

Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea

M^a TERESA IGARTUA MIRÓ *

INMACULADA MARÍN ALONSO **

1. INTRODUCCIÓN

La existencia del trabajo infantil es un hecho lamentable e irrefutable asociado normalmente a situaciones de pobreza o a economías en desarrollo tal como demuestra la propia historia de los países que conforman la actual Unión Europea¹. Pe-

ro no todo lo relacionado con el trabajo infantil forma parte del pasado de la UE o de los países de Europa que aún no están integrados en la misma² pues, en los tiempos que vi-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

¹ La incorporación de las denominadas «medias fuerzas» –mujeres y niños– al mercado de trabajo se produjo de manera generalizada en Europa con la Revolución Industrial a mediados del Siglo XVIII llegando la explotación infantil a su punto álgido a lo largo del Siglo XIX. Existen testimonios de cómo en Gran Bretaña, en la industria algodonera, se consideraba a los niños como los mejores operarios al ser pequeños y de manos ágiles; es más, en Inglaterra, las primeras normas sociales recogen esta realidad al intentar ponerle límites como ocurre con la Ley de 1802 que regula el trabajo nocturno de los menores en la industria textil o la Ley de 1874 que fija en diez años la edad mínima para trabajar en las fábricas; por su parte, en Francia, una Ley de 1813 tiene por objeto prohibir el empleo en las minas de niños menores de diez años y la Ley de Protección de los menores en 1841 fijó con carácter general la edad de incorporación al mercado laboral en ocho años; asimismo, en Italia se prohibió el trabajo en las fábricas a los menores de

nueve años en 1843; por su parte, en Prusia, la Ley de 1853 fijó en diez años la edad mínima para trabajar. Sobre ello véase con más detalle RAMM, T.: «El laissez-faire y la protección de los trabajadores por parte del Estado», en La formación del Derecho del Trabajo en Europa, Coord. Bob Hepple, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 104 y ss. Sobre la situación del trabajo de los menores en España y las primeras normas protectoras, véase SUAREZ GONZÁLEZ, F.: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 13 y ss.

² Señala la OIT en una nota informativa sobre el trabajo infantil (Lima, 2003) que ningún país está libre de trabajo infantil pues 2,5 millones de niños trabajan en las economías desarrolladas y otros 2,5 millones en las economías en transición como los Estados de la antigua Unión Soviética. Muchos millones más no se han contabilizado o no se pueden contabilizar según se recoge en «El trabajo infantil: los derechos son la clave del problema», p. 1, http://www.unicef.org/spanish/publications/pub_beyond_sp.pdf. Asimismo, a falta de datos más recientes, puede consultarse la Revista de Trabajo de la OIT nº 16, 1996, p. 13 donde señala que el porcentaje de niños económicamente activos entre 10 y 14 años en 1995 era del 1,11% en Albania, del 0,17 en Hungría y del 0,17 en Rumania; asimismo, Italia tenía un porcentaje del 0,38% y Portugal un 1,76%.

vimos, las exigencias de la Economía Mundial y la Revolución Tecnológica parecen reactivar este antiguo fenómeno en el territorio europeo o en el de terceros países³ que, de manera equívoca, nos ha parecido alejado de nuestra realidad cultural y endémico –aunque solucionable⁴– en países subdesarrollados como evidencian los informes y estudios de organismos internacionales⁵. La realidad, no obstante, es otra pues, si nos centramos en nuestro país, las organizaciones sindicales alertan con frecuencia sobre la explotación infantil en determinados sectores y ello pese a la vigente legislación protectora de los menores⁶.

³ La globalización económica permite que en la búsqueda de mayores beneficios las empresas recurran a la externalización o subcontratación externa de servicios a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo cuyos costes son más baratos en general y además permiten o toleran la utilización de mano de obra infantil.

⁴ En otro estudio presentado por la OIT durante el I Congreso Mundial sobre trabajo infantil revela que eliminar el trabajo infantil en el mundo costaría 760.000 millones de dólares pero arrojaría beneficios valorados en 5,1 billones de dólares en el 2020 según la Agencia de Naciones Unidas. Véase al respecto BBCMundo.com de 4 de febrero de 2004.

⁵ Se advierte que, al menos, doscientos cincuenta millones de niños trabajan en los países en desarrollo, de los que sesenta millones tienen edades comprendidas entre los 5 y los 14 años. Casi la mitad trabaja a tiempo completo. La tasa de trabajo infantil en África asciende al 41%, la de Asia al 21% y la de América Latina y Caribe al 17%, siendo la tasa de niños económicamente activos en dichos lugares del 32%, 61% y 7% respectivamente. Asimismo, un estudio realizado en nueve países de América Latina señala que si los adolescentes dejaran de trabajar, el índice de pobreza se incrementaría entre un 10 y un 20% en dichos países.

⁶ La UTG señala que, al menos, entre 250.000 y 400.000 menores trabajan ilegalmente en el sector del comercio, hostelería, textil y piel y agricultura, o bien, ejercen la mendicidad. Es más, se advierte que casi con seguridad existen bolsas de trabajo infantil, de cifra incierta, que ya RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El trabajo infantil», RL 1997-II, p. 82, situaba hace unos años, según cálculos oficiales, entre doscientos y quinientos mil. Al respecto puede verse BEQUELE, A. y MYERS, W.: *Prioridad del trabajo infantil: la eliminación del trabajo perjudicial para los niños*, MTAS, Serie OIT, Madrid, 1998, p. 9.

Ante semejante panorama resulta obvio que la existencia del «niño-trabajador» reclama no sólo la denuncia de su situación sino la adopción de medidas por parte de todos los Estados del planeta para establecer las condiciones políticas, sociales, económicas y jurídicas necesarias para la erradicación de la lacra del trabajo infantil, debiendo hacerse hincapié en el derecho de los menores al acceso a la educación y a una formación profesional que les permita obtener un futuro mejor⁷.

Bien es verdad que la aprobación de instrumentos internacionales para la protección de los menores⁸, aunque importantes para

⁷ En el mismo sentido, GARCÍA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral de los menores», AS nº 10, 2001, p. 62; GARCÍA VALVERDE, MD.: «El trabajo de los menores y su protección», RTSS nº 11, 2000, p. 8.

