

## PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL: NIÑOS, ADOLESCENTES Y ANCIANOS

Néstor Pedro SAGÜÉS\*

SUMARIO: I. *Introducción. Derecho constitucional y derecho procesal constitucional.* II. *“Derecho de la minoridad”, “derecho de la ancianidad”.* III. *Poses constitucionales: brevedad o detallismo. “Recepción”.* IV. *Normas constitucionales referidas a los niños y adolescentes.* V. *Normas especiales sobre adolescentes.* VI. *Acciones positivas (affirmative actions).* VII. *Organismos estatales de atención de niños y adolescentes.* VIII. *Cláusulas constitucionales relativas a la tercera edad.* IX. *Evaluación.* X. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La atención constitucional de niños, adolescentes y ancianos tiene antecedentes en ciertas reglas de fines del siglo XVIII y principios del XIX (constitucionalismo liberal “de la primera etapa”), imbuidas de postulados morales vinculados a la idea de virtud republicana.<sup>1</sup> Pero ya en la Constitución francesa de 1848 (a nuestro juicio, la primera que se embarca en el consti-

\* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

<sup>1</sup> Por ejemplo, la Constitución francesa de 1795 señaló que “Nadie es un buen ciudadano si no es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo” (artículo 4o.), y el Estatuto Provisional argentino de 1815, dentro del capítulo de los “deberes de todo hombre en el Estado”, decía en su artículo V: “Todo hombre en el Estado debe... merecer el grato, y honroso título de hombre de bien, siendo buen padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo”. De esta regla pueden inferirse, por ejemplo, consecuencias jurídicas tuitivas de los hijos menores y de los padres ancianos desvalidos.

tucionalismo social, o de la “segunda etapa”),<sup>2</sup> pueden encontrarse en su artículo 13 normas específicas en tutela de la enseñanza primaria gratuita, la asistencia de los niños abandonados, de los enfermos y de los ancianos sin recursos que sus familias no pudiesen socorrer.

Si bien el constitucionalismo social tuvo por meta fundamental, cuando eclosiona después, con las Constituciones líderes de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), resolver la llamada “cuestión social” y amparar a los trabajadores, y de modo especial a los no adultos,<sup>3</sup> también incluyó —en algunos casos— reglas tuitivas de la familia, de los menores y de los ancianos, con independencia de su condición de obreros o empleados. Por ejemplo, para el caso de la Constitución de Weimar, el artículo 120 declaró deber de los padres, bajo vigilancia de la comunidad, la educación de los hijos; el artículo 122 prohibió la explotación de la juventud y su abandono moral, intelectual o físico, mientras que con el título de “Instrucción y establecimientos de enseñanza”, hay en su artículo 146 reglas acerca de la formación de los menores de 18 años, su admisión a las escuelas según las vocaciones de los niños, y conforme a su religión o concepción filosófica. Incluso, en este mismo artículo existieron normas que programaban subsidios para los padres de los niños de bajos recursos, con el propósito de que los infantes pudiesen concurrir a los colegios. En la sección V de la misma Constitución, rotulada “La vida económica”, el artículo 161 habla de la protección estatal contra las consecuencias de la vejez.

Pero es después de la segunda guerra mundial, en el escenario del “nuevo constitucionalismo” o “neoconstitucionalismo”,<sup>4</sup> donde las Constituciones asumen más divulgada y claramente, bien que no con la misma intensidad, la protección de niños, adolescentes o ancianos. Se parte del supuesto de su situación de sujetos débiles o vulnerables, de algún modo discapacitados (en el sentido de que, en el caso de los jóvenes, las cualida-

<sup>2</sup> Cfr. Tripier, Louis, *Constitutions qui ont régi la France*, París, Bulletin de la Législation Française, 1872, p. 320. La Constitución de 1848 proclamó entre otros beneficios para los trabajadores la igualdad en las relaciones entre patronos y obreros, y políticas de pleno empleo mediante obras públicas nacionales, igualmente en su artículo 13.

<sup>3</sup> Véase por ejemplo la regulación de la jornada laboral que hizo la Constitución mexicana de Querétaro según la edad del trabajador, de 12 a 16 años, y la prohibición de contratar laboralmente a menores de 12, en su artículo 123.

<sup>4</sup> Una de las notas del neoconstitucionalismo es su preocupación, más que por limitar el poder del Estado, de tutelar los derechos fundamentales. Véase Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 85.

des plenas de un adulto sano no están todavía desarrolladas, y en la hipótesis de la tercera edad, se encuentran ya debilitadas).<sup>5</sup> Respecto de los niños, se afirma incluso que son —como regla— los *más vulnerables* del grupo social.<sup>6</sup>

La protección constitucional tiene dos niveles clave: a) por un lado, una *política de igualdad*, en particular de oportunidades y de trato, que obliga a instrumentar “acciones afirmativas” o “positivas”, a favor de dichos menores, adolescentes y ancianos,<sup>7</sup> lo que implica incluso arbitrar por el Estado mecanismos de desigualación (“discriminación inversa”), destinados a compensar el déficit de destrezas naturales que ellos tienen, y de potenciar las capacidades con que cuentan; b) por otro, ya a título de solidaridad, ya de justicia, programar una *política de prestaciones* en su favor (educación, vivienda, atención médica especial, *v. gr.*), para que se satisfagan sus necesidades básicas y se respete en cuanto ellos el principio de dignidad humana. En definitiva, lo que se procura es una suerte de generalización o universalización de los derechos fundamentales, en el sentido que también los menores, jóvenes y ancianos tengan acceso a ellos, y los ejerciten efectivamente.<sup>8</sup>

Esto genera un catálogo de nuevos derechos (aunque algunos de ellos ya estaban anunciados o latentes en el constitucionalismo de la primera y de la segunda etapa), llamados “de tercera generación”. El derecho constitucional, ahora, descubre o se percata mejor sobre situaciones de debilidad que, aunque siempre existieron, antes solamente había ponderado de modo discreto, y algunas veces ignorado; e intenta robustecer a esos débiles de modo parecido al que el constitucionalismo de la segunda etapa (el “social”), tuteló, a partir de mediados del siglo XIX, a los trabajadores.

<sup>5</sup> Se discute intensamente, sin embargo, si cabe asimilar a los menores al grupo de sujetos disminuidos. Véase Asís Roig, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en Jiménez, Eduardo P., *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 43.

<sup>6</sup> Gerosa Lewis, Ricardo T., *Temas de derecho constitucional*, Esquel, ed. del autor, 2006, p. 94.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina. Lo que está en juego es la “diferenciación positiva”, que consiste en tratar de modo diferente “circunstancias y situaciones que se consideran relevantes”: Asís Roig, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad”, *cit.*, nota 5, p. 20.

