

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRABAJADOR Y LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE SUS DERECHOS EN ARGENTINA

Paula Costanza Sardegna

### RESUMO

En el marco de la Teoría General y la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y, en particular el Derecho del Trabajo, el desarrollo de la teoría y praxis de los Derechos Humanos, ha llevado a plasmar primero en el ámbito del Derecho Internacional y luego en las Constituciones locales una serie de compromisos tanto de garantías de protección de los niños que implican no sólo la abstención por parte del Estado de actuar en perjuicio de aquéllos, sino también la obligación positiva de remover los obstáculos que interfieren en su desarrollo y de generar las condiciones para que éste florezca.

El mundo de los niños y adolescentes exige normas específicas e instituciones propias, dinámicas y permanentemente alertas a los cambios sociales que se generan.

Esta presentación es un aporte para la reflexión que pone en evidencia el peligro que implica el vaciamiento conceptual del que puede ser víctima el principio del "interés superior del niño" y todo lo que ello puede llegar a implicar en la tutela de los derechos del niño, niña, adolescente trabajador.

**Palabras- chave:** *Niño, niñas y adolescentes, Derecho del Trabajo, Interés Superior del Niño.*

## THE INTERESTS OF THE CHILD LABOR AND EFFECTIVE PROTECTION OF RIGHTS IN ARGENTINA

### ABSTRACT

As part of the General Theory and Philosophy of Law, Constitutional Law and in particular labor law, the development of theory and praxis of human rights has led to the first capture in the field of international law and then local constitutions in a series of commitments both guaranteed protection of children involve not only the abstention by the State to act to their detriment, but also a positive obligation to remove obstacles that interfere with their development and to generate the conditions for it to flourish.

The world of children and adolescents requires specific rules and institutions, dynamic and constantly alert to the social changes that are generated.

This presentation is a contribution to the reflection that highlights the danger of conceptual emptying may be a victim of the principle of "best interests" and all that it can imply in the protection of child rights , girl, young workers.

**Key-words:** *Children and adolescents, Labor Law, Interest of the Child.*

### SUMÁRIO

I – INTRODUCCIÓN. II - EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO. III – TUTELA DEL NIÑO TRABAJADOR. IV – CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. a) Designación y denotación de los términos. b) Designación. c) Denotación. d) Interpretación. V – CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ARGENTINA. VI – DISCRECIONALIDAD NO REGLADA. VACIAMIENTO CONCEPTUAL. VII – CONCLUSIÓN.

---

### I – INTRODUCCIÓN

La incorporación del principio del interés superior del niño en la normativa internacional y nacional obedeció a la necesidad de morigerar una interpretación formalista o reglamentarista del derecho de los niños para evitar soluciones injustas que podrían derivar de aquélla.

Sin embargo, la forma en que este principio ha sido plasmado conduce a alimentar la discrecionalidad de la apreciación que se puede realizar sobre los hechos, lo que desemboca inevitablemente en un vaciamiento conceptual del término y en un incremento de la imprevisibilidad que genera nuevas situaciones de injusticia e inseguridad jurídica. Así entra en crisis el paradigma de protección integral.

El interés superior del niño es un principio inherente a todas las relaciones jurídicas, ya sean tanto del ámbito privado como público, interno o internacional, como de la legislación sustantiva o de la ritual.

Abordar el análisis del principio del interés superior de niño en el Derecho del Trabajo no resulta sencillo, máxime cuando el mismo puede ser analizado desde un plano teórico, pero también desde un punto de vista fáctico que coloca en jaque al paradigma de protección integral.

El desafío emprendido consiste en poner en evidencia el vaciamiento conceptual de que puede ser víctima este principio, y todo lo que ello puede llegar a implicar en la tutela de los derechos del niño trabajador y en todo el ordenamiento jurídico laboral.

Por eso nuestra preocupación no se limita a la determinación de la existencia o conocimiento del principio del interés superior del niño en el ámbito laboral, sino al concreto reconocimiento y aplicación de aquél como Principio General del Derecho del Trabajo, y a la justa apreciación de sus alcances y consecuencias frente a la cruda realidad del trabajo infantil.

El intento de una posible reconstrucción de la protección de los derechos del niño puede hacer peligrar la existencia misma de su obligación tutelar.

Y ello no sólo nos preocupa sino que también despierta inquietud porque son precisamente los Principios Generales de una disciplina los que cumplen una función de síntesis epistémica, por ser postulados que permiten conocer el contenido de una disciplina sin necesidad de indagar en cada una de sus normas<sup>127</sup>.

Por ello, la paradoja se plantea cuando, con la intención de lograr un resultado justo, se acude a un principio general, en este caso “el interés superior del niño” y ante el vaciamiento conceptual del mismo se frustra la expectativa y se puede provocar un desenlace aun más injusto.

## II - EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección.

El reconocimiento del niño como sujeto especial del derecho con reglas propias determina la necesidad de un análisis tópico de cada situación en la que aquéllos están involucrados. Su problemática no puede resolverse con la aplicación de normas generales tradicionales ni tampoco con las mismas instituciones que tienen por finalidad resolver los conflictos y problemas del mundo adulto.

