

Publicado en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección Integral de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Del Puerto/Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. 15 a 27.



## LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY 26.061 Y DEL DECRETO 1293/2005

Daniel Alberto SABSAY

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Derechos y garantías en la Constitución Nacional y en las Constituciones Provinciales. **III.** Situación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. **III. 1.** Marco general. **III. 2.** Ámbito territorial de aplicación de la ley 26.061. **IV.** Articulación con otras normas nacionales. **IV. 1.** Marco general. **IV. 2.** Constitucionalidad del decreto 1293. Continuidad del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia. **V.** Protección judicial. **VI.** Conclusiones.

### I. Introducción

La sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes el 28 de septiembre de 2005, se produce luego de 15 años de la aprobación por parte de nuestro país de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup>. La demora ha sido por demás prolongada si se tiene en cuenta que la ley reglamenta a la Convención y que su elaboración importa dar cumplimiento a la obligación asumida por la Argentina, contenida en el artículo 4 del tratado internacional en su calidad de Estado parte. La mencionada disposición exige del país que la ha ratificado la adopción de “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. La satisfacción que nos produce la existencia del nuevo marco normativo, no impide que seamos conscientes de los obstáculos que aún quedan por delante, lo que nos obliga a redoblar los esfuerzos necesarios para que quede garantizada su efectiva aplicación y así el cumplimiento del instrumento internacional con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN) que nuestra Constitución Nacional prevé.

Pues bien, entre los pasos a seguir para asegurar la efectiva vigencia de las normas en análisis cabe determinar su adecuación constitucional. Ello, no sólo en relación con la ley en si misma, sino también en lo relativo a los instrumentos jurídicos preexistentes y que todavía rigen. Asimismo, dada la forma federal que posee nuestro país resulta necesario determinar el papel de la Nación y de las Provincias y Ciudad de Buenos Aires en relación con la distribución de competencias, dentro del marco de un tratado internacional como es la CDN. A efectos de dar respuesta a estos interrogantes, comenzaremos analizando el deslinde de potestades que la constitución contempla en lo que hace al dictado de cláusulas relativas a derechos y garantías – aspectos dogmáticos–, pues tal es el contenido de las disposiciones de la ley que se analiza. A partir de allí será necesario hacer hincapié en las consecuencias particulares que se derivan de

---

<sup>1</sup> En adelante CDN.

la jerarquía especial que posee la CDN como resultado de una de las modificaciones más novedosas que introdujo la reforma de 1994 en el régimen constitucional de los tratados internacionales. Asimismo, veremos que ocurre con el derecho vigente sobre la materia anterior a la sanción de la ley 26.061. Por último, se extraerán las principales conclusiones que se desprendan de nuestro desarrollo.

## II. Derechos y garantías en la Constitución Nacional<sup>2</sup> y en las Constituciones Provinciales

El punto de partida para responder a esta cuestión lo encontramos en la relación entre la parte dogmática de la CN con las correspondientes de las Constituciones Provinciales.

La Constitución Argentina ha adoptado la forma federal de Estado. En la actualidad, la federación se compone de veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El esquema de distribución de poderes entre la Nación (Estado Federal) y las Provincias surge del art. 121 CN. Conforme al mismo “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal...”. Entre las facultades que las provincias se han reservado para sí se encuentra el dictado de sus propias constituciones. Como consecuencia de ello, el art. 5 de la CN<sup>3</sup> les reconoce a las provincias la facultad de dictar sus propias constituciones, cumpliendo con los requisitos que esta norma les impone. De modo tal que las provincias poseen un poder constituyente secundario, dada la relación de subordinación que ellas tienen respecto de la Nación quien es la titular del Poder Constituyente primario. Como corolario natural de lo que se ha afirmado, dicha potestad está limitada al respeto del sistema democrático de organización política y de los principios, declaraciones y garantías consagrados en la CN. De tal forma, las Constituciones Provinciales deben instaurar un sistema a imagen y semejanza del federal en lo que respecta a su organización esencial.

