

INCIDENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS EN LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS LABORALES DEL MENOR DE EDAD

**Especial referencia a la medida de
“Prestaciones en beneficio de la comunidad”**

Gloria González Agudelo

Profesora Contratada de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. Incidencia de las normas internacionales y comunitarias en la protección penal de los derechos laborales del menor de edad. Especial referencia a la medida de “Prestaciones en beneficio de la comunidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-03, p. 03:1-03:24. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-03.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-03 (2012), 29 feb]

RESUMEN: A través del análisis de la normativa protectora de derechos de los menores en el ámbito laboral se examina las posibilidades de la norma internacional para servir de complemento a la norma penal cuando no existe normativa interna aplicable al caso, bien, porque la norma internacional no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno, bien, porque se ha hecho deficientemente, o si esta acción sería una aplicación contraria al principio de

legalidad penal. Se tiene en cuenta que la transposición al derecho interno de las normas internacionales no implica que aquellos aspectos de la norma internacional no desarrollados o legislados pierdan vigencia o que la previsión normativa interna pueda ir en contra de los mismos, porque las normas internas no tiene poder para derogar las normas internacionales. Se consideran, además, las posibilidades de las normas comunitarias sobre todo a través del principio de efecto directo y del principio de interpretación comunitariamente orientado.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad penal, reserva de ley penal, integración normativa, derechos fundamentales, normas internacionales, normas comunitarias, convenios OIT, medida de trabajo en beneficio de la comunidad.

Fecha de publicación: 29 febrero 2012

SUMARIO: *I. INTRODUCCIÓN. II. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y SU INCIDENCIA EN LAS NORMAS INTERNAS ESPAÑOLAS. 1. Los tratados Internacionales. 2. El ordenamiento jurídico comunitario y su articulación con el Derecho interno. 3. Derecho penal y legislación comunitaria II. EL TRABAJO DE LOS MENORES DE EDAD DESDE LA PERSPECTIVA PENAL Y LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA. 1. Normativa internacional protectora de los menores en el*

menores en el ámbito del trabajo. 2. Protección penal de los derechos laborales del menor. 3. La aplicación de las normas internacionales a supuestos no previstos en las normas internas. 4. La problemática específica de las normas europeas derivadas. 5. Un ejemplo problemático: Medida de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad (LO 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores). III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho penal la vigencia del principio de legalidad es indiscutida –al menos formalmente-, no solo porque es un mandato constitucional consagrado en el art. 25 CE, sino también porque es un principio históricamente consolidado en la difícil tarea de limitar el *ius puniendi* del Estado. Si bien existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los diferentes contenidos del principio de legalidad, perviven grandes lagunas sobre aspectos aun no tratados o ambiguamente resueltos, es el caso de la posición jurídica del derecho internacional y comunitario en el ordenamiento interno y de la reserva de ley penal frente a las normas comunitarias o más exactamente sobre normativa interna infractora de tratados internacionales y/o normas comunitarias relativas a derechos fundamentales.

Así las cosas, nos proponemos analizar a través del “trabajo infantil”, tema objeto de grandes debates en nuestros días, cuyo marco jurídico propio en el ámbito internacional son los muy importantes Convenios de la OIT y las normas Europeas y en el ámbito interno las normas sociales que regulan la materia, cómo pueden influir los tratados internacionales en el derecho penal, teniendo en cuenta que son fuente del ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden llegar a ser complemento de las leyes penales.

Debe considerarse que la prohibición del trabajo infantil no es un *prius* en el sistema jurídico, por el contrario, es un tópico moderno en la argumentación sobre derechos fundamentales que puede inscribirse dentro de los “objetivos del milenio”, en un horizonte muy lejano. No obstante, en los países occidentales, específicamente en los pertenecientes a la Comunidad Europea, incluido España, este tema no ofrece dudas y no sólo porque han sido actores decididos en la adopción de acuerdos internacionales en la materia, sino porque sus sociedades actuales han asumido como criterio general el rechazo a las prácticas que lo impliquen.

II. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y SU INCIDENCIA EN LAS NORMAS INTERNAS ESPAÑOLAS

1. Los tratados Internacionales

En la actualidad, es la propia Constitución la que amplía el sistema de fuentes incluyendo las normas internacionales, teniendo especial relevancia desde el punto de vista que se analiza, el tratado internacional y primordialmente los referidos a

Derechos fundamentales. En este tema son varias las cuestiones analizadas por la doctrina¹ y entre las que más nos interesan encontramos, en primer lugar, la recepción del tratado por el Derecho interno. Al respecto debe indicarse que España ha optado por un régimen de recepción automática², de forma tal que los tratados son parte del ordenamiento jurídico y no necesitan transformación a través de una norma interna, aunque puede afirmarse que su publicación es una condición de eficacia de las normas internacionales por los órganos internos, pues sólo así surtirá todos sus efectos (art. 96.1 CE y 1.5 CC). Adicionalmente, la Constitución ha regulado los procedimientos de conclusión de los tratados internacionales en los arts. 93 y 94 CE introduciendo una serie de reglas dirigidas a articular los tratados internacionales en el marco del ordenamiento jurídico (arts. 95 y 96 CE)³.

Otro tema ampliamente debatido en esta materia es el lugar jerárquico que en el sistema de fuentes del Derecho español ocupa el tratado internacional⁴, sobre todo, en lo referido a la resolución del conflicto causado por la contradicción entre una ley interna posterior y un tratado internacional válidamente celebrado, polemizándose largamente sobre si su rango es igual al de las leyes, es rango constitucional o rango supraconstitucional. En esta polémica no se entrará, pues se entiende que los convenios y tratados internacionales no tienen una jerarquía supraconstitucional, por el contrario, se exige su subordinación a la Constitución, pues así puede deducirse claramente del art. 95.1 CE, además, también se requiere un control previo de constitucionalidad (art 95.2 CE) y un control posterior de constitucionalidad de los mismos, equiparados en este sentido a la ley (art. 161.1.a) CE.

Es más, el art 96.1 CE establece que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, utilizando el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE), y ello ha posibilitado entender que se está reconociendo “*una especial resistencia o fuerza pasiva*” a los *tratados* en relación con las normas internas (STC 36/1991 de 14 de febrero), lo que supone la primacía de éste sobre aquella. Esto no significa necesariamente que la relación entre un tratado internacional y una ley deba enfocarse como una relación jerárquica, sino más bien como una relación de competencia, que corresponde decidir a los tribunales ordinarios aunque ello no sea aceptado unánimemente, si bien, “*Lo que, en todo caso, sí resulta claro, como ya se ha expuesto, es que ante un conflicto entre una ley (o cualquier otra norma interna infraconstitucional) y un*

¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F.,(2005), *Derecho Internacional Público. Parte General*: Trotta, Madrid, pp. 592 y ss.

² REMIRO BROTONS, A., (2007) *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 629-632.

³ Señala Pérez Royo que entre los tratados previstos por el art. 93 CE y los previstos por el art. 94 CE hay una gran diferencia, pues en los segundos se trataría de incorporar determinados contenidos normativos al ordenamiento interno, mientras que los primeros tienen una función de habilitación pues transfieren a una instancia supranacional la competencia para producir derecho. PEREZ ROYO, J. (2007) *Las fuentes del derecho*, Madrid : Tecnos, , pp. 146-147.

⁴ El efecto de primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, aparece codificado en los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

tratado internacional válidamente celebrado debe aplicarse preferentemente el tratado”⁵.