⁸ Un papel relevante ocupa la OIT que tras su fundación en 1919 ha elaborado numerosos Convenios y Recomendaciones dirigidos a la protección de los menores en diversos ámbitos. Ejemplo de ello son los siguientes Convenios en materia de edad mínima de admisión al trabajo: Convenio nº 5 (1919), nº 7 (1920), nº 10 y nº 15 (1921), nº 33 (1932), nº 58 (1936), nº 59 y nº 60 (1937), nº 112 (1959), nº 123 (1965), y el importante nº 138 (1973); sobre la misma materia, véanse las Recomendaciones nº 6 (1932), nº 52 (1937), nº 96 (1953), nº 124 (1965) y nº 146 (1973). Por otro lado, existen convenios que regulan condiciones de trabajo de los menores en orden a su protección como, por ejemplo, el Convenio nº 6 y nº 90 (1919 y 1984 respectivamente) sobre trabajo nocturno de menores en la industria, y el Convenio nº 79 sobre trabajo nocturno de menores en trabajos no industriales; igualmente, existen varios Convenios en materia de seguridad y salud laboral (nº 115 y nº 127, de 1960 y 1967 respectivamente) y Convenios que establecen la obligatoriedad de exámenes médicos de menores (nº 16, nº 77, nº 78 y nº 124); por último, existen también Convenios y Recomendaciones que intentan establecer mejoras en las condiciones de trabajo de los menores tales como jornada laboral, supresión de horas extraordinarias, descansos y vacaciones retribuidas y Convenios como el nº 182 (1999) que pretende erradicar las peores formas de trabajo infantil. Sobre su arduo proceso de aprobación para alcanzar el visto bueno de algunos Estados, puede verse RUANO ALBERTOS, S.: «La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación», RMTAS, nº 22, 2000, pp. 229 ss. *Vid.* la Recomendación de la Comisión de 15 de septiembre de

alcanzar el objetivo de erradicación del trabajo infantil, no han dado todo el resultado esperado, así como tampoco se han mostrado eficaces las sanciones económicas que se imponen a los países que toleran la explotación de semejante mano de obra.

Pero las normas internacionales han tenido el mérito, sin duda, de influir en las legislaciones nacionales en orden, por un lado, a prohibir el trabajo infantil y, por otro lado, a regular y proteger el trabajo juvenil, incorporándose además a la normativa comunitaria que, a su vez, ha provocado cambios significativos en la regulación interna del trabajo de los menores⁹. De especial relevancia en el ámbito comunitario y en la materia que nos ocupa son, entre otros, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989¹⁰,

la Carta Europea de los Derechos del Niño¹¹, la Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989 (Directiva Marco sobre seguridad y salud laboral) y, sobre todo, la Directiva 94/33/CEE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, que desarrolla claramente los principios sentados por la OIT en materia de protección laboral de los menores y supone, hasta ahora, el actual régimen jurídico comunitario aplicable al menor en el trabajo¹².

Los hitos más recientes en esta materia los encontramos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000¹³, y cómo no, en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, TCE), que incorpora casi íntegramente la anterior Carta a su Parte II, estableciendo como derecho fundamental en el ámbito de la UE, entre otras materias, la «Prohibición del

2000 relativa a la ratificación por los Estados miembros del expresado convenio (2000/581/CE), DO n^o L 243/41, 28 de septiembre de 2000. En el ámbito de las Naciones Unidas ha de señalarse la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño –así como la de 1959–, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en especial, art. 25.2); los Pactos Internacionales de 16 de diciembre de 1966 y, señaladamente, el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en especial, arts. 32 y 41).

⁹ En igual sentido, GARCÍA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral de los menores», *ob. cit.*, p. 66.

¹⁰ Los artículos 20 a 23 de dicha Carta, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 por los Jefes de Estado y Gobierno de once Estados miembros, establecen una edad mínima de admisión al trabajo coincidente con la edad en que finaliza la escolaridad obligatoria sin que, en ningún caso, sea inferior a quince años salvo los denominados «trabajos ligeros»; la adaptación de las normas laborales a las exigencias del desarrollo y la formación profesional del menor y, por último, la limitación de la duración de la jornada laboral de los menores de dieciocho años y la prohibición de que realicen horas extraordinarias o trabajo nocturno –salvo en algunos empleos establecidos por la normativa nacional. Aunque es conocido su escaso relieve jurídico, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A.: «Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea», *AL* n^o 19, 2004, p. 2297. Hay que esperar al Tratado de Ámsterdam para que la Unión Europea se considere adherida a los dere-

chos sociales fundamentales definidos en dicha Carta y en la Carta Social Europea, DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RMTAS*, n^o 32, 2001, p. 16. GALIANA MORENO, J.: «Dimensión comunitaria del Derecho del Trabajo», *RMTAS*, n^o 13, 1998, p. 124. Téngase en cuenta que esta Carta no adquirió fuerza jurídica vinculante sino hasta la incorporación de la misma a la Directiva 94/33/CEE.

¹¹ Esta Carta se aprobó a través de la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo siendo la base de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

¹² Relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, Diario Oficial n^o L 216 de 20 de agosto de 1994. Detalladamente, véase, APILLUELO MARTÍN, M.: La relación de trabajo del menor de edad, CES, Madrid, 1999, pp. 41 y ss.

¹³ Recuérdese que en esta Carta se recoge por primera vez en un único texto el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos o sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Se basa, fundamentalmente, en los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE, la Carta Social Europea del Consejo de Europa y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como en otros Convenios internacionales a los que se han adherido la UE o sus Estados miembros.

trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo» (art. II-92). Las cuestiones que plantea este reconocimiento en un Tratado con aspiraciones a constituir la Constitución de los Estados de la UE, y por tanto de sus ciudadanos, son múltiples y de diversa complejidad, pero nos limitaremos a valorar si esta regulación es compatible o no con la regulación nacional o comunitaria sobre el trabajo de los menores, si nos obliga de algún modo a modificar la normativa interna o si es posible que los ciudadanos reclamen ante los Tribunales de Justicia nacionales, comunitarios o internacionales los derechos o principios reconocidos en este TCE.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Antecedentes

Un rápido recorrido por la historia de la Unión Europea revela que los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos que la conforman empiezan a reconocerse en los textos normativos de la misma como reacción al aumento de sus competencias, es decir, como defensa frente al poder que ostenta. Así, los Tratados fundacionales no incorporaron en sus textos garantías de respeto a los derechos fundamentales, a excepción del reconocimiento de algunos derechos individuales cuya implantación debía simplemente promoverse o fomentarse por los Estados miembros. Es más, la Comunidad Europea dirigió sus esfuerzos iniciales a alcanzar la integración económica entre algunos Estados, dejando en manos del Consejo de Europa la integración política en cuyo ámbito se fraguó el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, ratificado, sin embargo, por todos los Estados fundadores de la actual Unión.