Su autonomía se manifiesta en la posibilidad de consagración de mayores derechos y garantías para sus habitantes en base a sus aspiraciones como comunidades autónomas y el modelo de sociedad que pretendan conformar y en la adaptación del régimen de gobierno a las peculiaridades de cada unidad política. En relación con los contenidos dogmáticos, las Provincias pueden maximizar el “plexo de derechos de la constitución federal, manejando como punto central que el deber provincial de correspondencia con la parte dogmática donde se contienen la declaración de derechos, es un mínimo que las Provincias tienen que acatar, respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial”<sup>4</sup>.

Al respecto, el art. 5 CN es claro cuando entre las cinco condiciones del poder constituyente provincial contiene la obligación que pesa sobre cada provincia de dictar una constitución “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la CN...” Se trata de la segunda limitación que el constituyente ha colocado a continuación de la imposición del “sistema representativo republicano”. Así las cosas, la primera parte de la Ley Fundamental opera como una suerte de “piso” o de “umbral mínimo” que las provincias deben necesariamente observar, ya que de no ser así estarían incurriendo en algún tipo de inconstitucionalidad. De tal manera que la interpretación lleva a la formulación de la siguiente regla: la parte dogmática de la CN conforma un “piso” para la elaboración de las partes correspondientes de las Constituciones Provinciales, pero no un “techo”. En consecuencia, las Provincias pueden complementar lo estipulado en la CN en esta materia, con cláusulas que aumenten el número de derechos y

---

<sup>2</sup> En adelante CN.

<sup>3</sup> Art. 5 CN: “Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

<sup>4</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. V, “El Sistema de Derechos y el Constitucionalismo provincial”, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 42.

garantías, a través de estándares normativos más elevados, por el contrario, no pueden en ninguna circunstancia, establecer exigencias que debiliten el plexo constitucional nacional, tornándolo más pobre en su relación con él.

Desde la reinstauración del régimen constitucional en 1983 hasta la fecha, la mayoría de las Provincias ejercieron su potestad constituyente e introdujeron reformas a sus constituciones que anticiparon el proceso reformador a nivel nacional. Muchas de las instituciones incorporadas por la Convención Constituyente Nacional de 1994 tuvieron como fuente las reformas producidas en los textos constitucionales provinciales. En especial han sido de gran utilidad los mecanismos para la defensa del orden democrático, las formas de participación pública, la defensa del medio ambiente y de otros derechos colectivos, el esquema de garantías, las innovaciones en el régimen municipal, y en lo relativo al Poder Judicial la creación del Consejo de la Magistratura, junto a otras innovaciones tendientes a ampliar el acceso a la jurisdicción. Los tribunales de provincia han dado en muchas oportunidades respuesta tomando en sus fallos como base a esta evolución del derecho público de sus respectivas provincias. Así lo confirma una sentencia en la que se consideró que “corresponde mantener la guarda del menor a favor de los guardadores, teniendo en mira el Interés Superior del Niño –CDN– si el mismo ha manifestado su deseo de continuar conviviendo con sus guardadores, la situación económica y social de la madre no se ha modificado respecto del momento en que se otorgó la guarda provisoria y se han evidenciado episodios de violencia familiar hacia el menor”<sup>5</sup>.

Asimismo, cabe destacar la exhaustiva enumeración de derechos que se encuentra en la mayoría de las nuevas leyes fundamentales de provincia. Un ejemplo cabal de ello es la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de 1996, que le dedica al tema en tratamiento un capítulo especial de su articulado. Sobre el particular resulta por demás elocuente el párrafo 1º de su art. 39<sup>6</sup>.

### **III. Situación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional**

#### **III. 1. Marco general**

La reforma constitucional de 1994 produjo numerosas e importantes modificaciones a la primera parte de la CN, acreciendo el número de derechos y garantías con la introducción de un capítulo nuevo (arts. 36 a 43 CN), la inclusión de otros contenidos dogmáticos (art. 75, incs. 17 y 19) y la modificación del régimen constitucional de los tratados (art. 75, incs. 22 a 24).