<sup>8</sup> *Cfr.* Asís Roig, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad”, *cit.*, nota 5, p. 34. Se vincula con esto las ideas de “normalización”, “accesibilidad universal” y de “diseño para todos” (*ibidem*, p. 22).

Digamos, eso sí, que actualmente existe un debate intenso en torno a lo que podría llamarse la filosofía que anima a estos derechos. La concepción tradicional ha visualizado el tema de los menores y de los ancianos, pasada la etapa de la ignorancia o del rechazo del asunto, de modo análogo al de los discapacitados, como una cuestión de tutela a quien se encuentra en una situación de infracondición o despotencialidad. Ese esquema redentorista se lo denomina “rehabilitador”. Nuevas perspectivas, sin embargo, aprecian la situación como problema *social*: esto es, como un déficit (no del menor, del joven o del anciano), sino de la comunidad para entender, valorar, captar y tratar adecuadamente a los sujetos que mencionamos.<sup>9</sup> Ambos enfoques, en verdad, no son absolutamente incompatibles, y pueden en buena medida armonizarse inteligentemente.<sup>10</sup>

Aparte de las cuestiones de fondo, son importantes también las previsiones normativas de tipo procesal constitucional y subconstitucional, para asegurar ante los tribunales los derechos sustantivos de menores y ancianos. Al respecto, muchas veces el arsenal procesal constitucional clásico, como las acciones de amparo o los recursos e incidentes de constitucionalidad, pueden ser insuficientes, por lo que aparecen reglas nuevas en las referidas acciones afirmativas o en cláusulas, incluso en ciertos países a nivel constitucional, que regulan de modo concreto, por ejemplo, la tramitación de procesos penales y en ciertos casos civiles y laborales referidos a niños y adolescentes, o que programan una judicatura especializada para ellos.

## II. “DERECHO DE LA MINORIDAD”, “DERECHO DE LA ANCIANIDAD”

Puede mencionarse, incluso, la existencia de un manejo normativo de distintos niveles dedicado a los menores, jóvenes y ancianos, configurativo en cada caso de dos disciplinas jurídicas con pretensiones de cierta autonomía.

<sup>9</sup> Véase sobre el tema Palacios, Agustina, “¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español”, en Jiménez, Eduardo P. (coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, cit., nota 5, pp. 207 y ss.

<sup>10</sup> Campoy Cervera, Ignacio, “La discapacidad y su tratamiento en la Constitución Española de 1978”, en Jiménez, Eduardo P. (coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, cit., nota 5, p. 141.

Así, de ha hablado de un “derecho de menores”<sup>11</sup> y, por qué no, de un “derecho de ancianos”, o “de la ancianidad”,<sup>12</sup> comprensivo de reglas jurídicas constitucionales y de derecho civil, laboral, previsional, social, agrario, etcétera, relativas a los sujetos mencionados. Pero también el derecho internacional se ha preocupado (y cada vez con mayor atención) de ellos.

En definitiva, cabe distinguir tres niveles jurídicos de normas dedicadas a los menores, jóvenes y ancianos: *a) orden internacional; b) orden nacional constitucional; c) orden nacional infraconstitucional, o sub constitucional.*

En ciertos casos, algunos países confieren rango constitucional a determinadas convenciones de fuente internacional: así, Argentina (artículo 75 inciso 22 de su Constitución, respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, 1989), o Nicaragua, con el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 46 de la Constitución, que también alude al niño en su artículo 19). En estos supuestos, se produce una simbiosis entre los derechos emergentes de fuente internacional y de derecho constitucional doméstico, ya que ambos se amalgaman en el llamado “bloque de constitucionalidad”, comprensivo del texto constitucional y de los instrumentos internacionales con categoría constitucional.<sup>13</sup>

En este trabajo nos limitaremos al análisis de las normas tuitivas de menores, jóvenes y ancianos procedentes de las Constituciones locales latinoamericanas. No se pretenderá agotar el catálogo completo de esas prescripciones, sino mencionar, a título ejemplificativo, algunas de ellas. Por lo demás, el listado temático tampoco intenta citar a todas las Constituciones: bastará aquí aludir al derecho en cuestión, ilustrando su inserción en, por ejemplo, una o algunas leyes supremas, pero sin necesidad de incluir a todas las que así lo hacen.

<sup>11</sup> Véase por ejemplo autores varios, *Derecho de menores*, Rosario, Juris, 1992; Córdoba, Eduardo, *Universo jurídico del menor*, Córdoba (Argentina), Lerner, 1994; Feldman Gustavo, *Los derechos del niño*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, cit. por Gerosa Lewis, Ricardo T., *Temas de derecho constitucional*, cit., nota 6, p. 94; Ramidoff, Mario Luis, *Lições de directo da crianza e do adolescente*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 25.

<sup>12</sup> Cfr. Dabove Caramuto, María I., *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires Ciudad Argentina, 2002; López Aranguren, Eduardo, “Los derechos de la tercera edad”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 2, 1993.

<sup>13</sup> Sobre la expresión “bloque de constitucionalidad”, que no es unívoca, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 233 y 234, y Manilí, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 283.

### III. POSES CONSTITUCIONALES: BREVEDAD O DETALLISMO. “RECEPCIÓN”

Una visión exterior del tratamiento constitucional de los derechos de los menores, jóvenes y ancianos muestra dos posturas: o una descripción breve de esos derechos, al estilo de Argentina, Chile, Costa Rica, Perú o República Dominicana, por ejemplo, o una proclamación extensa y minuciosa, como lo hacen, *v. gr.*, Brasil, Ecuador, Honduras, Paraguay, Panamá o Venezuela. Desde luego, hay situaciones intermedias.

Algunas veces la Constitución es discreta en sus declaraciones, pero da rango constitucional a instrumentos de fuente internacional que disciplinan largamente el tema. Tal es el caso ya apuntado de Argentina, que como vimos, en su artículo 75 inciso 22 confiere tal carácter a la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas. Se ha operado así un procedimiento jurídico de “recepción”: el legislador constituyente, en vez de tratar por sí mismo la cuestión, la toma de otra fuente y la da por reproducida en el espacio constitucional local.