En la década de los ochenta los derechos fundamentales adquieren una cierta relevan-

cia al estimarse necesario la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en el Proyecto de Tratado de 14 de febrero de 1984 que, sin embargo, fue desestimado. Dicho catálogo no se alcanza hasta 1989 con la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo, que además incorpora en un mismo cuerpo normativo derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, adopta las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) respecto de los derechos fundamentales y establece en su articulado –y no en el Preámbulo como hizo el Acta Única Europea firmada el 27 de enero de 1986– que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Estado de Derecho», añadiendo que la Unión Europea «respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ... y tal y como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (actual art. 6 y antiguo F). Se formaliza con ello un sistema de protección efectiva de los derechos fundamentales en tanto obliga a la Unión a la protección jurídica de los mismos. El Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, no supuso variación en esta materia, aunque introdujo, por un lado, la posibilidad de sancionar a algún Estado miembro cuando violase, de manera grave y constante, los principios establecidos en el TUE y, por otro lado, permitió requerir a los Estados candidatos a la adhesión el respeto a los derechos fundamentales y a los principios democráticos.

Durante la cumbre europea de Niza en diciembre de 2000 se produce un hito esencial en esta materia pues se proclama la Carta de Derechos Fundamentales con el objeto principal de hacer visibles los derechos fundamen-

tales y fijar su alcance ante los ciudadanos. Se consagran en ella los principios de universalismo e indivisibilidad de los derechos fundamentales inspirados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en los derechos y libertades fundamentales reconocidos, entre otros instrumentos, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores aprobada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989. Dicha Carta, sin embargo, no formó parte del Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001, careciendo así de eficacia o aplicabilidad directa. Esta situación varía con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que incorpora la Carta a la Parte II del mismo y establece que los derechos fundamentales que se reconocen en la misma habrán de ser interpretados y aplicados conforme a lo establecido por el propio Tratado en los arts. II-111 a II-114. En una primera valoración de la Parte II TCE hemos de resaltar que esta «Constitución» padece, a nuestro juicio, de varios inconvenientes jurídicos, siendo su primer escollo la falta de una jerarquización entre derechos que permita solucionar equitativamente las posibles colisiones entre los mismos. Pero su problema principal es, no obstante, que la incorporación de la Carta al TCE no viene a salvar una situación de vacío jurídico en el ordenamiento comunitario en tanto, como señala la doctrina constitucionalista, el TJCE introdujo hace tiempo la doctrina de que el Derecho Europeo engloba, como principios generales del Derecho, ciertos Derechos fundamentales, en concreto, aquellos que se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes de la mayor parte de los Estados miembros, incluidos los tratados internacionales ratificados por estos y, en especial, el CEDH. La incorporación de la Carta al TCE se integra, pues, en un contexto jurídico que ya reconoce y protege los Derechos fundamentales, contribuyendo úni-

camente a dotar de claridad y visibilidad a ciertos derechos y a dotarles de seguridad jurídica¹⁴.

2.2. Los Derechos fundamentales. Ámbito de aplicación y nivel de protección de los Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta han de tener uno o varios destinatarios (ámbito subjetivo), ser exigibles en un determinado territorio (ámbito territorial) y aplicarse en determinadas circunstancias (ámbito funcional). En tal sentido, el art. II-111 señala que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto al principio de subsidiariedad, así como también a los Estados miembros pero, en este último caso, sólo cuando apliquen derecho de la Unión. El destinatario principal es, pues, la propia Unión cuando actúa dentro del marco de sus competencias en función del principio de atribución y también cuando actúa en ámbitos que no forman parte de su competencia exclusiva pero que, con su intervención, permite alcanzar mejor los objetivos de una acción pretendida debido a su dimensión o a sus efectos y siempre que ello no pueda ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros ni a nivel central, regional o local¹⁵. Los destinatarios secundarios son, por tanto, los Estados miembros pero sólo cuando apliquen el derecho de la Unión. Implica ello, en principio, que las disposiciones de la Carta no van dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen derecho interno. No obstante, a este respecto señala el mismo

¹⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos», AA.VV. Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, Ed. Aranzadi, 2004, p. 180.

¹⁵ Véase el art. I-11 sobre principios fundamentales.

precepto que los Estados miembros «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución». Parece pues, en principio, que se establece una obligación adicional para los Estados miembros cuando ejercen competencias propias ya que, en tal caso, deberán respetar los derechos señalados en la Carta, observar sus principios y promover su aplicación. Podría suponer ello, a nuestro juicio, que los Estados miembros también son destinatarios directos de las disposiciones de la Carta respecto de su competencia normativa interna, circunstancia que puede suscitar múltiples recelos entre los Estados integrantes de la Unión. Es, no obstante, la propia Carta la que intenta despejar las dudas de los Estados miembros con el apartado 2 del art. II-111 al señalar que «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias o misiones definidas en la demás Partes de la Constitución». Seméjante precepto viene a señalar, en definitiva, que la Carta no atribuye competencias nuevas a la Unión ni a los Estados miembros por lo que, en realidad, éstos sólo vienen obligados a respetar los derechos fundamentales reconocidos en sus propias Constituciones y en el CEDH¹⁶.

En tal sentido, el art. 39.4 de la Constitución Española establece, como principio rector de la política social y económica que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Y los acuerdos internacionales velan por los derechos de los menores en distintos ámbitos, particularmente, cuando estos están insertos en una relación de trabajo. Nuestra Constitución acepta, por tanto, el trabajo del

menor, aunque con una protección específica, debiendo las leyes sobre menores adecuarse a la normativa internacional y ser interpretada conforme a los objetivos de los acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE). Ello nos lleva a concluir que el art. II-92 del TCE no introduce variación alguna respecto de la situación del trabajo de los menores en nuestro país pues, al menos en esta materia, España no sólo observa los principios y promueve los objetivos de la comunidad internacional asumidos internamente, sino que respeta los derechos fundamentales de los menores reconocidos en nuestro Texto fundamental y, además, supera el nivel de protección de la normativa supranacional¹⁷, como tendremos ocasión de comprobar.

2.3. Límites a los derechos y principios reconocidos en el TCE

En la Carta se distingue entre «derechos» y «principios» sin definir lo que son unos y otros. Esta circunstancia va a provocar, sin duda, la necesaria intervención del TJCE en orden a interpretar cada supuesto, así como a coordinar las prácticas de los Estados miembros. Para ello ha de tenerse en cuenta que el TCE dedica a los «derechos» los cuatro primeros apartados del art. II-112 y a los «principios» el apartado 5 del mismo precepto.