Su mundo exige normas específicas e instituciones propias, dinámicas y permanentemente alertas a una realidad tan frágil como mutable.

A la luz de la filosofía del Derecho, el problema del trabajo infantil que tiene como protagonista a los niños -como víctimas- ofrece aspectos de interés que llegan en muchos casos a revelar que las respuestas tradicionales inspiradas en principios proteccionistas no siempre conducen a las mejores soluciones. Es más, en algunos casos, las respuestas emanadas de considerar a los niños como seres con derechos limitados condujeron a excluir a aquéllos de sus derechos haciéndolos sujetos invisibles y agravando problemas en lugar de superarlos.

La evaluación de la calidad de vida de los niños debe estar presente en la agenda de todos los países, ya sean desarrollados o en vías de desarrollo, en atención a que sus deseos pueden ser limitados o frustrados de por vida por privaciones y falta de educación debido a que sus expectativas deben ajustarse a condiciones de vida inferiores.

Los mecanismos de protección de los derechos de los niños son siempre complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todo individuo. Los niños gozan de una “supraprotección” o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de los Niños deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del “interés superior del niño”, al que nos abocaremos más adelante.

Ello por cuanto nos enfrentamos a una de las paradojas de la evolución del derecho de los niños, porque si bien se avanzó en el reconocimiento del carácter público de la protección de sus intereses, con el devenir del tiempo, se ha impuesto reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia. Ello con particular preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo.

Veremos como los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño revelan la presencia de la noción de “interés superior del niño”, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924, que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las

127 SARDEGNA, P. C.: “Entropía de las normas laborales”, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 2000, pág. 203.

Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>128</sup>.

### III – TUTELA DEL NIÑO TRABAJADOR

Antes de conceptualizar el principio del “interés superior del niño” y señalar sus características y proyecciones nacionales e internacionales resulta imprescindible reseñar qué se entiende por trabajo infantil y la razón de ser de su tutela, ya que en dicha temática centraremos nuestro objeto de estudio.

Si bien, como veremos más adelante, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su primer artículo proyecta el ámbito de aplicación personal a todo ser humano desde su concepción y hasta los 18 años de edad, nosotros nos centraremos en la figura del trabajo infantil.

Por ello, a los efectos de este estudio y de las proyecciones del principio del interés superior del niño en situaciones de trabajo infantil, nos ocuparemos de la situación de los niños menores de 15 años.

Se ha optado por ese corte etario en función de la definición de la Organización Internacional del Trabajo que concibe al trabajo infantil como toda actividad que implique la participación de niños menores de 15 años en la producción y comercialización familiar de los bienes no destinados al autoconsumo o en la prestación de servicios a personas naturales o jurídicas, que les impidan el acceso, rendimiento y permanencia en la educación o se realicen en ambientes peligrosos, produzcan efectos negativos inmediatos o futuros, o se desarrollen en condiciones que afecten al desarrollo psicológico, físico, moral o social de los niños<sup>129</sup>.

Constituye trabajo infantil toda actividad que obstaculizando el desarrollo físico, mental e intelectual, es desarrollado por niños, que obligados por las circunstancias o forzados por adultos, deben cubrir necesidades propias de supervivencia y/o contribuir a las de su grupo familiar.

El trabajo infantil constituye actualmente un problema preocupante, por dos razones:

por la gran cantidad de niños afectados y por las consecuencias negativas que ejercen las malas condiciones en las que se presta.

En nuestro país, como en casi toda Latinoamérica, al igual que en muchos otros países del mundo, el trabajo infantil se presenta como un problema complejo por su heterogeneidad, invisibilidad y dispersión, adquiriendo en cada lugar formas diversas.

Como características relevantes podemos destacar que:

- se da a más temprana edad en el campo que en la ciudad,
- se presta en mayor cantidad en el sector informal de la economía,
- se prolonga durante largas jornadas,
- se caracteriza por el pago inadecuado,
- se obstaculiza la concurrencia a la escuela o se limita el rendimiento escolar,
- se produce deserción estudiantil.

Existe hoy día un cambio de actitud frente al propio trabajo infantil.

Antes se concebía principalmente como un instrumento de socialización del niño, que le permitía adquirir unas calificaciones útiles para su futuro, pero ahora la familia lo considera cada vez más como un medio imprescindible para obtener ingresos monetarios complementarios.

Por ello nos interesa abordar esta temática a la luz del principio del interés superior del niño.

No somos indiferentes a la afirmación que algunos doctrinarios hacen respecto a que algunas clases de trabajo constituyen contribuciones útiles y positivas al desarrollo de un niño, ya que el trabajo puede ayudar a que aprendan acerca de la responsabilidad y a desarrollar habilidades específicas que los beneficiarán, tanto a ellos, como al resto de la sociedad.

No obstante, no podemos adoptar una mirada indiferente, en el mundo entero millones de niños realizan trabajos extremadamente peligrosos en condiciones perjudiciales, arriesgando así su salud, su educación, su desarrollo personal y social e incluso su vida.