### IV. NORMAS CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

*a) enunciado general. La protección específica.* Una directriz muy frecuente en el derecho constitucional comparado es la protección “especial” o “particular” a los menores. Así, *v. gr.*, las Constituciones de Costa Rica (artículo 51, referida en este caso al niño). Ecuador (artículo 47: “atención prioritaria, preferente y especializada los niños y los adolescentes”). La de Cuba declara especial protección por parte del Estado, a la niñez y juventud (artículo 40). La de Colombia tutela en un artículo (el 40) a los niños, y en otro (41) a los adolescentes. En ciertos casos, la doctrina especializada (Mario L. Ramidoff), a partir del enunciado constitucional de los derechos de los menores —en el caso de Brasil, en particular los artículos 227 y 228—, habla de la “doctrina de la protección *integral*” de niños y jóvenes.<sup>14</sup>

*b) Derecho a la vida.* Figura como derecho explícito de los menores en ciertas Constituciones (Colombia, artículo 40, quien añade el derecho a la

<sup>14</sup> Ramidoff, Mário Luiz, *Lições de directo da crianza e do adolescente, cit.*, nota 11, p. 26.

integridad física), algunas de las cuales lo hacen comenzar, *v. gr.*, desde el embarazo (artículo 75 inciso 23, Argentina), o desde la concepción (Ecuador, artículo 49). La de Chile tutela a la “vida por nacer”, artículo 19). La de Venezuela protege la maternidad desde el embarazo (artículo 76). La de Paraguay prevé cuidados especiales al niño (también a la madre) durante el periodo prenatal (artículo 123).

*c) Derecho a la dignidad, respeto y libertad.* Aparece, por ejemplo, en la Constitución de Brasil (artículo 227).

*d) Derechos a la identidad, nombre y ciudadanía.* Aparecen así enunciados en la Constitución ecuatoriana (artículo 49). La de Colombia refiere al derecho al nombre y nacionalidad (artículo 44). Ciertas Constituciones aluden al derecho a investigar la paternidad, por ejemplo las de Panamá (artículo 57), Paraguay (artículo 53), o a establecer la filiación (Bolivia, artículo 195).

*e) Derecho a la igualdad.* La no discriminación entre hijos habidos dentro y fuera del matrimonio se menciona en varias Constituciones, como Panamá, artículo 56 (que subraya que tienen los mismos derechos en las sucesiones intestadas). La de Colombia proclama no solamente la igualdad entre los hijos intra y extra matrimoniales, sino también entre los adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica (artículo 42). Esa directriz se complementa con la prohibición de calificar la filiación en los documentos de identidad personal (*v. gr.*, Paraguay, artículo 53).

*f) Régimen penal sui generis.* Otras veces el Constituyente confiere a los menores una contemplación privilegiada en el ámbito del derecho punitivo. En ciertos casos la Constitución se limita a programar un sistema jurídico penal especial para ellos (El Salvador, artículo 35), pero en otros avanza más: los declara inimputables, no pudiendo ser internados en centros de detención destinados para adultos (Guatemala, artículo 20), ni en “una cárcel o presidio” (Honduras, artículo 122). Nicaragua advierte que no pueden ser objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno (artículo 35). El mismo artículo asevera que los menores transgresores no pueden ser conducidos a centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Para los casos de problemas de conducta juvenil, el artículo 59 de la Constitución panameña contempla una jurisdicción especial de menores, extensiva, por lo demás, a procesos de investigación de paternidad y abandono de familia, entre otros menesteres.

Una reciente reforma constitucional mexicana ha modificado al artículo 18 de la Constitución federal, programando un sistema penal especial para personas en desarrollo. En concreto, los menores de doce años que hayan realizado una conducta delictiva, solamente serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. Los menores de doce a 18 años tendrán un régimen singular, con las garantías genéricas y las específicas en función de su edad. La misma norma contempla medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral “y al interés superior del adolescente”. En cuanto estos últimos, la autoridad que disponga su remisión debe ser independiente de la que les imponga una medida. El internamiento está previsto para mayores de 14 años, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. También la Constitución enuncia la admisión de formas alternativas de justicia.

g) *Derecho a la rehabilitación.* Pensado para los menores de “conducta irregular” (pero también para los niños física o mentalmente deficientes, los huérfanos y los abandonados), está descrito por el artículo 120 de la Constitución de Honduras, a través de una legislación especial que incluya, según el caso, vigilancia o protección.

h) *Derechos laborales.* En este orden se contempla el derecho de los menores a un tránsito productivo hacia su vida adulta, y en particular, para la capacitación y su primer empleo (Venezuela, artículo 79), con reglas prohibitivas para el trabajo de menores de 14 años, y limitaciones para los menores de 16, como para el trabajo nocturno (México, artículo 123. Ver también, a título de muestra, las restricciones imperantes en las Constituciones de Honduras, artículo 128, Guatemala, artículo 102), o simplemente prohibiendo el trabajo de los menores que afecte su desarrollo físico, intelectual y moral (Paraguay, artículo 90), o su ciclo de instrucción obligatoria (Nicaragua, artículo 84). La de Panamá después de prohibir el trabajo para menores de 14 años en general, aclara de modo particular que no podrán desempeñarse como sirvientes domésticos; y, de todos los menores, en trabajos insalubres (artículo 66). También existen reglas constitucionales que imponen el salario igual sin distinción de edades (Panamá, artículo 63), o que vedan las discriminaciones laborales por la edad (Venezuela, artículo 89).

i) *Previsión y seguridad social.* También en este tema hay un rosario de cláusulas específicas, por ejemplo para la niñez en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental



(Argentina, artículo 75 inciso 23), la providencia social para el gestante, y la asistencia social de la infancia, niños y adolescentes carenciados (Brasil, artículos 201 y 203).

*j) Educación.* Algunas veces se enuncia de modo genérico el derecho de los menores a la educación y a la cultura (Colombia, artículo 44), o a la educación (Bolivia, artículo 199). Ocasionalmente se subraya el deber de los padres de contribuir activamente a su educación y formación integral (Cuba, artículo 38). La misma Constitución de Cuba destaca el deber del Estado de suministrar material escolar a niños y jóvenes, cualquiera que sea la condición económica de su familia, y de darle la oportunidad de cursar estudios según sus aptitudes, conforme las exigencias sociales y las necesidades del desarrollo económico y social (artículo 51). La promoción de la “educación parvularia” figura en el artículo 19 de la Constitución chilena, como en el artículo 56 de la Constitución de El Salvador. La de Honduras destaca que la educación de los menores es responsabilidad de los padres durante la minoría de edad, pero el Estado tiene que brindar especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados para ello (artículo 121). También la de Nicaragua subraya que los padres deben atender la educación integral de sus hijos (artículo 73. En términos parecidos se refiere el artículo 55 de la Constitución panameña, y artículo 6 de la peruana). La de Honduras incluye un deber especial para los medios de comunicación: cooperar con la formación y educación del niño (artículo 125).