La diferencia fundamental entre ambos es que los derechos han de ser respetados por los Estados miembros que sólo podrán establecerles límites, mediante ley que respete el contenido esencial del derecho en cuestión, en dos supuestos: cuando existan objetivos de interés general reconocidos por la Unión o, en

¹⁶ En igual sentido, RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La Carta de Derechos fundamentales...», ob. cit., p. 182.

¹⁷ Señala la doctrina constitucionalista que «lo que en el contexto de la Unión interesa no es garantizar a los derechos un estándar mínimo de tutela sino asegurar la supremacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión»: RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «La Carta de Derechos Fundamentales...», ob. cit., p. 184.

su caso, por la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás.

Los principios, en cambio, sólo podrán aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos adoptados por los órganos competentes en aplicación del Derecho de la Unión, lo que supone que sólo podrán alegarse ante los Tribunales en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos.

La no diferenciación entre derechos y principios plantea numerosos problemas a resolver por las instancias judiciales comunitarias que deberán basarse en el derecho interno de cada Estado miembro para aplicar a los derechos y principios el tratamiento jurídico adecuado. Esto último nos recuerda que nuestra propia Constitución califica como principios rectores de la política social y económica todo lo referente a la protección de los menores en el trabajo, por lo que, en términos semejantes, habrá de ser interpretado el art. II-92 en el ámbito del TCE. Es decir, que para poder alegar el art. II-92 ante los Tribunales de Justicia será preciso que su contenido se adopte previamente por un acto legislativo o ejecutivo de los órganos, instituciones u organismos de la Unión o por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión en el ejercicio de sus competencias respectivas.

3. PROHIBICIÓN DE TRABAJO INFANTIL Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO DE LOS JÓVENES

Una vez que hemos avanzado determinadas reflexiones sobre la constitucionalización de los Derechos Fundamentales recogidos en la Carta de la Unión¹⁸, vamos a dete-

¹⁸ «La Carta es literalmente »incrustada« en la Constitución en el sentido de que es alojada en el interior de ésta sin que se haga el menor esfuerzo de adaptar el resto de su texto a la nueva presencia», CRUZ VILLALÓN, P.: «La Carta, o el convidado de piedra (Una mirada a la Parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Euro-

neros en el análisis del contenido del artículo dedicado al trabajo infantil y juvenil (art. II-92). También aquí el resultado va a ser poco alentador¹⁹, puesto que el texto poco añade a las regulaciones mucho más protectoras ya existentes tanto a nivel comunitario como interno. De nada nos va a ayudar acudir para la exégesis del precepto, siguiendo los dictados del Preámbulo, a las explicaciones sobre la Carta²⁰ que, pese autoproclamarse como un valioso instrumento de interpretación, se limitan a señalar su origen. En nuestro caso, la Directiva 94/33/CE, el artículo 7 de la Carta Social Europea y los puntos 20 a 23 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, confirman la primera impresión sobre el carácter nada innovador de la Carta en esta materia²¹.

La relevancia de su inclusión entre los derechos fundamentales hemos de buscarla especialmente en la importante llamada de atención a los Estados miembros que supone, acerca de la necesaria búsqueda de soluciones efectivas a un problema de desmesuradas dimensiones, alto valor humanitario y con distintas manifestaciones en función de los países, que nos acompaña desde tiempos ya

pa)», p. 4, http://www.unizar.es/union_europea/files/Pedro_cruz_sin-notas.pdf.

¹⁹ «El Tratado resulta francamente decepcionante, pues no supone ningún verdadero punto y aparte con respecto al Derecho »originario« de la Unión Europea vigente hasta el momento presente», MARTINEZ GIRON, J.: «El contenido social del Tratado por el que se constituye una Constitución para Europa», AL nº 18 (2000), p. 2140.

²⁰ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, CIG 87/04 ADD 2 REV 1.

²¹ En la misma línea, CRUZ VILLALÓN, P.: «La Carta o el convidado de piedra», ob. cit., p. 9; DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Carta de los Derechos...», ob. cit., p. 28, quien destaca, p.40, que incurre en reiteraciones de derechos ya reconocidos por otras vías no justificados por el contenido aunque sí por el cambio de ámbito de aplicación.

remotos y se resiste a abandonarnos. En Estados como el nuestro, no se trata ya de limitarnos a prohibir el trabajo infantil, sino que debe alcanzarse un estatuto laboral para el menor adaptado a sus especiales condiciones de desarrollo y formación.

El TCE, siguiendo una línea de tendencia que se remonta a las primeras normas con cierto contenido laboral²², traza dos ámbitos de tutela. Uno encaminado a la prohibición de trabajo infantil mediante la fijación de una edad mínima de acceso al trabajo y otro que persigue la protección de los jóvenes en los primeros momentos de su vida laboral.

3.1. El trabajo infantil

3.1.1. Contenido del precepto

«Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas».

En coherencia con textos precedentes a nivel internacional y comunitario, se fija una edad mínima de admisión al trabajo, cuestión esencial para todo el régimen protector del

menor²³. Ahora bien, la redacción del precepto merece algunas reflexiones.

En primer lugar, hemos de destacar que por razones que no quedan demasiado claras, se ha prescindido de especificar la edad mínima de acceso al trabajo. De esta forma, se ciñe a identificarla con la edad de finalización de la escolaridad obligatoria, algo que resulta extraño, pues esta prescripción suele acompañarse de un mínimo concreto que, en ningún caso, debe ser rebasado, más si tenemos en cuenta que la Directiva así lo contempla y que en quince años situaba también el límite la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales. De todas formas, el dato crucial es, sin duda, conectar la edad de admisión con el fin de la escolaridad obligatoria, pues como señala la OIT, con ello se «trata de asegurar el máximo potencial del capital humano del niño, en beneficio de los propios niños, de sus familias y comunidades y del conjunto de la sociedad, aumentando la contribución que éstos pueden aportar al crecimiento económico y al desarrollo social cuando se hagan mayores»²⁴.

En segundo lugar, resulta llamativa la referencia a «sin perjuicio de disposiciones más favorables», ¿Cómo debemos interpretar este inciso?. Una posible interpretación pasaría por entenderla referida a la fijación de edades de admisión más elevadas, por encima del término de la escolaridad obligatoria, lectura carente de sentido, pues lejos de favorecer al menor estarían provocando

²² La protección se ha centrado desde finales del s. XIX, en la fijación de edades mínimas, la prohibición de determinados trabajos y la limitación específica de la jornada, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Trabajo infantil», ob. cit., p. 79; GARCÍA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 63. Las características y objetivos del presente trabajo impiden que entremos en la evolución de estas normas de tutela, por todos, APILLUELO MARTÍN, M.: La Relación de Trabajo del Menor de Edad, ob. cit., pp. 33 ss; LOZANO LARES, F.: La Regulación del Trabajo de Menores y Jóvenes, Mergablum, Sevilla, 2000, pp. 25 ss; RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores» (En torno al artículo 6), en El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, REDT nº 100, 2000, Tomo I, pp. 291 ss; RUANO ALVERTOS, S.: El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria, MTAS, 2001, pp. 9 ss.