Los trabajos más frecuentes en centros urbanos son: los trabajos domésticos, en empresas familiares y en la venta ambulante. En las zonas rurales generalmente acompañan a un familiar en tareas rurales.

El trabajo infantil es un problema con múltiples causas ya que influyen condicionantes no sólo socioeconómicos sino también culturales y familiares y por ello la visión del “interés superior del niño” puede cambiar radicalmente según el medio socio-cultural en el que se desenvuelve el niño.

Pueden así señalarse como causas, entre otras: la pobreza, la desocupación, la exclusión social, la marginalidad, la violencia intrafamiliar, la falta de educación, la onerosidad de los estudios y algunas tantas otras.

<sup>128</sup> Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5 y 16.

<sup>129</sup> Conforme pautas del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) – Sudamérica

Existe demanda de mano de obra infantil porque los niños suelen ser dóciles, obedientes, más baratos que los adultos y se puede prescindir fácilmente de ellos si las necesidades de personal fluctúan. No es necesario realizar inversiones a largo plazo en seguros o seguridad social y podría percibirse el trabajo infantil poco costoso como un elemento importante para las industrias que quieren tener una ventaja competitiva en los mercados nacionales e internacionales. Los niños están desprotegidos, no tienen poder y no defienden sus derechos como trabajadores. A menudo, las industrias que requieren mucha mano de obra trabajan con tecnología rudimentaria y se basan en actividades laboriosas o repetitivas durante muchas horas, prefieren utilizar niños.

Son variadas las condiciones en las que los niños prestan trabajo, entre ellas podemos señalar: trabajan y viven en la calle en malas condiciones; están generalmente sometidos a abusos psicológicos, verbales, físicos y sexuales; prestan su actividad habitualmente en lugares de trabajo peligrosos; en jornadas laborales superiores a los límites máximos establecidos por las legislaciones nacionales para un trabajador adulto y algunas veces se les satisface sin paga y otras con alguna suma pequeña.

No somos pocos los que consideramos que la mayoría de los efectos sociales negativos del trabajo infantil proceden de las condiciones de trabajo específicas que son adversas a la seguridad y el desarrollo de los niños de que se trata. Tal vez el argumento social más significativo contra el trabajo infantil consista en hacer ver que sus efectos son altamente discriminatorios y empeoran la situación de desventaja de personas y grupos que se cuentan ya entre los socialmente marginados, beneficiando en cambio a los ya privilegiados.

Por ello nos animamos a afirmar que el trabajo infantil es contrario a la democracia y a la justicia social.

El trabajo infantil trae a su vez una serie de consecuencias entre las que se pueden destacar no sólo las económicas sino también las sociales, morales, físicas y psíquicas.

Revisten trascendental importancia la desigualdad, la deserción escolar, la baja calidad en el aprendizaje, los peligros para la integridad y el desarrollo físico, las enfermedades, el retraso de crecimiento, los abusos psíquicos y emocionales, la desintegración familiar y el riesgo de recurrir a vías de mayor peligro como la violencia y la drogadicción.

En todos los casos, el trabajo de los niños potencia y amplifica su vulnerabilidad y los padecimientos que les imponen las condiciones en que viven.

El trabajo contribuye a conspirar contra su desarrollo personal, ya que entra en conflicto con la educación y sus logros en el aprendizaje, así como con el juego y el esparcimiento. Esto sucede porque el tiempo que los niños utilizan para trabajar es tiempo “robado” a actividades educativas y recreativas.

El trabajo infantil afecta no sólo su presente sino también sus posibilidades de desarrollo, limitando así sus oportunidades en el futuro y en el largo plazo, ya adultos, conduce a la reproducción de las condiciones de pobreza que originaron su prematura inserción laboral.

La Organización Internacional del Trabajo también ha definido como trabajo infantil algunos tipos de trabajo que la comunidad internacional ha declarado particularmente abominables al considerarlos “las peores formas de trabajo infantil”, a saber: la esclavitud, la explotación sexual, las actividades ilícitas y los trabajos peligrosos.

Los tres primeros son ilegales e incumben principalmente a las autoridades policiales. Los inspectores del trabajo tendrán que ocuparse en especial de la última categoría aunque, dado que forman parte de equipos más amplios y con un enfoque más general, deberán ocuparse de todos esos tipos de trabajo.

Si bien la pobreza crea las peores formas de trabajo infantil, las peores formas de trabajo infantil también dan origen a la pobreza...

Y la pobreza es el mayor enemigo de los Derechos Humanos.

#### **IV – CONCEPTUALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

##### **a) Designación y denotación de los términos**

Cuando se trata de determinar cuál es el significado de un término generalmente se alude a su designación (o intención) como aquel conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de esa clase; o a su denotación (o extensión) es decir a la clase de cosas o hechos nombradas por la palabra.

La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a la designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella<sup>130</sup>.