*k) Salud.* Si bien la mayoría de las Constituciones latinoamericanas proclaman un genérico derecho a la salud de todos los habitantes, hay reglas específicas para la salud física, mental y moral de los menores en las Constituciones de Bolivia, artículo 199; o enuncian el deber de la familia, de la sociedad y del Estado de cuidar de la salud de infantes y adolescentes (Brasil, artículo 227. La de Ecuador habla de la “salud integral” de los niños y adolescentes (artículo 49), y la de Honduras, del derecho a crecer y desarrollarse “en buena salud”, para lo cual deberá contar con servicios médicos adecuados (artículo 123). La Constitución de la República Dominicana se propone combatir la mortalidad infantil y obtener el sano desarrollo de los niños (artículo 15).

*l) Alimentación.* Este derecho de los menores aparece, *v. gr.*, en la Constitución de Cuba (artículo 38), Bolivia (artículo 199), Ecuador (habla de su “nutrición”, artículo 49), Honduras (artículo 123). La de Paraguay opta por

proteger al menor contra la desnutrición (artículo 53). La de Colombia propone una “alimentación equilibrada” (artículo 44).

m) *Desarrollo*. La meta de un desarrollo armónico e integral del menor es asumida por el artículo 44 de la Constitución de Colombia, “con ejercicio pleno de sus derechos”.

n) *Vivienda*. Se menciona tal derecho del menor, por ejemplo en la Constitución de Honduras (artículo 123).

o) *Derecho a ser criado en familia*. Se menciona, *v. gr.*, en la Constitución de Venezuela (artículo 75), quien habla de la familia de origen; en su defecto, el menor tendrá derecho a una familia sustituta. La de Colombia enuncia el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado en ella, teniendo derecho, además, al cuidado y al amor (artículo 44). La de Brasil tutela igualmente el derecho a la convivencia familiar (artículo 227).

p) *Deberes paternos*. Varios de los derechos de los menores (alimentación, crianza, cuidado, educación), importan correlativas obligaciones paternas (por ejemplo, artículo 227 de la Constitución de Brasil, aunque responsabiliza también a la sociedad y al Estado). Son deberes amplios, que alcanzan, a título de muestra, al mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos (Constitución de Nicaragua, artículo 73). En ciertos casos la Constitución limita esos deberes, hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad; o mientras fueren impedidos (Colombia, artículo 42).

q) *Recreación y deportes*. Así figura este derecho, *v. gr.*, en la Constitución de Ecuador (artículo 49), Honduras (artículo 123), Colombia (artículo 44, sobre la recreación, lo mismo que la de Brasil, artículo 227).

r) *Derecho a ser consultados*. “En los asuntos que les afecten”, apunta el artículo 49 de la Constitución ecuatoriana.

s) *Derecho a la libre expresión de sus opiniones*. Es mencionado en el artículo 44 de la Constitución colombiana.

t) *Adopción*. Ciertas Constituciones promueven el sistema de adopción de menores (Nicaragua, artículo 79; Guatemala, artículo 54. Se refiere a menores huérfanos o abandonados, y aclara que el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Una norma parecida se inserta en el artículo 75 de la Constitución de Venezuela, la que advierte que el instituto de la adopción lo es en beneficio del adoptado).

u) *Primacía del interés del niño*. *Prioridad en el auxilio*. Ocasionalmente la Constitución declara que los derechos del niño, en caso de conflicto, prevalecen sobre los demás (Paraguay, artículo 54, Colombia, artículo 44),

o que su interés es superior (Venezuela, artículo 78). La patria potestad también se declara en interés de los hijos, aunque en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad (Bolivia, artículo 197. Una solución relativamente similar adopta el artículo 55 de la panameña). En otros casos se expresa que los niños deben ser los primeros en recibir auxilio, protección y socorro (Honduras, 126).

v) *Prohibiciones constitucionales.* Varias Constituciones incluyen la condena de actos perjudiciales a los menores, incluso cometidos por particulares. Su nómina se ha incrementado sugestivamente en los últimos años. Así, se prohíbe el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, venta, abuso sexual y explotación laboral (Colombia, artículo 44). La de Ecuador programa una protección específica contra el tráfico de menores, la pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas, y condena el maltrato, la negligencia, la discriminación y la violencia contra los menores (artículo 50). También incluye la misma norma una tutela concreta “frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género o la adopción de falsos valores”. La de Honduras proscribiera cualquier forma de abandono, crueldad, explotación, trata, o la utilización de los menores por los padres y otras personas, para actos de mendicidad (artículo 124). El abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación son asimismo reprimidos por la Constitución paraguaya (artículo 53). La de Brasil determina que el menor debe estar a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad u opresión (artículo 227).

## V. NORMAS ESPECIALES SOBRE ADOLESCENTES

Sin perjuicio de algunas reglas que ya hemos detallado, la Constitución de Brasil contempla el caso de programas particularizados para adolescentes portadores de deficiencias, y también respecto del trabajo, convivencia y facilitación al acceso a los bienes y servicios colectivos, así como en cuanto la eliminación de preconcepciones u obstáculos arquitectónicos. Asimismo, con relación al acceso del trabajador adolescente a la escuela, la asistencia profesional técnica ante la comisión de actos de infracción, y regímenes peculiares en cuanto las medidas privativas de libertad de ellos,

dentro de un marco de excepcionalidad y brevedad, así como de prevención y tratamiento de drogadicciones (artículo 227).

Cabe recordar las reglas de la Constitución paraguaya concernientes de modo singularizado a la “activa participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país” (artículo 56), que se repiten en buena medida en el artículo 78 de la Constitución venezolana, la que contempla también el “tránsito productivo hacia la vida adulta” de los jóvenes, y en el artículo 89 prohíbe su explotación económica y social. El artículo 45 de la de Colombia, refiere asimismo a la formación integral de los adolescentes.

Hemos visto ya (*supra*, IV, f) que la reciente reforma constitucional mexicana de 2005, en el ámbito penal, hace operar el principio del “interés superior del adolescente”.

## VI. ACCIONES POSITIVAS (*AFFIRMATIVE ACTIONS*)

Una regla no frecuente en el derecho constitucional comparado es la de diseñar acciones afirmativas (también llamadas “positivas”) en pro de los menores. La Constitución argentina así o hace en su artículo 75 inciso 23, a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, a dichos menores (además de las mujeres, ancianos, personas con discapacidad).