Lo que más nos interesa para el tema en tratamiento determina que los tratados internacionales tienen un orden de prelación superior a las leyes y sobretodo que los tratados de derechos humanos incluidos en el inc. 22, segundo párrafo, y los que en lo sucesivo sean aprobados de conformidad con las mayorías allí previstas, tendrán “jerarquía constitucional” Por lo tanto, las provincias deben conformarse a ello (art. 31 CN).

En consecuencia, las disposiciones de esos tratados internacionales conforman la parte dogmática de la CN al agregarse a los primeros cuarenta y tres artículos de la ley fundamental. La misma CN aclara la relación entre las cláusulas de los tratados con jerarquía constitucional y las de la parte dogmática al expresar que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella

---

<sup>5</sup> Cciv. Com. Trab. y Minas 2ª nom., Catamarca, 2005/04/13. Autos “Barrionuevo, Ramona R.”; en *LL - Noroeste*, diciembre 2005, p. 1371.

<sup>6</sup> Art. 39, párrafo 1º, CCBA: “La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les reconoce su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes”. Texto en un todo acorde con los lineamientos de la CDN.

reconocidos”. La voz complementarios debe ser entendida en el sentido de que se trata de un contenido que se agrega o intercala en función de las relaciones de afinidad susceptibles de presentarse entre ambos grupos, integrados por las correspondientes disposiciones de la parte dogmática con las que se presentaren, en cada caso, de los instrumentos internacionales. Por lo tanto estamos frente a contenidos inseparables, interrelacionados y que tienen idéntica jerarquía.

Ello así, las provincias deben observarlos, como consecuencia de lo expresado en el punto anterior y por los mismos argumentos allí planteados Las Constituciones Provinciales no podrían, en tanto, desarrollar cláusulas que no se compadezcan con dichas convenciones, ya que de producirse esa contradicción se estaría violando el “piso” de origen federal que las provincias están obligadas a respetar.

En función de lo antedicho dado que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño está contemplada en el artículo citado tiene jerarquía constitucional y al respecto le son aplicables las consideraciones vertidas en lo que hace a su aplicación por parte de las provincias.

En el mismo orden de ideas, vale destacar que también se aplica a las personas menores de edad las disposiciones contenidas en otras convenciones internacionales relacionadas con determinados aspectos particulares que los comprenden. Por caso, rigen indefectiblemente las normas del debido proceso contempladas en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### **III. 2. Ámbito territorial de aplicación de la ley 26.061**

La ley 26.061 es una suerte de “medida” elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por Argentina de CDN, al asegurar su aplicación en nuestro país (art. 4 citado). Por lo tanto, en caso de conflicto con normas provinciales éstas deben ceder a favor de la ley nacional. Estamos frente a una suerte de ley de contenidos mínimos aplicable en todo el territorio de la Nación. Sus disposiciones tienden a tornar operativas las de la CDN y están absolutamente vinculadas con ésta. Es más, la aplicación no puede sino ser conjunta y para entender la relación que se da entre ellas, en lo que interesa a la cuestión que estamos desarrollando, opera el vínculo que existe en derecho entre lo principal y lo accesorio. La ley juega como un accesorio de la Convención y por lo tanto es objeto de las mismas consideraciones que ésta. Ergo, las provincias deben respetarla, en tanto lo principal sigue necesariamente a lo accesorio.

La obligación de la Nación de cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales a través del dictado de medidas especiales también la encontramos en el art. 75, inc. 23, párrafo 1º, CN. Acá se habla en particular de *medidas de acción positiva* y se recalca la necesidad de hacerlo en particular respecto de ciertos grupos. La enumeración está encabezada por los niños. Lo mismo ocurre en el párrafo siguiente del mismo inciso en relación con el dictado de un régimen de seguridad social<sup>7</sup>.

En orden a clarificar el sentido profundo de la disposición que se acaba de mencionar nos parece relevante lo que expresa sobre el particular QUIROGA LAVIÉ quien considera que “esta

---

<sup>7</sup> Art. 75, inc. 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”

cláusula viene a constitucionalizar el tratamiento diferenciado para todos aquellos que se encuentren en situación marginal en relación con el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados de derechos humanos vigentes. Se ha llevado al texto de la Constitución la clásica doctrina de la Corte Suprema según la cual la igualdad ante la ley sólo es exigible en igualdad de circunstancias, porque aplicar por igual a una ley entre desiguales no hace otra cosa que efectivizar la injusticia conmutativa, en términos de distribución igualitaria para necesidades diferentes”<sup>8</sup>.