Pero el concepto con el que se asocia al principio del interés superior del niño reúne características peculiares. Frente a la vaga (amplia) designación del mismo tanto en el ámbito internacional como nacional, se incrementa la denotación (ejemplificación) de hechos comprendidos en su espectro.

130 NINO, S: “Introducción al análisis del Derecho”, 2da. Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 252.

Denotar el principio de interés superior del niño ejemplificándolo en nuestra disciplina permite las más variadas y controvertidas posibilidades.

Como se echa de ver, la clase de hechos que pueden encuadrar en tal conceptualización es vastísima.

Denotar el concepto da lugar a múltiples variantes, ya que su designación permite las más diversas aplicaciones e interpretaciones.

Todo ello contribuye al vaciamiento conceptual del principio del “interés superior del niño”.

Este principio encierra así un concepto multívoco, que termina resultando también equívoco en cuanto a que puede ser esgrimido al invocar la defensa de intereses contrapuestos, pudiendo llegar en algunos casos hasta a poner en peligro el bienestar del niño.

## **b) Designación**

Se concibe al “interés superior del niño” como aquel imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Este principio orientador transforma de manera sustancial el enfoque de los derechos de los niños.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales<sup>131</sup>.

El término "interés superior" hace referencia, en líneas generales, al bienestar del niño.

En ese sentido no hay dudas, pero ¿cuál es el bienestar del niño? ¿quién lo determina... sus padres, el Estado...?

Dicho bienestar depende de múltiples circunstancias personales, tales como la edad y el grado de madurez, la presencia o ausencia de los padres, el entorno del menor y sus experiencias y su situación económica.

A la luz de la premisa del interés superior se hace posible la revisión del concepto de menor como un ser "menos que los demás", casi inferior a los demás, que solamente superaba dicha circunstancia con la llegada a la mayoría de edad y cuya intervención y participación en la vida jurídica y en las decisiones que lo afectaban, mientras tanto era casi nula.

El reconocimiento jurídico del interés superior actúa como un principio con alcances tanto en el ámbito general de las políticas públicas, como en el ámbito de su operatividad, facultando para tomar decisiones que privilegian a los niños desde la perspectiva de sus derechos.

El interés superior, en el ámbito de una política pública, reconoce como objetivo central los derechos de los niños y promueve su protección a través de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales y, en el ámbito operativo, el interés superior florece en situaciones en las que se deben armonizar los derechos e intereses de los niños en una situación determinada de conflicto.

El interés superior da prevalencia a los derechos de los niños sobre los derechos de los demás y, le corresponde a la familia, al Estado y a la sociedad en su conjunto velar por la atención, cuidado y protección tanto de los niños como de sus derechos.

Es así como, este interés, debe ser una consideración primordial ya que es un criterio, no sólo de control de la sociedad, sino también de la calidad del ejercicio de los derechos y de las obligaciones para que se trate a los niños como personas plenas.

Y el Estado también tiene la responsabilidad de actuar oportunamente para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y dar prioridad al interés superior y proteger la realización y el reestablecimiento de los derechos vulnerados.

El principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo, hacia autoridades y familiares.

Pero se corre el riesgo, como ya hemos indicado, de convertirse en una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que podría llegar a constituir una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en función de un etéreo “interés superior” de tipo extra-jurídico.

Por ello consideramos que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en aquél no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.

Por estas y otras razones existen quienes lamentan que la Convención sobre los Derechos del Niño la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y

---

<sup>131</sup> FERRAJOLI, L: “Derechos Fundamentales en Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Ed. Trotta, España, 2001, p. 45.

se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Este margen de discrecionalidad se contrapone con el paradigma de la "protección integral", el cual tiene como una de sus principales consecuencias normativas la contención del poder estatal limitando la discrecionalidad de las autoridades públicas en la relación Estado-niños<sup>132</sup>.

Sólo si se le da una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la "protección integral" se podrán reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

Por ello si bien la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas y orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas; muchos cuestionan que la Convención lo recogiera porque consideran que su amplio margen a la discrecionalidad debilita la tutela efectiva de los derechos consagrados en aquella aunque se estipule que su interpretación y aplicación debe hacerse de acuerdo con las normas de la Convención y otras normas jurídico internacionales, así como también de las directrices del Comité de los Derechos del Niño<sup>133</sup>.

La Convención le otorga a este principio el carácter de pauta rectora al indicar que: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"<sup>134</sup>.

"El Comité de Derechos del niño... ha establecido que el interés superior es uno de los Principios Generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio 'rector-guía' de ella"<sup>135</sup>.

### c) Denotación

En función de la definición puede advertirse como el contenido del interés superior sólo debería poder establecerse prestando la debida consideración a las circunstancias individuales de cada niño que debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que merece su situación personal.

Para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, consideramos que debería reunir al menos cuatro condiciones básicas:

- a) debe ser real, tener relación con las necesidades y aptitudes físicas y psicológicas del niño;
- b) debe ser independiente del criterio arbitrario de autoridades y familiares y su invocación no puede depender de la voluntad de estos últimos;
- c) debe ser relacional, pues la garantía de su protección se opera frente a la existencia de un interés en conflicto cuya ponderación debe efectuarse bajo su lineamiento;
- d) debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del niño.