Estas acciones afirmativas pueden asumir distinta intensidad. Las llamadas “suaves” robustecen la posición de menores y adolescentes sin afectar derechos de terceros (tal sería, *v. gr.*, el derecho de los niños y jóvenes a ser consultados en los asuntos que les afecten, o a la capacitación laboral). En cambio, las denominadas “duras” o “fuertes”,<sup>15</sup> llegan a tipificar a menudo casos de “discriminación inversa” a favor de dichos menores y adolescentes, que sí limitan a los derechos de terceros, produciéndoles ciertas desventajas. En tal variable, la tutela afirmativa, siempre que sea razonable, se visualiza como un remedio necesario e inevitable para proteger al sujeto por ella beneficiado. De haber colisión de derechos o de bienes, se

<sup>15</sup> Sobre acciones positivas “suaves” y “fuertes”, y acciones “compensadoras” y “protectoras”, véase López Guerra, Luis, “Constitución y género (consideraciones generales)”, en Flores Jiménez, Fernando (coord.), *Género y derecho constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 29 y ss.

prefiere entonces el correspondiente al menor, ante el cual deben ceder los derechos de los otros (*v. gr.*, en la adopción).

Si en materia de acciones positivas a favor de la mujer se discute si ellas deben tener un sentido “compensatorio” de discriminaciones negativas de diversa índole, o en cambio uno “protector” (este último con vestigios paternalistas que hieren hoy día al sentimiento de muchos defensores de la “perspectiva de género”), lo cierto es que respecto de menores y adolescentes priva en general la tónica protectora, partiendo (usualmente) de la idea de debilidad y vulnerabilidad en que se hallan, en virtud de no haber alcanzado su desarrollo físico y mental pleno.

#### VII. ORGANISMOS ESTATALES DE ATENCIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

Otra modalidad constitucional ha sido la de diseñar entes gubernativos encargados de velar por los niños y jóvenes. Así, el Patronato Nacional de la Infancia, concebido como órgano autónomo por la Constitución de Costa Rica (artículo 55), o el instituto (no titulado específicamente) previsto por el artículo 59 por la de Panamá, algo análogo a lo programado por el artículo 52 de la Constitución ecuatoriana, que habla de un “órgano rector” del sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia.

#### VIII. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA TERCERA EDAD

Aunque con menor intensidad —en comparación con los menores— la tercera edad también ha preocupado al Constituyente. Destacamos, también a título ejemplificativo, algunas de esas normas:

*a) Protección expresa.* Está anunciada por las Constituciones de Colombia (artículo 46), Costa Rica (artículo 51), República Dominicana (“en la forma que determine la ley”, artículo 8o. inciso 17), Brasil (artículo 230, como obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, fórmula también usada por el artículo 77 de la Constitución de Nicaragua), Colombia (artículo 47), Honduras (artículo 117), Paraguay (que habla de “protección integral”: artículo 57). El artículo 70 de la Constitución de El Salvador declara que el Estado tomará a su cargo a los indigentes que por su edad sean

inhábiles para el trabajo. La Constitución peruana protege especialmente “al anciano en situación de abandono” (artículo 4).

b) *Derecho a la vida*. Se enuncia por la Constitución de Brasil en su artículo 230.

c) *Dignidad y bienestar*. También contemplado por la Constitución brasileña en su artículo 230, se repite en el artículo 54 de la Constitución de Colombia bajo el título de “nivel digno de vida”. La de Venezuela habla de la dignidad humana de los ancianos, y el derecho a la calidad de vida (artículo 80). La preservación del bienestar de los ancianos se menciona en el artículo 8 inciso 17 de la Constitución de la República Dominicana.

d) *Pleno ejercicio de sus derechos*. Está garantizado por el artículo 80 de la Constitución venezolana.

e) *Derecho a la autonomía*. Se encuentra explícitamente aludido por el artículo 80 de la Constitución de Venezuela, y es una directriz muy significativa por las secuelas que produce.<sup>16</sup>

f) *Alimentación*. La Constitución de Colombia alude en su artículo 46 a un subsidio alimentario para los ancianos, “en caso de indigencia”. El artículo 51 de la Constitución de Guatemala les otorga sin condicionamientos el derecho a la alimentación, al igual que Panamá (artículo 52), Paraguay (artículo 57).

g) *Salud*. “Atención integral de salud”, asegura el artículo 54 de la Constitución colombiana. Protección de la “salud física, mental y moral” de los ancianos, es la promesa del artículo 51 de la Constitución de Guatemala, compartida por Panamá (artículo 52). Paraguay (artículo 57), menciona servicios sociales que cubran la necesidad de la salud, mientras que la República Dominicana habla de preservar la salud (artículo 8 inciso 17).

h) *Estabilidad física y mental*. Esta situación, garantizada por la Constitución de Colombia a las personas de la tercera edad, involucra según la

<sup>16</sup> Aunque son pocas las Constituciones que enuncian para los ancianos ese derecho, el mismo está asumiendo hoy día una importancia relevante. Se vincula con la idea del libre desarrollo de la personalidad del individuo, o “principio de vida independiente”, que le permite al anciano escoger su conducta. Idénticas consideraciones pueden formularse sobre los discapacitados. Con relación a los menores, el tema es desde luego más debatido. Véase por ejemplo Asís Roig, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad”, *cit.*, nota 5, pp. 43 y ss. Con los ancianos el tema se conecta de modo particular con su derecho a escoger dónde vivir, frente a la internación, de hecho a menudo forzosa, dispuesta *v. gr.* por sus familiares en geriátricos. Véase también Davobe Caramuto María I., *Los derechos de los ancianos*, *cit.*, nota 12, p. 400, cuando desarrolla “la necesidad de asegurar a cada anciano el espacio de libertad que necesita para personalizarse”.

norma constitucional (artículo 54), “una adecuada asistencia económica y psicológica”.

*i) Seguridad social.* La protección tal vez más básica es la de programar el sistema de seguridad social para atender la situación de vejez: así, el artículo 158 de la Constitución de Bolivia. La Constitución colombiana añade que el régimen de seguridad social para la tercera edad debe ser integral (artículo 46). La de Cuba establece al sistema de seguridad social, entre otros, para “el trabajador impedido por su edad” (artículo 47). La de Guatemala diseña para los ancianos un sistema de seguridad y previsión social (artículo 51), como la Constitución de Panamá (artículo 52). La de Uruguay contempla un régimen de “pensión a la vejez” (distinto a las jubilaciones), para aquellos que al llegar al límite de la edad productiva, “después de larga permanencia en el país”, carezcan de recursos para atender a sus necesidades vitales (artículo 67). La de Venezuela (artículo 80), aclara que las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.