²³ GARCÍA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 70.

²⁴ Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª reunión, 2002, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2002, citado por CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil», REDT nº 122, 2004, p. 232. Como se ha señalado, «El niño trabajador carece de los beneficios liberadores de la educación...» en «El trabajo infantil: los derechos son la clave del problema», ob. cit., p. 1.

una situación de vacío difícil de cubrir en el desarrollo de quien no opta por continuar la formación. Pretendemos poner de relieve que si bien pudiera resultar positivo retrasar la incorporación al trabajo acompañada de un progresivo alargamiento del período de escolarización, al lograr mayores niveles de formación²⁵, aun sin desconocer los problemas que crea a nivel educativo el mantenimiento de estos menores en las aulas en contra de su voluntad, no lo es, en ningún caso, desvincular ambas edades. Por tanto, a esta idea de edades de acceso más elevadas vinculadas a períodos formativos también más completos debe estar refiriéndose el precepto. Si nos acercamos a la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales del 89 podemos arrojar algo de luz al problema. En su artículo 20 se establece que «sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria...». Precepto que parece apuntar a la posibilidad, incluso a la conveniencia, de que los Estados miembros establezcan políticas encaminadas a favorecer una formación a los jóvenes más allá de la escolaridad obligatoria y que sirva para garantizar su inserción laboral, entendemos que retrasando así el acceso al mercado de trabajo que, además, se hará en mejores condiciones de desarrollo personal y profesional.

Por último, como es habitual en la mayoría de los textos, sean internacionales o, en menor medida, internos, no nos hallamos, ni mucho menos, ante un tope mínimo absoluto, en la medida en que se prevé la posibilidad de establecer excepciones a la regla general.

²⁵ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 299.

3.1.2. Normas de Derecho derivado

La entrada en vigor del TCE no va a conllevar, al menos con carácter inmediato, la aprobación de ningún nuevo instrumento encaminado a la prohibición del trabajo infantil o la tutela del trabajo de menores. Ello por dos razones muy conectadas entre sí. En primer lugar, habida cuenta que no se conceden nuevas atribuciones a la Unión ni se altera la distribución de competencias ya establecida, corresponde a los Estados miembros legislar en esta materia, aunque caben medidas de fomento y de coordinación a escala de la Unión con carácter complementario, que buscan reforzar la cooperación entre los Estados y no armonizar los sistemas nacionales (artículo III-210)²⁶. No obstante esta tajante afirmación, se hace casi innecesario recordar que la Unión en tiempos precedentes ha sido bastante habilidosa a la hora de encontrar resquicios para arrogarse la posibilidad de legislar en ámbitos que no son de su estricta competencia. Así, y en ello radicaría la segunda razón, en el año 1994 se adoptó una Directiva sobre el trabajo de los jóvenes, de la que en parte toma su contenido el precepto constitucional, que fue tramitada en el marco de la política de seguridad y salud en el trabajo, en concreto, como desarrollo de la Directiva Marco que, en su seno, acogía la tutela específica de los llamados grupos especiales de riesgo (art. 15), entre los que se ha incluido a los menores. Pese a que en un ámbito próximo, el de la ordenación del tiempo de trabajo, la maniobra comunitaria recibió la convalidación del Tribunal de Justicia²⁷, entendemos que buena parte de las prescripciones de la Directiva no van dirigi-

²⁶ Vid. MARTINEZ GIRON, J.: «El contenido social del Tratado...», ob. cit., pp. 2156-7. Entre las competencias de los Estados miembros incluye este precepto el Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene en el trabajo.

²⁷ STJCE 12 de noviembre de 1996 dictada en el asunto C-84/94.

das a aquella protección sino, con una proyección mucho más amplia, a brindar un régimen de tutela al trabajo de los menores.

El texto de la Constitución nada añade ni en nada contradice la mencionada Directiva²⁸ coincidente en la edad de acceso, aunque sometida al límite de quince años, y susceptible de amplias excepciones por parte de los Estados miembros. En concreto, en actividades de carácter cultural, deportivo o publicitario, en prácticas en empresas o formación en alternancia e, incluso, para los difíciles de precisar «trabajos ligeros»²⁹. Asimismo, pueden excluir los trabajos ocasionales o de corta duración en el ámbito del servicio doméstico y del trabajo familiar.

3.1.3. Normas de Derecho interno

Muy sucintamente cabe señalar que las previsiones del TCE, pese a que nuestro texto constitucional no va más allá de la tutela general a la infancia, sin referencias concretas a la faceta «laboral», no suponen cambio

²⁸ Ya se había destacado que la Directiva no sólo indica la sensibilidad de los Estados y de la Comisión con la problemática del trabajo infantil, sino también expresa la común insatisfacción por la situación existente, a cuya corrección se dedica, estableciendo objetivos a lograr efectivamente, más allá de la adopción de medidas de transposición, seguramente innecesarias dados los estándares preexistentes en los Estados miembros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Trabajo infantil», ob. cit., p. 82. La constatación de que en la mayoría de los Estados la transposición se ha llevado a cabo sin problemas dado que la protección ya estaba prevista, y sus especiales en el aumento de la concienciación sobre este tema, puede verse en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/ypr_es.pdf.

²⁹ Coincidimos con quien señala que esta figura no tiene acogida en derecho interno, sin que quepa pensar en una regulación en tal sentido en el futuro, GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 75.

alguno a este nivel, habida cuenta que nuestra regulación protectora es mucho más estricta que la europea³⁰.

El art. 6 ET fija el límite con carácter absoluto³¹ y general en dieciséis años (coincidiendo con el fin de la escolaridad obligatoria), con la limitada excepción de la participación en espectáculos públicos, previa la preceptiva autorización administrativa individualizada³², que debe velar por que no entrañe riesgos para la salud del menor ni su formación profesional y humana, en su caso armonizándola con esta última³³. Aparece pues muy alejada de las abiertas excepciones contempladas en la Directiva que no tienen cabida en el Derecho español³⁴, ello, pese a no dimanar directamente del texto del TCE, coherente con el carácter mínimo de las Directivas que impide rebajar los niveles de protección ya alcanzados (art. 16 Directiva 94/33).