Este interés superior debe operar como una garantía, debido a que toda decisión que tenga que ver con el niño, debe tener en cuenta primordialmente sus derechos, con base en el principio de la prelación.

Como ya hemos visto, si bien la Convención no proporciona una definición precisa del interés superior del menor, ni esboza explícitamente sus elementos comunes, sí establece en algunos de sus artículos su ponderación para acciones específicas intentando denotar el mismo.

Es así como en materia de adopción se establece que: "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"<sup>136</sup> y también que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos

---

132 GARCÍA MÉNDEZ, E. "Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (comps.) "Infancia, ley y democracia...", ps. 16 y 17.

133 Observación General núm. 6 (2005) sobre el trato a los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen.

134 Artículo 3. 1 de la Convención.

135 CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño" en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, BELOFF, Mary (comps.), Infancia, "Ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" (1990-1998), Ed. Temis/Depalma, Colombia, 1998, p. 71.

136 Artículo 9. 1 de la Convención.

padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”<sup>137</sup>.

También sobre el tema dispone que “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”<sup>138</sup>.

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”<sup>139</sup> y “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”<sup>140</sup>.

También, en cuanto a la situación del niño privado de su libertad, la Convención hace primar el interés superior de aquél al disponer que: “los Estados Partes velarán porque... c) todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”<sup>141</sup>.

Y en materia de violación de normativa penal se ha estipulado que “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: iii) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”<sup>142</sup>.

Si bien el principio rector del interés superior de los derechos de los niños es fundamental para entender la coordinación de sus derechos y su integración con los demás no es suficiente.

Zermatten propone entender a éste como “un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”<sup>143</sup>.

#### **d) Interpretación**

En fin, entendemos que se trata de una norma de interpretación y resolución de conflictos jurídicos, que sirve de directriz para la formulación de políticas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas al desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, tanto niños como adultos vinculados a aquél.

La interpretación de este principio en función de la protección integral no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas jurídicas contenidas en la Convención. Esto hace necesario reinterpretar el principio y asignarle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones originadas en las otras normas jurídicas previstas en la Convención.

Bruñol sostiene que “los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño”<sup>144</sup> y agrega que “cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el ‘interés superior del niño’ deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención”<sup>145</sup>.

La noción del “interés superior del niño” ha sido una fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero adquiere un nuevo *status* al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención sobre los

<sup>137</sup> Artículo 9. 2 de la Convención.

<sup>138</sup> Artículo 18.1 de la Convención.

<sup>139</sup> Artículo 20.1 de la Convención.

<sup>140</sup> Artículo 21 de la Convención.

<sup>141</sup> Artículo 37. c de la Convención.

<sup>142</sup> Artículo 40. b. iii de la Convención.

<sup>143</sup> ZERMATTEN, J: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30, especialmente, p. 15. [http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf).

<sup>144</sup> CILLERO BRUÑOL, M., op. cit, p. 81.

<sup>145</sup> CILLERO BRUÑOL, M., op. cit., p. 71.

## Derechos del Niño.

La Convención establece otras normas de resguardo de los derechos humanos del niño. Y es así como al “principio del interés superior del niño”<sup>146</sup> lo asiste el “principio de la autonomía progresiva”<sup>147</sup>, “el derecho de participación”<sup>148</sup> “la libertad de expresión”<sup>149</sup>, “el derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión”<sup>150</sup>, “libertad de asociación y reunión”<sup>151</sup> “el derecho de acceso a la información”<sup>152</sup>, “el derecho a la salud”<sup>153</sup>, “el derecho a la educación”<sup>154</sup>, entre otros.

En lo que se refiere al tema objeto de nuestro estudio -los niños que trabajan- la Convención establece en forma clara y precisa que: “1. los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”<sup>155</sup>.

Insistimos en que este principio es de orden “interpretativo” ya que hace referencia a las nociones rectoras de carácter aclarativo y explicativo para que la persona que va a aplicar la norma resuelva los conflictos e inquietudes que se presenten en la aplicación de la ley en los casos particulares. Por ello insistimos en que está dirigido para orientar y resolver los conflictos en la realización de las políticas públicas de la infancia y su importancia consiste en que se impone la revisión de cada caso en particular como único e individual en un contexto histórico cultural concreto.

Al tratarse de un mecanismo que permite la resolución del conflicto dando privilegios a los derechos de los niños destacamos su rol en cuanto a la “prevalencia y jerarquía de derechos”, dando un interés especial a cada caso en particular garantizando los derechos de los niños sobre los derechos de los demás imponiendo además su “exigibilidad” ante las autoridades competentes.

Gatica y Chaimovic han señalado que “el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”<sup>156</sup>.