*j) Asistencia social.* Está contemplada para los ancianos “sin recurso ni amparo”, por la Constitución cubana, en su artículo 48.

*k) Integración a la vida activa y comunitaria.* Así lo dice, *v. gr.*, el artículo 46 de la Constitución colombiana. La de Brasil (artículo 230) asegura su participación en la comunidad.

*l) Educación.* Está prevista para los ancianos por el artículo 51 de la Constitución de Guatemala y artículo 52 de la panameña. La de Paraguay habla de la atención de la cultura de la tercera edad (artículo 57).

*m) Vivienda.* La necesidad de vivienda para los miembros de la tercera edad se menciona en el artículo 57 de la Constitución del Paraguay.

*n) Derechos laborales.* Un trato especial para los trabajadores mayores de 60 años es declarado por el artículo 51 de la Constitución de Guatemala. También la de Venezuela asegura a los ancianos un trabajo acorde con los que manifiesten su deseo de laborar y estén en condiciones de hacerlo (artículo 80).

*ñ) Ocio.* Este derecho está previsto por el artículo 57 de la Constitución paraguaya.

*o) Atención tributaria preferente.* Esta prerrogativa para la tercera edad se enuncia en el artículo 54 de la Constitución de Colombia.

*p) Servicios para la tercera edad.* Se contemplan (sin especificarse cuáles) en el artículo 54 de la Constitución de Colombia. Ya apuntamos que la

Constitución del Paraguay (artículo 57), alude a servicios sociales que atienden alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio. La de Brasil dispone que los mayores de 65 años tienen gratuidad en los transportes colectivos urbanos.

q) *Derecho al hogar*. El artículo 230 de la Constitución de Brasil afirma que los programas de amparo a los ancianos deben desarrollarse preferentemente en sus hogares, norma que da a entender un derecho —en principio al menos— del anciano a residir en tal lugar.

r) *Acciones positivas*. Están referidas puntualmente para los ancianos por el artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina, para tutelar la igualdad real de oportunidades y de trato para los ancianos, así como el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales y de los emergentes de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

## IX. EVALUACIÓN

Un repaso del material tratado permite formular ciertas constataciones y algunas reflexiones críticas.

a. *Especificación de derechos*. En términos amplios, el actual constitucionalismo latinoamericano, con excepciones, parece situarse en el terreno de la llamada “especificación de derechos”, vale decir, en el otorgamiento de derechos especiales a personas (en nuestro caso: niños, adolescentes, ancianos), que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o de inferioridad de condiciones,<sup>17</sup> conformando ellas, para ciertos autores, una suerte de minorías que requieren atención y amparo particularizado, vale decir, *derechos sectoriales*. Por lo demás, esos sujetos necesitan ser protegidos tanto frente al Estado como frente a la comunidad y los particulares, por lo que las normas constitucionales que involucran a tales partes son, con frecuencia, “multilaterales”.<sup>18</sup>

La tutela constitucional genera no solamente *declaraciones*, sino también *prohibiciones* (véase apartado IV, *u*), y asimismo *prestaciones*, a car-

<sup>17</sup> Sobre la “especificación de derechos” y su problemática para los grupos vulnerables, véase Asís Roig, Rafael de, “Derechos humanos y discapacidad”, *cit.*, nota 5, pp. 33 y ss.; Campoy Cervera, Ignacio, “La discapacidad y su tratamiento en la Constitución Española de 1978”, *cit.*, nota 10, pp. 163 y ss.

<sup>18</sup> Davobe Caramuto, María I., *Los derechos de los ancianos*, *cit.*, nota 12, pp. 321 y ss. Sobre las normas multilaterales, véase Goldschmidt Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 212 y ss.



go de organismos públicos y de sujetos privados, como por ejemplo la familia, según ya hemos advertido (*Supra IV, o*). Respecto de los particulares, la Constitución puede demandar prestaciones dinerarias, e incluso afectivas (así, el amor, en cuanto los menores: véase *supra, IV, n*). En la satisfacción de esos derechos sectoriales, por último, parece estar interesado tanto el grupo beneficiado (menores y ancianos), como la sociedad en su conjunto, lo que produce un interés u orden público en su cumplimiento.

*b. Disparidad de trato.* La consideración constitucional de menores, adolescentes y ancianos es muy heterogénea, en particular desde el ángulo cuantitativo: hay Constituciones que apenas mencionan el tema, y otras que lo hacen largamente (*Supra III*).

La opción entre una legislación constitucional reducida, o una amplia, plantea incógnitas que hacen a la prudencia y a las posibilidades del Constituyente. En principio, parece encomiable que una Constitución prometa bastante (es decir, dentro de lo razonablemente justo, sin incurrir en un sobreproteccionismo exagerado que por su desmesura atente contra el bien común) a favor de los niños, jóvenes y ancianos. Sin embargo, si el país del caso carece de los medios para satisfacer tales anuncios, esas proclamaciones, algunas veces grandilocuentes y muy ambiciosas, donde ocasionalmente campean el utopismo, el plagio y de vez en cuando la demagogia constituyente, pueden transformarse en un ilusorio listado de “derechos imposibles” que lleva en sí el germen de un verdadero fraude constitucional para el pueblo.<sup>19</sup>

Asimismo, una descripción constitucional demasiado meticulosa puede provocar problemas si la realidad cambia y la regla constitucional concluye a poco desactualizada. En tal hipótesis, la Constitución, en lugar de operar como una pista de despegue, puede convertirse en una suerte de prisión para un desarrollo normativo ágil y a tono con los nuevos tiempos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si la Constitución fija una edad precisa, e inmodificable por el legislador ordinario, como inicio para la responsabilidad penal.

Por lo demás, un país con texto constitucional escueto pero no cerrado, está a menudo en condiciones de desplegar por interpretación judicial o por

<sup>19</sup> Sobre los “derechos imposibles” (y los “derechos imposibilitados”), nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 149 y ss. En cuanto el utopismo, plagio, gatopardismo y demagogia constituyente, derivamos al lector a nuestra *Teoría de la Constitución*, cit., nota 13, pp. 252 y ss.

la legislación infraconstitucional un buen aparato normativo a favor de menores, adolescentes y ancianos, manejando inteligentemente, por ejemplo, la cláusula de los derechos constitucionales “implícitos” o “no enumerados”, que es frecuente en el constitucionalismo latinoamericano.<sup>20</sup> Asimismo, de otros conceptos constitucionales genéricos o indeterminados dirigidos a todos los habitantes (derecho a la dignidad humana, a la vida, a la salud y educación, *v. gr.*), pueden inferirse o desprenderse (también exigirse) conductas y políticas estatales sumamente provechosas a favor de los grupos a los que hacemos referencia, siempre que una judicatura sanamente activista se decida a desarrollar dinámicamente a la Constitución, y construir respuestas constitucionales evolutivas en función de las necesidades de la minoridad o de la tercera edad. En resumen, llegado el caso, con una Constitución “corta” puede hacerse mucho, tanto o más que con una Constitución “larga”, en el tema que consideramos.

