

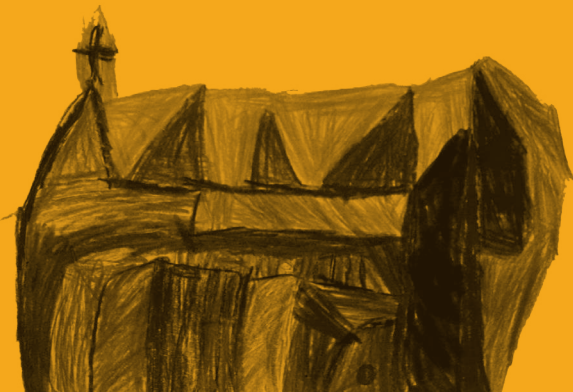
# Infancia y adolescencia en el sistema de Derechos Humanos. Vías de solución de eventuales conflictos normativos

DR. IVÁN D. KVASINA | Juez de 1<sup>era</sup> Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 5, Rosario.



myf

98





## Los Derechos de la Niñez y Adolescencia como Derechos Fundamentales y como Derechos Humanos

A los efectos de una mejor comprensión del tema a abordar, creemos necesario partir de ciertas precisiones conceptuales que nos servirán para orientar el sentido del presente trabajo.

En rigor, el concepto derechos fundamentales con el que hoy nos manejamos es el que se ha impuesto en la doctrina constitucional, sobre todo, por la influencia de la experiencia alemana. Así, Aldunate Lizana señala que la identificación entre derechos fundamentales con derechos consa-

grados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los *Grundrechte* (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (*Menschenrechte*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). A partir del texto de la Constitución de 1978 (título I, «De los derechos y deberes fundamentales»), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión «derechos fundamentales» (Aldunate Lizana, 2008, pág. 64).



A propósito del aporte doctrinario español sobre este tema, es dable traer a colación la opinión de Pablo Pérez Tremps, quien aclara, en primer lugar, que la diversidad de expresiones que se utilizan para referir a estos derechos responde a que muchas veces se parte de distintas perspectivas metodológicas, perspectivas históricas o, incluso, muchas veces se considera la estructura interna de los derechos. Empero este autor asevera que desde el punto de vista constitucional «la expresión 'derechos fundamentales' sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza 'ordinaria' que los demás derechos subjetivos poseen».

Tomando como referencia a la Constitución española, Pérez Tremps considera que los derechos fundamentales son los que la norma fundamental ha considerado como núcleo central del *status* jurídico del individuo. «En sentido estricto, pues, sólo los derechos

consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales, lo que se manifiesta en la especial rigidez exigida para su reforma, en el sistema reforzado de garantía para ellos previsto y en las garantías normativas impuestas a su desarrollo» (Pérez Tremps, 2010, T. 1, pág. 122).

De la lectura de las normas referidas por Pérez Tremps, puede inferirse que la doctrina española considera como «derechos fundamentales» a las siguientes situaciones jurídicas subjetivas positivas: a) a la igualdad y a la no discriminación; b) a la vida y a la integridad física y moral; c) a la libertad de conciencia y religiosa; d) a la libertad y a la seguridad; e) derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen; e) libertad ambulatoria; f) libertad de pensamiento y expresión; g) derecho de reunión; h) derecho de asociación; derecho electoral activo y pasivo; i) derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso; j) derecho al respeto del principio de legalidad penal y al trato digno en el cumplimiento de las penas; k) derecho a la

educación y derecho a la enseñanza; l) derecho a la asociación sindical y a la libertad sindical; m) derecho de petición individual y colectiva.

En rigor, parece claro que la expresión derechos fundamentales hace referencia a un concreto y especial conjunto de derechos subjetivos que en el plano del derecho interno gozan de una particular reconocimiento y protección dados por la misma Constitución.

La noción de «Derechos Humanos», en cambio, aparece más ligada al proceso de internacionalización de los mecanismos de protección de los derechos de las personas.

Reconociendo la fuerte influencia del pensamiento europeo, en el ámbito latinoamericano, se ha considerado que es posible sostener que bajo la expresión 'derechos fundamentales' se designa a los derechos garantizados por la Constitución y que, en cambio, la denominación 'derechos humanos', hace referencia a derechos garantiza-

dos por normas internacionales. Las primeras tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y las segundas, a los Estados y organismos internacionales.