El principio del interés superior del niño podría operar así como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

## V – CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN ARGENTINA

En el año 1990 la Argentina ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño y en 1994 con la Reforma Constitucional la incorpora a la Constitución Nacional. Recién en septiembre del año 2005 con la sanción de la ley 26.061 se comienza un proceso de conformación de un sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes por el que se adecuó la normativa interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Ley 26.061 conocida como de “Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” definida

146 Artículo 3.1 de la Convención.

147 Artículo 5 de la Convención.

148 Artículo 12 de la Convención.

149 Artículo 13 de la Convención.

150 Artículo 14 de la Convención.

151 Artículo 15 de la Convención.

152 Artículo 17 de la Convención.

153 Artículo 24 de la Convención.

154 Artículo 28 de la Convención.

155 Artículo 32 de la Convención.

156 GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia: “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002.



desde el nuevo paradigma, plantea una institucionalidad basada en el reconocimiento y la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y, a éstos, como sujetos activos de los mismos.

Respetar el principio de la no discriminación por situación social y la igualdad de todos en la titularidad de los derechos, el interés superior, la autonomía y la participación y la efectividad de las políticas públicas. En la base del sistema se encuentran las políticas universales, en un segundo nivel las de protección integral y, por último, las de protección excepcional con control judicial. Un cambio fundamental es que el niño es reconocido como sujeto de derechos y, en consecuencia, puede exigir al Estado políticas públicas, y éste se encuentra obligado a garantizarlas.

En consonancia con la ley 26.061 se creó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo articulador, (COFENAF), Consejos de derechos de niños, niñas y adolescentes a nivel provincial, Coaliciones de ONGs., Observatorios de infancia, Consejos locales, Sistemas de protección local. También se ha avanzado en la descentralización de programas y espacios de atención. Falta la decisión de poner en funcionamiento la figura del Ombudsman de niños, Comités parlamentarios, Comisiones presupuestarias y los Comités interministeriales.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala expresamente que “esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño<sup>157</sup>.

El artículo 3 de la ley define al interés superior indicando que: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

De esta manera la normativa nacional resulta más precisa que la internacional.

En otro artículo<sup>158</sup> de la ley se establece la responsabilidad gubernamental indicando que “los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen”.

El Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en ocasión de la presentación de su tercer informe periódico de la Convención sobre los Derechos del niño, en virtud de su artículo 44 en el apartado h, “Medidas de protección Especial” (arts. 22; 38; 39; 40; 37 (b) – (b); y 32-36 de la Convención<sup>159</sup> se ocupó de la explotación económica dando cuenta de los avances respecto de la situación del trabajo infantil en la Argentina a pesar de poner de manifiesto que continúa siendo altamente preocupante la enorme cantidad de niños, niñas y adolescentes que trabajan y las condiciones en que esto sucede.

Asimismo se informa que en un estudio realizado por el Estado Argentino (Ministerio de Trabajo, Empleo y

157 Art. 1 ley 26.061: “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y adolescentes”.

158 Art. 5 ley 26.061.

159 Suscripto por Lic. Nora Schulman, Lic. Daniela M. Zulcovsky y Lic. Cielo Salviolo.

Seguridad Social) se plantea que la forma predominante del trabajo infantil es la ayuda a los padres para los dos grupos de edad relevados -5 a 13 y 14 a 17 años-, en este último grupo aquellos que trabajan por su cuenta o para un patrón son altamente significativos y representan ambos la mitad de la muestra.

Las cifras arrojadas por este informe resultan alarmantes, si se considera que 4 millones de chicos menores de 17 años trabajan, cien mil de ellos en la recolección de basura. En la región del Noroeste Argentino, el 60% de las tareas de "cartoneo" lo realizan menores de 14 años. Además, el 21 % de las niñas y niños menores de 13 años realizan tareas domésticas 10 o más horas por semana.

Vale mencionar que en el 2009 se ha incrementado la edad mínima de trabajo, según lo sugerido por el Comité, a 15 años y que a partir de mayo de 2010 rige la norma desde los 16 años de edad.

También se han puesto en funcionamiento las COPRETI (Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil) y se conformó el Observatorio sobre Trabajo Infantil, entre otras medidas oportunas. Pero a pesar de estos avances, en el país no se respeta la prohibición de trabajar a los menores de 15 años, según la información oficial. Del mismo modo se desconocen las restricciones en el tipo de trabajo (por ejemplo en los trabajos forzados) y las obligaciones a la protección social que garantizan el derecho a trabajar de los adolescentes. El 91% de los adolescentes que trabajan lo hace sin que se cumplan las condiciones mínimas, como tener obra social o protección de una ART (Aseguradora de Riesgos del Trabajo), según los datos oficiales relevados en la EANNA.

En el mismo sentido inquieta la escasa capacidad gubernamental para controlar el cumplimiento de las normativas que prohíben el trabajo infantil.

En la Ciudad de Buenos Aires se ha denunciado en los últimos años una importante cantidad de talleres clandestinos, especialmente ligados a la industria textil. En ellos trabajan en condiciones de explotación o esclavitud, incluso personas menores de edad. También se registraron niños y niñas que permanecen viviendo allí junto a sus familiares en condiciones de abandono y hacinamiento.