Paralelamente, si el Estado del caso suscribe, como de hecho ocurre, convenciones internacionales que regulan el tema de la asistencia de menores, adolescentes y ancianos, este aparato normativo externo cubre también un importante espacio normativo que permite atender debidamente el problema. El caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, es una buena muestra de ello. Máxime si el Constituyente local le ha dado rango constitucional, como es el caso de Argentina (artículo 75 inciso 22).

Un tema de interés, digno quizá de lo que metafóricamente podría llamarse turismo constitucional, es la inserción en la Constitución de reglas muy peculiares, como los casos, algunos ya citados, del permiso para viajar gratuitamente en el transporte urbano a los mayores de 65 años (Constitución de Brasil), o de normas para los menores trabajadores como sirvientes domésticos (Panamá). No es malo que una Constitución atienda necesidades o problemas singulares propios de la comunidad local, siempre que ellos tengan una magnitud que justifique su tratamiento constitucional, y que la respuesta puntual que dé el Constituyente, que tiene vocación de permanencia, merezca ser incluida necesariamente en la Constitución, y no resultar derivada al legislador ordinario.

<sup>20</sup> Por ejemplo, la Constitución argentina acepta como constitucionales, además de los derechos expresamente enunciados por la Constitución, los derivados de la forma republicana de gobierno y de la soberanía del pueblo (artículo 33); la de Costa Rica, los emergentes del principio cristiano de justicia social (artículo 74); la de Colombia, los “inherentes a la persona humana” (artículo 94), etcétera.

c. *Eficacia*. En definitiva, no porque una Constitución diga mucho a favor de los menores, adolescentes o ancianos, éstos gozarán efectivamente de un paraíso constitucional. La “fuerza normativa” de la Constitución depende tanto del *acierto intrínseco* de las cláusulas constitucionales (vale decir, a su legitimidad en función de la justicia y prudente razonabilidad), como de las posibilidades materiales de su realización, y —en mucho— de la llamada por Konrad Hesse “voluntad de Constitución”,<sup>21</sup> esto es, de la cultura constitucional de una sociedad (y de modo particular, de los operadores gubernativos, legislativos y judiciales), de cumplir con la ley suprema. La Constitución, en efecto, es desde el punto de vista fáctico una suerte de oferta o de propuesta que realiza el poder constituyente, que también (en el ámbito de las realidades) puede o no ser obedecida por los poderes constituidos, que son los operadores de la Constitución. Los casos de desnaturalización, infracción o manipulación constitucionales por parte de esos operadores son —entre otros— ejemplos (por lo común, nada edificantes) de *desconstitucionalización*, o sea, de pérdida de fuerza normativa de la Constitución.

En lo que hace a los jueces, es evidente que hoy día cumplen un papel cada vez más pronunciado en el tema, característica ésta del llamado *neoconstitucionalismo*, que pregona, en términos generales, además, una “Constitución invasiva”, al decir de Paolo Comanducci.<sup>22</sup> En primer término, lo realizan a través de la interpretación de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, especialmente en el desarrollo constitucional de la creación de nuevos espacios para esos derechos, conforme nuevos requerimientos, creencias y valoraciones; y en segundo, en el achicamiento de las otrora “cuestiones políticas no justiciables”. Temas como la ausencia o el déficit de partidas presupuestarias para atender los derechos constitucionales prometidos a los menores, adolescentes y ancianos, y a la vez incumplidos por el Estado, asuntos de obvio y vital significado para plasmarlos, con-

<sup>21</sup> Cfr. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 66 y ss., así como 71 y ss. Nos hemos referido al tema en nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 18 y 19.

<sup>22</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbo-nell, Miguel, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota 4, p. 131; Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo”, cit., nota 4, p. 81. Lo que acertadamente llama la “sobreinterpretación” de la Constitución provoca que —en particular— los jueces redescubran en ella principios y derechos implícitos, los desplieguen y desarrollen extensivamente.

ceptuados antes como ajenos a la revisión judicial de constitucionalidad, hoy terminan judicializados.

Interesa subrayar dos frentes de ese activismo judicial. Uno es el de la *inconstitucionalidad por omisión*,<sup>23</sup> fecundo terreno donde los jueces constitucionales pueden encontrar herramientas jurídicas para efectivizar derechos frente a silencios estatales en la reglamentación de las cláusulas constitucionales programáticas, o falta de dinero, *v. gr.* en escuelas y hospitales, para cumplir con las promesas de la ley suprema. La otra ruta es la de las *acciones positivas*, rara vez previstas explícitamente por el Constituyente a favor de menores, adolescentes o ancianos,<sup>24</sup> y que generalmente se conciben como medidas adoptadas por el Poder Legislativo, pero que no cabe desechar como vías instrumentadas, de modo creativo, por los jueces.<sup>25</sup>

No sin acierto, algunas veces se ha apuntado que la eficacia de una regla constitucional puede quedar anestesiada por el llamado “sometimiento a la legalidad”, que produce una suerte de *coactividad debilitada* de la norma constitucional protectora de menores, adolescentes y ancianos.<sup>26</sup> Esto ocurre cuando la Constitución enuncia un derecho pero lo somete a “la forma que determine la ley” (tal como lo hace la República Dominicana respecto de los derechos de los ancianos, en su artículo 17, según apuntamos). No obstante, el operador judicial puede y debe controlar tal “sometimiento a la ley”. Por ejemplo, si la ley no se sanciona, por vía de la ya mencionada *inconstitucionalidad por omisión*; y si la ley se dicta, pero desvirtúa o se aparta del mensaje del Constituyente, mediante el control judicial de razo-

<sup>23</sup> Véase sobre el tema Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, *passim*; Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, *passim*; Carpio, Marcos Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*, Querétaro, Fundap, 2004, *passim*; Sagüés, Néstor Pedro, “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 605 y ss.

<sup>24</sup> Hay excepciones, como es el caso ya visto del artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina, véase *supra*, VI.

<sup>25</sup> Véase Jiménez, Eduardo Pablo, “El tratamiento de las personas con discapacidad en el sistema constitucional argentino”, en Jiménez, Eduardo P. (coord.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, *cit.*, nota 5, p. 184.