Considero que aporta un alto grado de precisión jurídica a esta distinción el pensamiento de Mónica Pinto en nuestro ámbito doctrinario.

Luego de reseñar el proceso de evolución histórica que desembocó en una nueva realidad marcada por la aparición de un interés común de los estados y de la comunidad internacional tendiente a promover el respeto por los derechos de todo ser humano, concluye que la idea de derechos humanos «implica no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada». «Es en este orden de ideas que toda

acción u omisión de autoridad pública atribuible al Estado, según las reglas del derecho internacional, que importe menoscabo a los derechos humanos, compromete su responsabilidad en los términos del derecho internacional de los derechos humanos» (Pinto, 1997, pág. 10 y 11).

En tales condiciones, podemos afirmar que, conforme a la perspectiva teórica que venimos propiciando, la idea de derechos humanos necesariamente debe comprender a aquellos derechos –tanto subjetivos como grupales y también colectivos– que surgen de fuente normativa internacional y cuya violación, fundamentalmente, depara la inmediata responsabilidad internacional del Estado a quien se atribuye su menoscabo, agresión o tolerancia a su violación.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestro actual sistema constitucional claramente ostentan el doble carácter de derechos fundamentales y humanos. Basta hacer un somero repaso de diversas cláusulas

constitucionales y convencionales para fundar tal afirmación (art. 75, incisos 23 y 22, art. 19 CADH, art. 24, PIDCP, CDN).

Ello significa que un mismo sector poblacional considerado como «vulnerable» es objeto de simultánea protección por un diverso orden de normas que operan en planos, a veces simultáneos y concurrentes, otras veces paralelos, y otras veces también contradictorios y conflictivos.

El propio Víctor Bazán ha reparado en que la interrelación de los sistemas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos «se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales» (Bazán, Febrero 2014, N° 1).

Teniendo presente tal complejo contexto, el presente trabajo tiene por objeto pasar revista a distintos mecanismos de armonización normativa que permiten una más eficaz tutela de los derechos del grupo antes mencionado.

### **La regla de reconocimiento constitucional como vía de armonización entre la fuente interna y la fuente internacional**

Una primera dificultad se plantea a la hora de analizar la interrelación entre el sistema de derechos consagrado en la Constitución formal con los distintos sistemas protectores consagrados en los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional.

Entendemos que los interrogantes e inconvenientes que surgen en ese nivel de intersección normativa pueden encontrar razonable y satisfactoria respuesta en las interpretaciones doctrinarias que se han elaborado respecto del sistema argentino posterior a la reforma constitucional de 1994, en particular de la nueva redacción que ostenta el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional.

En ese orden se ha dicho que «...a partir de la última reforma constitucional, un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan en lo que de-

nominamos fórmula primaria de validez. Dicha fórmula agrupa las normas con mayor jerarquía dentro del sistema, por ello hasta entonces sólo formaban parte de ella las normas constitucionales. La función de este conjunto normativo es determinar tanto los criterios de concordancia material (o sea los contenidos normativos inferiores) como los criterios de concordancia formal (o sea la competencia para la sanción de normas inferiores). En este sentido hablamos de normas básicas de referencia para identificar las normas que habitan en la fórmula primaria de validez» (...) «Dentro de esta lógica, son válidas jurídicamente en el ordenamiento argentino sólo las normas que resulten concordantes, material y formalmente, con las apuntadas normas básicas de referencia». Y «En nuestro ordenamiento jurídico la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas foráneas –las citadas normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional–, lo cual potencia su naturaleza hetero-

génea. Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía» (Pizzolo, 2006).

Creemos que esta descripción efectuada por Pizzolo caracteriza impecablemente al marco normativo referencial necesario para cotejar la validez del derecho infraconstitucional y nos muestra su particular composición.

Ahora bien, ello no resulta suficiente en orden a demostrar el modo de funcionamiento de ese bloque normativo dotado de supremacía que condiciona la validez tanto formal como sustancial de todo el resto del sistema jurídico argentino.

En orden a la construcción de un enfoque técnico constitucional de tal cuestión, considero preciso partir de entender que el conjunto normativo dotado de supremacía en nuestro sistema no identifica ni presupone relación jerár-

quica alguna entre el sistema de derechos fundamentales establecido en el texto de la constitución formal y el sistema de derechos humanos que delinean los distintos tratados individualizados en el artículo 75 inciso 22 (más los que con posterioridad el Congreso de la Nación ha «jerarquizado»).