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento, por debajo de los dieciséis años existe una incapacidad absoluta para trabajar *ex art.* 6.1 ET³⁵ que comporta, según doctrina mayo-

³⁰ Nuestro ordenamiento otorga una elevada protección a los menores, por todos, CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», ob. cit., p. 239.

³¹ También RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 296.

³² La autorización, formalizada por escrito, viene concedida para espectáculo o actuaciones específicas, esto es, «no es posible la concesión de autorizaciones genéricas», GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», ob. cit., p. 27. El contrato celebrado sin la pertinente autorización es nulo de pleno derecho, RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores» ob. cit., p. 308.

³³ En la misma línea, GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», ob. cit., p. 31; RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 296.

³⁴ CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», ob. cit., p. 236.

³⁵ GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 70. vid. Sin embargo, las reflexiones de SUAREZ GONZALEZ, F.: «Capacidad para contratar» (En torno al artículo 7), El Estatuto de los trabajadores..., ob. cit., p. 319, sobre la inexistencia de dicha incapacidad a favor de la «ilicitud de la prestación» correspondiente a la prohibición legal.

ritaria, la nulidad del contrato³⁶ celebrado por el menor de esa edad. Problema aún irresuelto es el relativo a si dicha incapacidad rige también para el menor de dieciséis años emancipado por matrimonio. Aunque tradicionalmente se ha considerado infranqueable el límite estatutario, no faltan quienes hacen primar las reglas civiles de plena capacidad (siempre tras haber cumplido catorce años) sobre el ET, con apoyo bien en el propio Código Civil bien en el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que impone una interpretación restrictiva de los límites a la capacidad de obrar de los menores³⁷.

Ciertas dudas plantea el ámbito concreto de aplicación de la mencionada edad mínima. Aunque en una primera lectura la norma interna parece circunscrita al contrato de trabajo, dado el tenor del art. 1.1 ET, ámbito que coincidiría con el de la Directiva, no hay que perder de vista que el Convenio 138 de la OIT habla de edad mínima de admisión al empleo o al trabajo. Esta formulación permite afirmar que vendría referida no sólo al trabajo por cuenta ajena prestado en virtud de un contrato de trabajo sino también por cuenta propia o autónomo, de lo que se deduce una

³⁶ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 298; CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», ob. cit., p. 236. No obstante, hay quien lo considera únicamente susceptible de anulación, GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 80, aunque para acabar considerando la distinción irrelevante a efectos prácticos.

³⁷ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 300, aunque sin obviar el límite de quince años que establecen las normas internacionales. Admite la válida celebración del contrato de trabajo, OLARTE ENCABO, S.: «Artículo 7», en AA.VV. (MONEREO PEREZ, Dir.), Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada, 1998, p. 169. Vid. las interesantes reflexiones de SUAREZ GONZALEZ, F.: «Capacidad para contratar», ob. cit., p. 321. En sentido contrario, APILLUELO MARTÍN, M.: La relación de trabajo..., ob. cit., pp. 67 y 68; GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 70.

regla de general aplicación a toda actividad productiva³⁸.

3.2. Protección del trabajo de los jóvenes

«Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

Las medidas de tutela podemos reconducirlas a tres ámbitos, ya clásicos en la normativa protectora de menores y suficientemente desarrollados en el texto de la Directiva³⁹, que merecen, siquiera, algunos comentarios.

3.2.1. Protección de la seguridad y salud en el trabajo

A nivel comunitario la tutela del trabajo de los jóvenes se ha insertado, por motivos que a todos nos alcanzan, dentro de la política de seguridad y salud laborales. No obstante, las medidas preventivas quedarían circunscritas a los arts. 6 y 7 de la Directiva, transpuestos, si bien de forma incompleta⁴⁰, en el art. 27

³⁸ CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», ob. cit., pp. 232 y 235, siguiendo a LOZANO LARES, F.: La regulación del trabajo..., ob. cit., p. 94. También apunta a esta idea MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada», RDS nº 8, 1999, p. 77. Para SUAREZ GONZALEZ, F.: «Capacidad para contratar», ob. cit., p. 323, la prohibición debe referirse al hecho mismo del trabajo.

³⁹ Se echan en falta, no obstante, otras menciones, de importante calado, expresamente contenidas en normas anteriores como el derecho a un salario equitativo o, en su defecto, otra retribución adecuada (art. 7.5 Carta Social Europea).

⁴⁰ En ello existe unanimidad doctrinal, entre otros, vid. RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 305.

LPRL⁴¹ y pendientes de un necesario desarrollo reglamentario que ya se retrasa casi diez años. Mientras el Gobierno no cumpla el mandato legal se halla en vigor el Decreto de 26 de julio de 1957⁴², precisado de una urgente revisión no solo por su obsolescencia sino también porque brinda un menor nivel de protección que la Directiva⁴³.

Aunque para un sector doctrinal habría sido conveniente la inclusión en la LPRL del resto de normas de tutela⁴⁴, no es una cuestión pacífica. A nuestro entender, en puridad, muchas de ellas exceden el campo de la prevención de riesgos laborales, aunque guarden cierta conexión, pues las inspiran valores muy diversos como la educación, el desarrollo físico y moral del menor, su derecho al ocio y al descanso y otras similares, visible en reglas como la edad mínima de admisión⁴⁵ o en las limitaciones de jornada. En este senti-

⁴¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, (BOE 10 de noviembre).

⁴² Decreto por el que se regulan los trabajos prohibidos a la mujer y los menores (derogado para el trabajo de las mujeres por Ley 31/1995) (BOE 26 de agosto de 1957).

⁴³ Se centra en actividades manuales ya modernizadas tecnológicamente y en los aspectos físicos del trabajo, RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», *ob. cit.*, p. 306. La necesidad de modernizar la normativa es resaltada también por CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», *ob. cit.*, p. 237 y GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», *ob. cit.*, p. 77.

⁴⁴ GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», *ob. cit.*, p. 35, siguiendo a GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, S.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 178. En la misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo», en AA.VV. (OJEDA AVILES, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., Coords.): *La Prevención de Riesgos Laborales, Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Madrid, 1996, p. 434.

⁴⁵ No es una medida propiamente de seguridad y salud, no busca sólo la protección, busca indirectamente evitar la explotación laboral infantil, el pleno desarrollo de su personalidad, la formación y la instrucción, GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», *ob. cit.*, p. 70.

do, el propio TS ha señalado (en relación con el art. 6. 2 y 3 ET) que «son normas que protegen bienes jurídicos distintos desde un punto de vista legal: en el número 2, de forma directa, la salud del menor en relación a la ejecución del trabajo afectada por sustancias nocivas y peligrosas que inciden directamente en un quebranto de la salud; en el segundo, su protección frente a agotadoras jornadas de trabajo incompatibles con un normal modo de vida de los menores»⁴⁶. Limitaciones de jornada que sólo de un modo mediato o indirecto protegen la seguridad y salud.