<sup>26</sup> *Cfr.*, Prieto Sanchís Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 190 y ss.; Davobe Caramuto María I., *Los derechos de los ancianos*, *cit.*, nota 12, p. 331.

nabilidad, descalificando como inconstitucionales las leyes irrazonables, lesivas del debido proceso constitucional sustantivo.<sup>27</sup>

Resta agregar que la eficacia de los derechos de menores y ancianos depende asimismo de un adecuado sistema de acceso y de impartición de justicia, lo que implica adoptar una estructura tribunalicia adecuada, con los recursos humanos suficientes para afrontar el diligenciamiento y la decisión de los procesos concernientes a niños, adolescentes y personas de la tercera edad. La insuficiencia de aquellos medios daña profundamente la operatividad real del sistema constitucional de derechos, como también la falta de establecimientos adecuados para el alojamiento o rehabilitación, en particular en lo que hace a la esfera penal.

*d. Conflictos normativos.* Un problema de interés se presenta cuando una Constitución enuncia —por ejemplo— una medida tutelar de los menores, que puede colisionar con las prescripciones vigentes en un tratado internacional de derechos humanos. Así, hemos visto que el artículo 50 inciso 7 de la Constitución de Ecuador dispone una “protección firme a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promueven la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores”. Si bien el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 13-4, permite actos de censura en materia de espectáculos públicos para la “protección moral de la infancia y de la adolescencia”, y también, a tenor del inciso 5, prohíbe la propaganda incitativa de la violencia y la discriminación racial, el resto del mismo artículo 13 pregona ampliamente el derecho de libertad de expresión y de pensamiento. En particular, el referido artículo 50, al reprimir en términos generales “programas o mensajes nocivos” que promuevan “falsos valores”, podría auspiciar políticas restrictivas de la libertad de prensa no compatibles con el aludido Pacto.

En definitiva, el Constituyente doméstico debe ser cauto al enunciar derechos a menores, adolescentes y ancianos, a fin de compatibilizarlos con las reglas vigentes en el derecho internacional.

Otro conflicto normativo puede acaecer cuando dos instrumentos internacionales entran en colisión. La Corte Suprema de Justicia argentina, en “S., V. contra M., D. A.”, abordó precisamente la confrontación entre la Convención sobre los derechos del niño, de Naciones Unidas, que en su ar-

<sup>27</sup> Sobre el tema, Sagüés Néstor, Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, pp. 880 y ss.

tículo 16 garantiza el derecho a la intimidad de los menores, y en el 9o. hace prevalecer el interés superior del niño, por un lado, y por el otro, el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 13 garantiza en términos muy amplios la libertad de expresión, que incluye la de prensa. El asunto refería a una prohibición judicial de difusión de datos de una menor involucrada en un proceso civil. La mayoría de la Corte Suprema procuró realizar una interpretación armonizante entre aquellas dos convenciones, que en Argentina, además, poseen idéntico rango constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución federal), y estableció ciertos topes y encuadres a esa suerte de censura judicial. Otros votos minoritarios del tribunal, sin embargo, entendían que debía prevalecer la prohibición de censura del Pacto de San José.<sup>28</sup>

Cabe alertar que estos conflictos normativos no deben llamar a asombro, porque los instrumentos internacionales tienen a menudo autores distintos, y se han adoptado en momentos, espacios y con ritmos ideológicos diferentes. Desde luego, cabe proponer siempre el método de la interpretación armonizante entre reglas *prima facie* contrapuestas provenientes del derecho internacional, aunque esa tarea de compatibilización no siempre es sencilla: de haber un conflicto insoluble, el intérprete-operador necesariamente tendrá que hacer predominar una regla sobre otra, o crear una respuesta jurídica transaccional, lo que le obligará a categorizar a las cláusulas en oposición según los principios, valores y bienes en juego, y en definitiva realizar una opción ideológica que dirima la litis.

## X. CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional latinoamericano se ocupa de modo muy distinto de los menores, adolescentes y ancianos. Hay textos que lo hacen brevemente, con algunas reglas específicas en su favor. En lo demás, en tales se aplican las normas generales relativas a los derechos de todos los habitantes. Pero hay otros documentos que tratan en detalle a estos sujetos vulnerables, dedicando incluso artículos constitucionales distintos para cada categoría de ellos. Practican, en este segundo supuesto, una política constitucional de especificación de derechos. En ciertos casos, abordan asuntos que en sí mismos son materialmente subconstitucionales.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, *Fallos*, 324:1018.

2. Un listado de los actuales derechos de los niños, adolescentes y ancianos en Latinoamérica revela —en su conjunto— una frondosa gama de abordaje constitucional de temas civiles, laborales, penales, educativos y políticos, entre otros incluye además, habitualmente, un listado de deberes y obligaciones, por parte del Estado, la familia, los medios de difusión y la sociedad toda. Pero esa descripción no es homogénea en toda el área, sino que varía sensiblemente de país en país. En algunos supuestos, no frecuentes, los listados constitucionales locales pueden generar ciertas situaciones conflictivas con derechos humanos de fuente internacional, por lo que cabe recomendar al Constituyente local cautela en la descripción de aquellos derechos, para amalgamarlos adecuadamente con los provenientes del derecho externo. Al mismo tiempo, no cabe descartar conflictos normativos entre cláusulas provenientes de distintos documentos de fuente internacional: de haberlos, habrá que recurrir a una interpretación armonizante entre ellos.
3. Que una Constitución enuncie muchos derechos constitucionales a favor de niños, adolescentes o ancianos, no quiere decir que ellos tengan vigencia efectiva. La “fuerza normativa” de la Constitución depende de muchos factores: a) el acierto intrínseco de la norma constitucional, b) las posibilidades económicas y culturales de su realización; c) la voluntad de los operadores del sistema constitucional (agentes del Poder Ejecutivo, legisladores, jueces), de cumplirla lealmente y de desenvolverla en razón de nuevas necesidades y modificaciones en el contexto de vida.
4. En el papel de motorizar a la Constitución, al Poder Judicial se le exigen hoy comportamientos más intensos que otrora. Temas que antes eran no justiciables, como la carencia de partidas presupuestarias para atender ciertas obligaciones sociales del Estado, hoy pasan a ser justiciables. Silencios normativos, como la falta de leyes reglamentarias de cláusulas constitucionales programáticas, hoy también pasan a judicializarse mediante la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. La imagen actual de una “Constitución invasiva” y exigente, con nuevos y cotidianos despliegues aplicados a la realidad, corre a cargo de ser ejecutada, además, generalmente por los jueces. Eso abre nuevos frentes para la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce a niños, adolescentes y ancianos.