Siguiendo similar orientación, Adelina Loiano habla de una exigencia de «complementación» entre lo constitucional y lo convencional lo cual descarta, por lógica, la idea de jerarquía o prevalencia de una órbita sobre la otra (Loiano, 2008).

Víctor Bazán, por su parte, explica que la dinámica actual «...impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas». Y agrega que «Tal

mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH» (Bazán, «Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales»).

Dicha norma también es invocada por Loiano para afirmar que la «complementación» sólo puede interpretarse «en el marco del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por ser el que impone la regla máxima de interpretación a que debe sujetarse un conflicto normativo entre la Constitución (derecho interno), la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales de igual naturaleza».

Las opiniones recién citadas nos brindan un claro indicio acerca del senti-

do en que debe orientarse la actividad del operador del sistema a la hora de construir las reglas para evaluar la validez del derecho infraconstitucional y de articular un sistema normativo tutelar de los derechos fundamentales y humanos, en este caso, de la niñez y la adolescencia.

Más, somos de la idea de que quien expresa con mayor claridad el modo en que tal operación se efectúa es el doctrinario argentino Andrés Gil Domínguez.

Partiendo de la realidad normativa representada por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional este autor, tomando desarrollos de Hart, elabora la noción de «regla de reconocimiento constitucional».

Explica que «La regla de reconocimiento constitucional se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y una fuente externa (*ius cogens*, Tratados internacionales, costumbre internacional) en donde cada una presenta un espectro



de validez propio». Y, posteriormente, concluye que «A partir de la reforma constitucional de 1994, la fuente interna (la Constitución) y la fuente externa (los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional originaria y derivada) confluyen en la regla de reconocimiento con idéntica jerarquía normativa» (Gil Domínguez, 2007, pág. 43).

Es regla porque configura un espacio normativo determinado.

Es de reconocimiento porque previa a ser aplicada reconoce las condiciones de validez de la fuente externa y, mediante la aplicabilidad, combina dicho producto normativo con el de la fuente interna estableciendo el parámetro de validez de las normas inferiores. Es constitucional porque se reconoce suprema y de aplicación directa (Gil Domínguez, 2007, pág. 76).

Sentada, de tal modo, la idea basal de la regla de reconocimiento constitucional, el autor propone una metodología para solucionar eventuales conflictos

entre las distintas normas que confluyen en dicha regla.

Así, para el supuesto de colisión entre las mencionadas fuentes, considere que mediante el mecanismo de la ponderación debe establecerse una relación de preferencia condicionada utilizándose como patrones hermenéuticos los principios *pro homine* y *favor debilis* (Gil Domínguez, 2007, pág. 76). En tales condiciones, conforme a la citada técnica aplicada a las concretas circunstancias de cada caso, prevalecerá la norma internacional (de cualquiera de los instrumentos a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional) o la norma constitucional interna, según provean la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos, y al sistema de derechos en sentido institucional, u otorguen consideración prelatoria a los derechos de quien, en una relación jurídica desigual, enfrenta a una posición dominante o más fuerte que la suya.

Lo hasta aquí expuesto permite sostener que en el sistema jurídico argen-

tino los jueces deben hacer aplicación tanto de las normas de la Constitución formal como también de los principales tratados internacionales sobre Derechos Humanos a la hora de resolver los conflictos individuales que llegan a su conocimiento y que involucren directamente derechos de niños, niñas y adolescentes. Pero tal tarea jurisdiccional viene impuesta como un imperativo emanado de la propia Constitución, de la propia norma suprema que elaboró un particular criterio ordenador de fuentes desde la reforma constitucional de 1994.

### **El corpus iuris de los DD. HH. como vía de armonización normativa en el plano del Derecho Internacional**

Ahora bien, centrando nuestra perspectiva en el plano de la protección internacional de los Derechos Humanos, observamos que allí también se produce una confluencia de distintas normas protectorias de la niñez y la adolescencia.

Claramente se ocupan de este colectivo no sólo la Convención sobre los Derechos del Niño sino también otras disposiciones contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 19) y en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 24).

A la hora de compatibilizar tales reglas internacionales, una interesante alternativa se configura a partir de la noción de «*corpus iuris* de los derechos humanos».