Además, las disposiciones de la ley son fundamentalmente de derecho civil por lo cual se extienden a ellas las consecuencias relacionadas con toda norma que conforme el denominado derecho de fondo. Esto es, se aplica el art. 75, inc. 12 CN que le concede al Congreso nacional la facultad entre otros de dictar el Código Civil. Pero en base a la misma disposición “no deben alterarse las jurisdicciones locales”. En lo que respecta a nuestra materia esta directiva implica que debe quedar en manos provinciales la aplicación de la ley y por órganos locales.

No obstante lo expresado, las Provincias deben dictar las normas que complementen a la ley 26.061 de manera de adaptar sus disposiciones a las realidades locales. Asimismo, ello será necesario para la aplicación de las políticas encaminadas a hacer frente a esas realidades y que ameritan la elaboración de disposiciones adecuadas a las mismas.

#### **IV. Articulación con otras normas nacionales**

##### **IV. 1. Marco general**

Todas las leyes nacionales referentes a la materia en tratamiento deben guardar conformidad con la CDN. Esto es así por un problema de orden de prelación, en tanto a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados “tienen jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 22, 1º párr. CN), disposición que complementa lo preceptuado en el art. 31 CN y cierra una larga polémica en torno a la prevalencia o no de los tratados por sobre las leyes. Esto por lógica consecuencia también juega en relación con el Código Civil que formalmente como instrumento jurídico tiene la jerarquía de una ley nacional.

En base a lo expresado será necesario realizarle al Código Civil y demás leyes complementarias todas las modificaciones que correspondan, por ejemplo en cuestiones de capacidad, entre otras. Así opina MIZRAHI quien considera que la ley al aplicar la “capacidad progresiva” “obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, de manera que –al menos en cuanto a sus derechos personalísimos– los niños podrán ejercerlos por sí, y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su desarrollo y madurez”<sup>9</sup> Este ejemplo nos sirve de demostración de cómo deberían relacionarse de ahora en más las leyes nacionales con la CDN y la ley 26.061.

Para aquellos casos de leyes que tratan sobre cuestiones de otra naturaleza y que puedan en algún aspecto contradecir a la 26.061, se les aplica el principio de conformidad con el cual, ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general, que lleva también a ponerlas por encima de las del Código Civil con las que se contrapongan.

Para la interpretación de esta cuestión como del sentido de todas las disposiciones de la ley debe aplicarse el principio *pro homine*. Es decir que habrá que ajustarse a la solución derivada de aquellas reglas de la hermenéutica que le concedan a la normativa bajo examen la mayor amplitud permitiendo la más plena vigencia de los derechos humanos, es decir que le otorguen el más amplio vigor al reconocimiento de los mismos. Asimismo, en aras del logro de unidad y

---

<sup>8</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución Argentina Comentada*, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2000, ps. 493-494.

<sup>9</sup> MIZRAHI, Mauricio, L., “Los Derechos Del Niño y la Ley 26.061”, en *LL*, 16 de diciembre de 2005, p. 2.

coherencia al sistema en su conjunto debe utilizarse el principio de congruencia.

#### **IV. 2. Constitucionalidad del decreto 1293. Continuidad del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia**

La ley 26.061 ha derogado expresamente la ley 10.903, los decretos nacionales N° 1606/90 y sus modificatorias, N° 1631/96 y N° 295/01, de creación y funcionamiento del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (artículo 76). Ello así, se han dejado sin efecto todas las normas que no se compadecen con el texto y con el espíritu de la nueva normativa y que contradicen igualmente a la CDN.