Desde luego no cabe negar ni la dispersión ni la obsolescencia en ciertos aspectos de la normativa protectora, que quizás harían aconsejable la aprobación de un texto único que fijara un régimen jurídico completo del trabajo del menor de edad⁴⁷, incluyendo previsiones que se echan de falta en los actuales textos vigentes, siguiendo la estela de la Directiva en la se ha querido ver una especie de «código del trabajo de los menores»⁴⁸.

El régimen de tutela previsto en el art. 27 LPRL se asienta sobre dos obligaciones básicas, que refuerzan y especifican deberes impuestos al empresario en otros lugares del texto legal, en concreto, la evaluación de riesgos, verdadero núcleo duro del sistema, y la información. No se prevé, sin embargo, ninguna peculiaridad respecto a la vigilancia de la salud, que se regirá por lo regulado en el art. 22 LPRL.

La evaluación debe llevarse a cabo antes de la incorporación del menor al trabajo o antes de cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo. Huyendo de buscar el significado del calificativo «importante» en otras normas laborales, lo funda-

⁴⁶ STS (contencioso-administrativo) 9 junio 1999 (RJ 6394).

⁴⁷ Idea a la que también apunta MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos...», *ob. cit.*, p. 72.

⁴⁸ Expresión empleada por CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», *ob. cit.*, p. 234.

mental resulta ser la afectación del bien jurídico y el sujeto protegidos (la seguridad y salud del menor) en el precepto legal⁴⁹, acudiendo también al generoso concepto de condiciones de trabajo manejado en el art. 4 LPRL.

La evaluación vendrá centrada en factores relacionados con las propias características subjetivas del menor de edad, identificadas con su falta de experiencia, inmadurez y desarrollo todavía incompleto, en conexión con el análisis de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procesos o condiciones de trabajo. La Directiva de forma más completa se refiere a equipos, lugar y métodos de trabajo, formación e información, lo que ha llevado a reclamar una mejor transposición por vía reglamentaria⁵⁰. Sin embargo, no hay que olvidar que estas previsiones deben completarse con las de los arts. 16 LPRL y 4 RSP⁵¹ que sin duda inciden en la necesaria exhaustividad de la evaluación, que debe comprender todos estos factores. No se trata, a nuestro juicio, de una evaluación distinta y separada de la común, sino más bien de su especificación en el momento en que el puesto de trabajo va a ser ocupado por un menor.

La segunda obligación se sitúa en la información a los menores y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación de los riesgos del puesto de trabajo, así como de las medidas preventivas adoptadas. Nada se indica sobre el momento en que debe facili-

tarse, es de suponer que antes de la incorporación al trabajo⁵², ni la forma, que aunque sería conveniente que fuera la escrita no viene así expresamente exigida.

Pese al carácter esencial de ambos deberes, el sistema de protección de los menores debe articularse sobre la prohibición de determinados trabajos u ocupaciones con riesgos específicos, aspecto enunciado en el texto legal pero diferido al imperioso desarrollo reglamentario, mandato al Gobierno también contenido en el ET⁵³. Entretanto, como hemos señalado, continúa en vigor el Decreto del 57. Norma caracterizada por un elevado grado de detalle, se estructura en dos listas de trabajos prohibidos, que contienen una triple clasificación referente a la actividad prohibida, el motivo de la prohibición y las condiciones particulares de la misma⁵⁴. La lista no es exhaustiva puesto que se extiende a «otros análogos», cualquiera que sea la industria en que se realice. En determinados supuestos —vapores tóxicos, polvos perjudiciales, incendio o explosión— no sólo se prohíbe el trabajo activo sino también la simple permanencia en los locales donde se ejecuta.

Mientras el vetusto Decreto se centra en aspectos puramente físicos del trabajo, la

⁴⁹ En la misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PEREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo», ob. cit., p. 435. GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», ob. cit., p. 34. Con modificaciones sustanciales las identifica RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 305, que le añade aquellas otras que por Convenio se consideren «importantes».

⁵⁰ GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 69.

⁵¹ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 enero).

⁵² Para RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PEREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo», ob. cit., p. 435 antes de la contratación para poder valorar el riesgo y decidir si se contrata en función del mismo.

⁵³ El posible desajuste entre ambos textos legales es patente. Se critica la vaguedad de los términos de la LPRL que admite su realización sometida a limitaciones, muy alejada de la contundencia con que el ET («no podrá») y la Directiva («prohibiciones») tratan este tema, vid. GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», ob. cit., p. 34; RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 305.

⁵⁴ GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 77. Con mayor detalle, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos a menores...», ob. cit., pp. 84 ss. No se trataría de limitaciones a la capacidad de obrar del menor, sino de prohibiciones que condicionan la ejecución del contrato, por todos, GARCIA VALVERDE, M.D.: «El trabajo de los menores...», ob. cit., p. 29.

Directiva es bastante más abierta e incluye, entre otras prohibiciones, trabajos que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas (art. 7.2 a) y aquellos cuyo ritmo esté condicionado por máquinas y remunerados en función del resultado (Anexo II, punto 9).

3.2.2. *Adaptación de las condiciones de trabajo*

La mayoría de las adaptaciones a nivel interno y comunitario se centran en la limitación de la jornada máxima y la ampliación de los descansos para los trabajadores menores de dieciocho años.

El art. 34.3 ET, transponiendo la Directiva, fija en ocho horas la jornada máxima, incluido el tiempo de formación y sin perjuicio del pluriempleo del menor, frente a las nueve que rigen para los mayores. Además, mientras este último límite es dispositivo, este carácter desaparece respecto a los menores, impidiendo la distribución irregular de su jornada⁵⁵. Asimismo, se prevé una ampliación del descanso en jornada continuada que será de media hora (frente a quince minutos) y siempre que la duración sea superior a cuatro horas y medida (frente a seis en el régimen común). La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años es como mínimo de dos días ininterrumpidos *ex art.* 37.1 ET frente al día y medio que se establece para el resto de trabajadores. Además, el art. 1.3 RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁵⁶ especifica que las ampliaciones de jornada y las previsiones sobre trabajo nocturno sólo se aplican a los mayores de dieciocho años.