Asimismo preocupan, las serias dificultades existentes para la puesta en agenda de la problemática del trabajo infantil y principalmente la invisibilización del trabajo doméstico de las niñas.

El Comité sugiere realizar mayores controles sobre los empleadores que contraten trabajo adolescente así como mejorar los sistemas de detección de trabajo clandestino y esclavo, entre otras cosas, a partir de la articulación de distintas áreas de gobierno con sindicatos, organizaciones no gubernamentales y cámaras empresarias.

Finalmente se debe destacar que, en octubre de 2009, se ha sancionado una asignación universal por hijo, que incluye a aquellos niños y niñas que no perciban otra asignación familiar y pertenezcan a grupos familiares desocupados o que se desempeñen en la actividad informal. Se detalló que hasta los 4 años se deberá cumplir con el control sanitario y la vacunación obligatoria, y a partir de los 5 años deberá acreditarse la concurrencia a establecimientos educativos públicos. Con esta medida, algunas familias verán modificadas sus condiciones de vida, lo cual incidiría en una probable disminución del trabajo infantil.

Sumada a la frágil implementación de la ley 26.061, la escasa información ha generado serias dificultades para la recopilación de datos. Y ello es grave porque la información impacta directamente sobre las políticas de infancia. En este aspecto, resulta imprescindible que el Estado Argentino genere, de manera inmediata, un sistema único de información específica que permita establecer mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

## VI – DISCRECIONALIDAD NO REGLADA. VACIAMIENTO CONCEPTUAL

El principio del interés superior del niño, como ya hemos visto, tiene como propósito flexibilizar en parte la aplicación de las distintas instituciones reguladas para lograr con ello mayor plenitud y equidad en el cumplimiento de las finalidades para las que han sido previstas.

El interés superior del niño constituye el medio dentro del cual "vive" la norma jurídica. Es un estándar jurídico que se asimila a aquellos "respiraderos" o "conceptos válvula"<sup>160</sup>.

Es un criterio elástico de decisión que viene coexistiendo con otros como, equidad, buena fe, la diligencia, el orden público y las buenas costumbres.

El juzgador actuará con la elasticidad que admita el caso concreto <sup>161</sup>. Ello es lo que hace peligrar al mismo derecho debido al alto margen de discrecionalidad judicial no reglada que el mismo habilita.

La aplicación de los principios permite, tanto al operador jurídico como al creador de normas, incentivar la

<sup>160</sup> SPOTA, A.: "Tratado de Derecho Civil", Tº I, Parte General, Vol. 2, pág. 313.

<sup>161</sup> SARDEGNA, M. A., "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, Anotada y Concordada", Edit. Universidad, novena edición, pág. 87.

imaginación creadora, la inventiva, al punto de poder recrear todo el sistema jurídico<sup>162</sup>.

Retomando conceptos vertidos *ut supra*, insistimos en que los Principios Generales del Derecho son una suerte de autorización o invitación que en nuestro sistema formula expresamente la ley positiva<sup>163</sup> para respaldar la libre creación del derecho por parte de los jueces.

Los amplios términos en que las cláusulas generales se enuncian hacen que su interpretación pueda ir cambiando y adaptándose a la realidad social en el que desempeñará un papel importante la discrecionalidad judicial.

Es así como el juez tiene legitimación para crear derecho, bajo ciertas circunstancias y con razonables condicionamientos, entre ellos, y fundamentalmente, una legítima interpretación del derecho positivo. La jerarquía del principio en el ordenamiento jurídico-positivo dependerá del grado de exteriorización que tuvo el mismo.

Es así como el principio del interés superior del niño queda instituido como medida para interpretar e integrar normas y contratos más allá de los textos y las cláusulas expresas y de su tenor literal.

Al reconocer la existencia de criterios éticos de validez jurídica, que imponen la sujeción de la norma positiva a principios superiores a ella, a cuya luz, el derecho deja de interpretarse y aplicarse rígidamente para hacerse más flexible y, en definitiva, más justo y progresivo, con toda la peligrosa vaguedad que implican estos términos y que ya denunciamos.

Se intenta por el mismo establecer una pauta de carácter ético que busque impedir un ejercicio abusivo de los derechos mediante el establecimiento de una conducta estándar que se revela como aprobada por la comunidad. Cumple así este principio con una función de informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico. Vacío de contenido.

Como venimos insistiendo en este estudio, este principio, es una idea general que comprende, explica y respalda las obligaciones que emanan de su contenido, pero que las trasciende.

La falta de una correcta y adecuada definición, clara en su designación y concreta en su denotación, vacía conceptualmente al principio.

El vaciamiento conceptual del mismo hace peligrar la vigencia de un régimen especial destinado no sólo a reglar, sino especial y particularmente a tutelar los derechos del niño trabajador.

Es así como bajo la invocación del principio se puede fallar no sólo disintiendo con opiniones doctrinarias mayoritarias, sino también, ampliando previsiones legales, y lo que es aún más reprochable, ignorando principios generales, violando disposiciones laborales y tributarias, creando nuevas obligaciones, extendiendo los márgenes de responsabilidad, previendo sanciones agravadas y despenalizando delitos, entre otras felonías.