Resulta por lo tanto sorprendente que el Poder Ejecutivo haya dictado el decreto 1293/2005, reglamentario de la ley y que establece que el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia “continuará desarrollando sus actividades, hasta tanto se organicen administrativamente y entren en funcionamiento los organismos administrativos de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, creados por la ley 26.061”. Sin lugar a dudas más allá de la urgencia en poner en marcha rápidamente un organismo que implemente lo dispuesto en la ley, la continuidad del mismo ente que en el pasado se ha desempeñado en la materia de conformidad con principios y decisiones contrarias con el nuevo régimen, no parece un camino adecuado. Además, contradice tanto a la CDN como a la ley 28.061, tornando inconstitucional al decreto de marras.

Se fundamenta tal decreto en “Que no obstante la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.061, y los plazos otorgados por la misma para su implementación y reglamentación, el Poder ejecutivo Nacional, a fin de continuar la labor de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya se encuentran realizando las gestiones necesarias a tal fin.

Que, por ello, se considera necesario mantener el funcionamiento del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia hasta tanto encuentren en pleno ejercicio de sus funciones los nuevos organismos, creados, a efectos de que la transición no deje desprotegidos a los sujetos beneficiarios de la norma”.

Estos propósitos de ninguna manera modifican lo que acabamos de manifestar. Más allá de las buenas intenciones es de temer que esta solución “continuista” se perpetúe en el tiempo y desincentive la elaboración de los instrumentos que la nueva realidad impone. Recordemos que el Consejo es un organismo administrativo ejecutor de prácticas tutelares consagradas en la ley 10.903 y de la también derogada figura procesal de “Protección de Persona”.

La situación es por demás contradictoria y opuesta a los propósitos de la ley que de esta manera se pretende reglamentar transitoriamente. Recordemos que desgraciadamente en nuestro país lo transitorio se transforma en permanente. De ser esto así en nuestro caso se trataría nada menos que de atrasar el reloj del tiempo y volver a la cultura que caracterizó al funcionamiento del Patronato, con el serio riesgo de arruinar los resultados conseguidos. Por el contrario se deberían poner en marcha actores institucionales que produzcan un cambio radical en la concepción de nuestra materia contenida en la nueva ley, que modifica de manera total la condición jurídica de los niños. Por lo tanto no dudamos en expresar que el Poder Ejecutivo ha alterado el texto y el espíritu de la ley a través de este cuerpo reglamentario. Todo lo cual lo torna arbitrario que en derecho constitucional implica lo contrario a razonable, de conformidad a la interpretación conjunta de los arts. 99, inc. 2 y 28 CN. En la presente situación se produce una clara desproporción entre medios y fin, ya que el decreto lejos de ser un instrumento apto para facilitar la aplicación de la norma que reglamenta, la contradice de manera palmaria y de ese modo resulta violatorio del orden constitucional.

#### **V. Protección judicial**

Desde nuestra órbita haremos algunas consideraciones con el objeto de que puedan ser tomadas en cuenta por los procesalistas como marco constitucional y sin el afán de inmiscuirme en su campo de conocimiento. Como punto de partida se debe tener presentes la naturaleza de incidencia colectiva que reúne esta materia, con los efectos que ello produce en el campo de la protección y el acceso a la justicia. Así las cosas, no dudamos en considerar como lógica consecuencia de lo expresado que el amparo colectivo del art. 43, 2º párr., CN, es la herramienta adecuada para el acceso a los tribunales frente a los incumplimientos que por acción u omisión podrían producirse.

Resulta muy valiosa como guía lo que establece la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición jurídica del niño. Decisión que aporta importantísimas directivas en la materia y brinda adecuados parámetros para apreciar la eventual responsabilidad del Estado. En el mismo sentido KIELMANOVICH sostiene que “en nombre del interés superior del niño, debería franquearse el acceso de éste a una doble instancia en los procedimientos judiciales civiles que lo involucren y respecto de resoluciones que resulten contrarias a su interés, postulado que luego habría de plasmarse en la OC N° 17/2002 (...), en la que sin medias tintas habría de señalarse que aquélla es garantía del debido proceso judicial o administrativo en causas que involucren a un niño en el contexto aprehendido por la CDN”<sup>10</sup>.

