ejemplo no les permite realizar el duelo ni a nivel psicológico ni a nivel social.

El Comité de la Cruz roja ha resaltado que numerosos familiares de personas desaparecidas tienen problemas económicos directamente vinculados a la desaparición de su ser querido y no logran satisfacer sus necesidades básicas en materia de alimentación, salud, vivienda, y educación de menores a cargo, etc. Como la mayoría de las personas desaparecidas son hombres adultos, muchas familias de personas desaparecidas pierden su sostén financiero. Con frecuencia las mujeres se convierten en jefas de hogar, aunque se les ofrecen menores posibilidades de sustento. Por otro lado, en la medida en que el estatuto de una persona desaparecida no es reconocido oficialmente, la familia por lo general no recibe el apoyo que suele darse a los familiares en caso de fallecimiento (Jakob Kellenberger, 2007).

Esta problemática ya evidenciada, permitió la construcción según se relata en la exposición de motivos de la ley 1531 de 2012, de la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, norma que entre

otros apartes incluye la posibilidad que se continúe con la personería jurídica de la persona desaparecida, y con los salarios si el desaparecido es funcionario público, y entre otros aspectos continúe con el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos menores.

Nótese entonces que la citada ley no plantea nada en cuanto a los bienes y recursos necesarios para garantizar el mínimo vital, por ejemplo de hijos menores cuando los padres no son funcionarios públicos, en este caso la mujer del desaparecido asume la obligación, pero que sucede entonces cuando resulten desaparecidos los dos, algo que de ninguna manera puede sonar descabellado en un Estado con el contexto de violencia analizado al inicio de la argumentación, ello sin duda constituye una omisión relativa que atenta precisamente con los derechos de los menores y con el derecho a la igualdad.

Bibliografía

Ley 599 de 2000.

Constitución política de Colombia.

Sentencia C-580/02.

Sentencia C-620/11.

Convención de Viena.

Caso 19 Comerciantes vs Colombia- Sentencia de 5 de julio de 2004.

Caso Gómez Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil, 2010.

Ley 1428 de 2010.

Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

Citación: Gallego, L. (2015). “Análisis de los mecanismos de protección de los derechos del menor, cuando sus padres son víctimas de desaparición forzada”. Kogoró: Revista de estudiantes de Antropología, No. 7. Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Departamento de Antropología, noviembre, pp, 6-15