U otra posibilidad que tampoco se descarta: reconocer el desconocimiento del derecho o ignorar las normas vigentes.

De esta manera también, por medio de la desnaturalización de este principio, se incrementa la regresión entrópica por la que atraviesa nuestra disciplina<sup>164</sup>.

## VII – CONCLUSIÓN

La Convención representa una oportunidad para desarrollar un nuevo esquema de relación del niño con el Estado y las políticas sociales y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños y sus intereses en las políticas públicas.

Debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permitan oponerse a los abusos del poder y superen el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, garantizados también por el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención, ello por cuanto el concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad de vida.

Cualquier otra definición que identifique el interés superior con alcanzar la madurez; o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los derechos que se reconozcan.

Se trata de una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus

<sup>162</sup> GARCIA MARTINEZ, R: “Los principios generales de la Ley de Contrato de Trabajo”, Rev. Derecho Laboral, 1985, pág. 269.

<sup>163</sup> Conf. art. 16 del Código Civil.

<sup>164</sup> SARDEGNA, P.C.: “Entropía de las normas laborales”, Tesis doctoral.

derechos y no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

El principio de legalidad apareció en los sistemas jurídicos de tradición europea, continental o romanista en una tendencia hacia la legislación como fuente única de derecho consolidada a través del proceso de codificación.

El principio de legalidad es concebido como aquél caracterizador del estado de derecho que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la ley no siéndole oponible ningún otro derecho más fuerte.

El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso. El sueño jacobino de unos códigos lacónicos y lapidarios con claras soluciones para todos los casos, como ideal burgués para empeñarse en el mundo de los negocios con una buena dosis de certidumbre, se desvanece<sup>165</sup>.

Este principio que impuso a “Su Majestad la Ley” como límite a la arbitrariedad del poder, una vez instituido, con su tendencia rigorista y formalista, es puesto en jaque por “Su Señoría el Juez”.

No se puede negar la influencia que tienen los jueces sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos no sólo a través de la reformulación de normas jurídicas generales, sino también mediante el control del procedimiento judicial.

A lo largo de este estudio hemos descripto y analizado como a través de un principio que se incorpora para reducir los márgenes de injusticia e inseguridad jurídica se puede terminar potenciando los mismos frente a la impredecibilidad de las decisiones judiciales.

Porque mientras que la concreción normativa o contractual disipa la inseguridad jurídica, las cláusulas generales dispensan al juez de acudir a cánones hermenéuticos.

El peligro se encuentra latente porque se trata de un principio general que abarca, por su propia naturaleza, un conjunto de derechos especiales, los de los niños.

Los amplios términos de su formulación hacen que su interpretación pueda ir cambiando de acuerdo a la realidad social. Es así como este principio general se va vaciando de contenido.

Si bien la indeterminación de la cláusula general va salvándose a través de la fijación de pautas o parámetros que van decantando una suerte de código de criterios típicos, que aunque no alcancen completa uniformidad, son generadores de seguridad jurídica<sup>166</sup>, los jueces tienen la facultad de recurrir a distintas técnicas dialécticas para elaborar nuevas normas en sentido amplio y para hacerlo en forma no manifiesta ni evidente. Ellos son los encargados de ajustar el derecho a ciertos ideales racionales y axiológicos, preservando la sensación de seguridad jurídica.

Cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios “de adhesión normativa” y que consisten en juicios valorativos que se inspiran en principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico<sup>167</sup>.

Dejar las decisiones sujetas a lo que podríamos denominar “arte jurisprudencial” implicaría dejarlo sometido a convenciones o posiciones generalmente aceptadas por la clase de los juristas. Como hubo en el derecho romano “*regulae iures*” y “*responsa*” o en el derecho medieval “*brocardos*” y “*concilia*”, hay en una determinada ciencia del derecho reglas, máximas o directivas que se convierten en “convicciones” o “convenciones” en lo que algunos han llamado un “pensamiento jurídico institucional”.

Dejar al arbitrio judicial la posibilidad de imbricar las exigencias derivadas del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones conforme a las exigencias de un principio general vacío de contenido pone en peligro no sólo la seguridad jurídica sino la propia subsistencia de una disciplina que protege a los niños frente al abuso y explotación producto del trabajo infantil.

El fin principal del ser humano es la felicidad por lo que debemos asumir el compromiso de garantizar los derechos del niño y dotar cada vez con mayor contenido al principio del interés superior del niño atendiendo particular y especialmente a sus condiciones esenciales, aquellas propias de un “niño”.

---

165 DIEZ PICAZO, L. en prólogo a libro de WIEACKER, F: “El Principio General de la Buena Fe”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, Trad. José Luis Carro, pág. 16.

166 MONTOYA MELGAR, A., op. cit., pág. 47 citando a SAFFIOTI, M.T.: “Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato”, Turín, 1999, pág. 111.

167 NINO, S.: “El lenguaje del derecho”. Ensayos en homenaje de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 1982.