Sobre esta opinión se ha considerado que importa “en términos genéricos, pues, el Estado es responsable de respetar y garantizar los derechos de los individuos. La obligación de respetar genera la responsabilidad estadual de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para asegurar que los individuos se encuentren protegidos de conductas que violen sus derechos”<sup>11</sup>. Es de destacar que para la jurisprudencia reiterada de nuestra Corte Suprema las decisiones de la CIDH, sean estas sentencias u opiniones, completan el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y por lo tanto se tornan obligatorias a la hora de interpretar las normas y decisiones locales.

Es aplicable el concepto de inconstitucionalidad por omisión (art. 75, inc. 23, CN); y así lo contempla el art. 1, 3 párr. de la ley 26.061 “La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditivas y eficaces”

La ley crea la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 47 a 64), es decir un ombudsman específico el que tendrá como “piso”, la capacidad en materia de acceso a la justicia que se le reconoce a su homónimo nacional (art. 86 CN). Conforme a la cual se le concede amplia legitimación activa tanto a nivel de derechos subjetivos como colectivos. Respecto de los primeros esto es así cuando la afectación a derechos individuales comprende de manera transversal y equivalente a todos los integrantes de un determinado grupo o clase de personas. Pues, como bien lo ha expresado la CSJN en el caso “Verbitsky”, en esas situaciones el examen separado caso por caso no agota la consideración de la cuestión, ya que omite la solución integral a través de la adopción de las políticas públicas que ella demanda.

## **VI. Conclusiones**

La CN les reconoce a las provincias en su calidad de titulares de un poder constituyente secundario, la facultad de complementar lo estipulado en la parte dogmática de su texto con

---

<sup>10</sup> KIELMANOVICH, Jorge L..., “Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061”, en *LL*, 17 de noviembre de 2005, ps. 2 y 3

<sup>11</sup> FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en *ALA*, *LL*, N° 29, t. LXV-E, 2005, p. IV.

cláusulas que aumenten el número de derechos y garantías; a través de estándares normativos más elevados. Por el contrario, ellas no pueden en ninguna circunstancia, establecer en sus constituciones exigencias que debiliten el plexo constitucional nacional, tornándolos más pobres en su relación con él.

Las cláusulas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional integran la parte dogmática y la complementan. Por ello las *constituciones provinciales* no podrían contener disposiciones que no se compadezcan con dichas convenciones, ya que de producirse esa contradicción se estaría violando el “piso” de origen federal que las provincias están obligadas a respetar. Dado que la CDN está enumerada en el art. 75, inc. 22 le son aplicables estas consideraciones.

La ley 26.061 es una suerte de “medida” elaborada por el Congreso Nacional para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que se derivan de la ratificación por Argentina de la CDN, al asegurar su aplicación en nuestro país. Por lo tanto, en caso de conflicto con normas provinciales éstas deben ceder a favor de la ley nacional.

Todas las leyes nacionales referentes a la materia en tratamiento deben guardar conformidad con la CDN. Esto es así por un problema de orden de prelación, en tanto a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados “tienen jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 22, 1º párr. CN), disposición que complementa lo preceptuado en el art. 31 CN y cierra una larga polémica en torno a la prevalencia o no de los tratados por sobre las leyes.

Con el dictado del decreto 1293/2005 el Poder Ejecutivo ha alterado el texto y el espíritu de la CDN y de la ley. Todo lo cual lo torna arbitrario que en derecho constitucional implica lo contrario a razonable, de conformidad a la interpretación conjunta de los arts. 99, inc. 2 y 28 CN. En la presente situación se produce una clara desproporción entre medios y fines, ya que el decreto lejos de ser un instrumento apto para facilitar la aplicación de la norma que reglamenta, la contradice de manera palmaria y de ese modo resulta violatorio del orden constitucional.

Dada la naturaleza de incidencia colectiva que reúne todo lo atinente a la protección de la niñez y adolescencia sus efectos repercuten de manera determinante en todo lo que hace a la protección y el acceso a la justicia. El derecho constitucional brinda el amparo colectivo (art. 43, 2º párr. CN) como garantía adecuada para el acceso a los tribunales. Asimismo, debe tenerse en cuenta el marco que brinda la noción de inconstitucionalidad por omisión y el papel sustantivo que le cabe al Defensor especial previsto en la ley.