En lo que hace a las horas extraordinarias, lejos de una mera adaptación el art. 6.3 ET

⁵⁵ APILLUELO MARTIN, M.: La relación de trabajo..., ob. cit., p. 191; También, CAMARA BOTIA, A.: «Viejas y nuevas perspectivas...», ob. cit., p. 238.

⁵⁶ BOE 26 de septiembre.

prohibe taxativamente su realización, al margen de cualquier tipo de pacto sea individual o colectivo; prescripción que no hallamos en la Directiva. Restricción que también descansa en la sentida necesidad de controlar la jornada máxima de los jóvenes sin dejar margen a ningún género de distribución irregular. De todas formas, suele admitirse la realización, ciertamente excepcional, de horas «extraordinarias» a fin de prevenir o reparar siniestros u otros daños de carácter urgente *ex art.* 35.3 ET, en atención fundamentalmente a que en puridad no son horas extraordinarias y a la urgencia, imprevisibilidad e inevitabilidad de los sucesos que las provocan⁵⁷.

Prohibición que se reitera para el trabajo nocturno⁵⁸, esto es, el comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana *ex art.* 36.1, límites que también resultan infranqueables para el Convenio Colectivo⁵⁹. De esta forma, no pueden realizar ni todo ni parte de la jornada en dicho intervalo, tanto por motivos de seguridad y salud, pues de todos son conocidos los nocivos efectos que el trabajo nocturno acarrea, como en razón a su adecuado desarrollo, e incluso, para hacer compatibles el trabajo con el posible estudio y la formación.

3.2.3. *Garantía del derecho a la educación, lucha contra la explotación económica, moral y social*

Si resulta esencial, como hemos visto, la fijación de una edad mínima de admisión al

⁵⁷ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 307; sin embargo, para GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 78, «se trata de una prohibición que no admite excepciones...».

⁵⁸ Pese a que la Directiva admite la fijación de excepciones, nuestro ordenamiento no ha hecho uso de tal facultad, LOZANO LARES, F.: La Regulación del Trabajo..., ob. cit., pp. 198-199; GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 76.

⁵⁹ *Vid.* RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», ob. cit., p. 307.

trabajo, en buena medida dirigida a garantizar la educación obligatoria⁶⁰, se trataría de unir a ésta otras actuaciones que permitan que el menor desarrolle un trabajo adecuado para su edad y estrechamente vinculado con su educación básica obligatoria y su formación profesional⁶¹.

Tutela que podríamos centrar en dos aspectos. De un lado, facilitar su participación en sistemas de formación profesional o modalidades de contrato formativas adecuadas, que permitan el acceso a la profesión elegida y, de otro, garantizar, si el menor cursa estudios, que la prestación de servicios no despliegue efectos negativos para el aprovechamiento y seguimiento de su formación escolar.

En este sentido, la Carta Comunitaria del año 89, gozaba de mayor precisión al referirse a la adecuación de las normas de Derecho laboral al desarrollo y a las necesidades de formación profesional del menor.

La Directiva 94/33, junto a una reiteración de esta fórmula, contiene medidas específicas destinadas a salvaguardar la educación del menor, si bien la mayoría carecen de interés para el derecho interno puesto que se

refieren a supuestos en que se exceptiona la prohibición de admisión al trabajo antes de finalizar la escolaridad obligatoria, inexistentes en nuestro ordenamiento, más allá del trabajo artístico. Los llamados «trabajos ligeros», por definición, no pueden afectar la asiduidad escolar, la participación en programas de orientación o formación profesional o la aptitudes para aprovechar la enseñanza que reciben (art. 3 d). Regla similar encontramos en el art. 5 en relación a la actividad artística, deportiva o publicitaria. En la regulación concerniente al tiempo de trabajo de los niños (sujetos aún a la escolaridad obligatoria) se distingue entre período escolar y de inactividad escolar (art. 8) y debe velarse por la inclusión de un período libre de todo trabajo en las vacaciones escolares de los niños sujetos a la escolaridad obligatoria a tiempo completo.

En esta línea de tutela enmarcaríamos igualmente la prescripción contenida en el art. 8.3 referente a que «el tiempo dedicado a su formación por el joven que trabaje en el marco de un régimen de formación teórica o práctica en alternancia o de prácticas en empresa quedará incluido en el tiempo de trabajo», regla también acogida a nivel interno (art. 34.3 ET).

Por su parte, el art. 6.2 ET se refiere expresamente a la necesidad de prohibir el desempeño por los menores de dieciocho años de determinados trabajos peligrosos para su formación o su desarrollo personal, mandato encomendado al Gobierno, que aún no le ha dado cumplimiento.

Alguna otra regla de tutela podemos rastrear en el derecho interno, así la regulación del contrato para la formación presta especial atención a la faceta formativa garantizando un mínimo de horas de enseñanza teórica y, en concreto, señalando que si el trabajador no ha finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación (art. 11.2 e) ET).

⁶⁰ A nivel mundial estamos lejos de alcanzar la universalización del derecho a la educación de los niños. Así, en el documento «Estado mundial de la infancia 2004. Las niñas, la educación y el desarrollo», Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2003, junto a la afirmación de la importancia fundamental que para el desarrollo tiene la educación, se fija para 2015 un objetivo difícil de lograr: la educación primaria universal. Se contabilizan hasta 121 millones de niños y niñas a quienes se les niega este derecho, en especial a las niñas que son excluidas sistemáticamente de las ventajas que acompañan a la educación. En el documento de la OIT «El trabajo infantil. Una oportunidad justa para los niños», <http://www.ilo.org/public/spanish>, se afirma que «Las niñas trabajadoras merecen especial atención por su mayor vulnerabilidad a la explotación y los abusos, y porque están más expuestas a que se les niegue la educación».

⁶¹ GARCIA ROMERO, B.: «La protección jurídico-laboral...», ob. cit., p. 66.

El TCE centra también su atención en la lucha contra cualquier género de explotación económica, moral o social⁶². Aspecto ya previsto en el art. 32 de la Convención de los derechos del niño y en el que incide la Directiva (art. 1.3) y el derecho interno. No obstante, se echan en falta medidas concretas enca-

minadas a combatir efectivamente estas situaciones y previsiones específicas sobre los abusos más frecuentes o más precisados de una erradicación inmediata, en parte, seguramente, porque pensamos que son conductas inexistentes en países desarrollados como el nuestro.

⁶² La UNICEF no cesa de denunciar el incremento de la explotación sexual de los niños con fines comerciales y el tráfico de menores destinados a la prostitución, *vid.* «Trabajo infantil: los derechos son la clave del problema», *ob. cit.*, p. 3.