Bien nos explica Daniel O'Donnel que dicha expresión es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional (O'Donnel, 2004, pág. 57).

En la Opinión Consultiva OC-16/1999, este Tribunal sostuvo que «El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)» (párr. 115).

Abordando uno de los puntos concre-

tos sometidos a su consideración, la Corte concluyó que: «...el derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables (párr. 124 y 141.6).

Pero lo más interesante para la temática que aquí nos convoca es la reafirmación de este criterio en la sentencia dictado en el caso de los Niños de la Calle. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana expresó que «Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir

a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana» (párr. 194). Interpretó el Tribunal que las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño «...permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las 'medidas de protección' a que alude el artículo 19 de la Convención Americana» (párr. 196). Además, la sentencia también cita algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales como las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad.

Entiende O'Donnel que la Corte Interamericana no se refiere a estos instrumentos en cuanto fuente de obligaciones para el Estado, pero sí se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de deberes que incumben al Estado.

Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana se refirió al «(...) *corpus iuris* de derechos y libertades» consagrados. En una nota se cita también la Declara-



ción sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. El párr. 197 cita textualmente la Regla 26.1 y la Directriz No. 9, señalando en ambos casos que el Estado debe tomar las medidas en ellos descriptas. La Opinión invoca, además de los instrumentos citados en el caso de los Niños de la Calle, ciertas disposiciones de las Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de los menores privados de libertad y reconoce el Convenio 138 de la OIT como parte del *corpus juris* internacional de protección de los niños.

Todo ello confirma que, a criterio de la Corte Interamericana, el *corpus juris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

Ahora bien, el propio O'Donnell advierte que este concepto «debe manejarse con conocimiento de sus límites teniendo en cuenta que se refiere esen-

cialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esta calidad». En otras palabras «...Cuando la Corte Interamericana declara que los Estados deben tomar las medidas previstas en ciertas disposiciones de las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad para cumplir con la obligación de asegurar cabalmente la protección de los niños, al tenor del artículo 19 de la Convención Americana, eso no significa que las Reglas de Beijing o las Directrices de Riad son instrumentos vinculantes; significa que el contenido de algunas de sus disposiciones aclaran el contenido de una obligación proveniente de otra fuente o fuentes» (O'Donnell, 2004, pág. 59).

### Conclusión

De lo hasta aquí desarrollado se extrae que, en nuestro sistema actual, el derecho de los derechos humanos se erige a partir de una convergencia del derecho constitucional y el derecho in-

ternacional, que pasan a constituir una fuente de derecho común. Tal convergencia tiene como objetivo principal otorgar la mayor protección y cobertura posible a la persona.

Es en tal particular contexto que los mecanismos aquí reseñados tratan, en definitiva, de encontrar las herramientas más adecuadas y funcionales para asegurar la protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Se genera, así, un rizoma de reglas dotadas de supremacía formadoras de un orden normativo y un orden simbólico que aporta elementos estructurantes en la constitución subjetiva de dicho sector social que, por su innegable condición de vulnerabilidad, necesita de una protección concreta y diferenciada.

Ese ambicioso esquema de influencias recíprocas debe constituirse, sin dudas, en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en los tiempos

que corren, para contribuir a superar algunas de las dificultades sistémicas que conspiran contra la cabal efectividad de los derechos básicos de los niños, niñas y adolescentes. ■

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, E. (2008). «*Los Derechos Fundamentales*». Santiago: Ed. Legal Publishing.
- BAZÁN, V. (s.f.). «*Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales*». 4.
- BAZÁN, V. (Febrero 2014, N° 1). «*Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales*». Suplemento La Ley de Derecho Constitucional, 5.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. (2007). «*La regla de reconocimiento constitucional argentina. Art. 75, inc. 22 CN. Doctrina. Jurisprudencia*». Bs. As.: Ediar.
- LOIANNO, A. (2008). «*El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina. Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo*». En S. A. –coordinadora–, «*El Control de convencionalidad*» (pág. 117). Bs. As.: Ediar.
- O'DONNELL, D. (2004). «*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*». Bogotá: Oficina Colombia del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- PÉREZ TREMPES, P. (2010). «*Derecho Constitucional*». Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PINTO, M. (1997). *Temas de Derechos Humanos*. Bs. As.: Editores del Puerto.
- PIZZOLO, C. (2006-D). «*La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*». LA LEY, 1023.