Por último, como ha indicado el Tribunal Constitucional, debe entenderse que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, deben ser considerados canon de interpretación de las normas constitucionales y de las restantes normas del ordenamiento jurídico relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, en los términos del art. 10.2 CE (STC 78/82 de 20 de diciembre), si bien, indica el propio Tribunal Constitucional, estas disposiciones no pueden ser consideradas medida de constitucionalidad de una ley ya que *“el canon directo de control utilizado por el Tribunal Constitucional será siempre el precepto o preceptos constitucionales que contengan los derechos o libertades, lo que implica simplemente es que tal derecho o libertad debe ser interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales a que se refiere el art. 10.2 CE. (STC 38/81, 71/88, 176/88, 84/89 y 28/91), teniendo en cuenta también la doctrina de los Tribunales internacionales competentes para proceder a la interpretación de dichos tratados (STC 12/82, 36/84 y 197/93)”*, llegando a precisar que los derechos y libertades que no estén recogidos en nuestra Constitución no tienen rango constitucional a pesar de estar proclamados internacionalmente (STC 36/91 de 14 de febrero)⁶.

En este sentido, como señala Mariño Meléndez, los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos han sido tenidos en cuenta en distintas ocasiones no sólo para interpretar las normas internas sino incluso para darle el valor ajustado a la norma convencional y por tanto a la norma constitucional⁷ y esto es de vital importancia en el ámbito del derecho penal dónde la mayoría de sus normas afectan derechos fundamentales, debiendo considerarse adicionalmente que cuando la norma penal está referida a derechos fundamentales, la reglamentación del derecho en muchos casos corresponde a otra rama del ordenamiento jurídico quien ha traspuesto al derecho interno el convenio o el tratado internacional, como en el caso del derecho del trabajo y los convenios relativos a los derechos de los trabajadores.

2. El ordenamiento jurídico comunitario y su articulación con el Derecho interno

En relación con la articulación entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, señala Pérez Tremps, que el Tribunal Constitucional no ha definido la posición del derecho comunitario en el ordenamiento interno, ni elaborado ningún criterio, simplemente ha asumido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

⁵ PEREZ TREMP, P/AGUIAR DE LUQUE, L, (2002), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp 87-88.

⁶ *Ibidem*, p. 88.

⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F., (2005) *Derecho Internacional Público*, cit., p. 647.

las Comunidades Europeas, órgano competente para formular los principios que sirven como instrumentos de aplicación del Derecho Comunitario a los sistemas nacionales de fuentes: *efecto directo, primacía del Derecho Comunitario y autonomía institucional* (SSTC 28/91, 64/91, 130/95 y 45/01), señalando que el Derecho comunitario no tiene rango constitucional, por tanto no forma parte del bloque de constitucionalidad y no se utilizará como parámetro de constitucionalidad de las leyes –aunque pueda servir como parámetro de interpretación de las mismas-⁸.

El *efecto directo* hace referencia a que amplias partes del Derecho comunitario constituyen normas jurídicas generadoras de derechos y obligaciones que deben ser aplicadas por todas las autoridades comunitarias y nacionales, incluidos los jueces y Tribunales de cada uno de los Estados miembros, sin exigirse medidas adicionales que las incorporen, transformen o desarrollen en normas internas, generando derechos y obligaciones para sus destinatarios, Estados o particulares, en las relaciones que afecten al Derecho comunitario. Como indica De la Mata Barranco, desde la sentencia sobre el asunto "Sail", nº 82/71, de 21 de marzo de 1972, no puede hacerse ninguna distinción en razón al carácter penal o no del procedimiento estatal en el que pretenda invocarse dicha efectividad: "*la eficacia del Derecho comunitario no puede variar según los diversos sectores del derecho nacional en los cuales éste pueda desplegar sus efectos*"⁹. Los Reglamentos tienen efecto directo, según el art. 189 pfo. 2º TCE y además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, sobre todo a raíz de la Sentencia Van Gend & Loos (1963), lo ha extendido a sectores de los Tratados Constitutivos y a muchas directivas, así como a otras fuentes del Derecho Comunitario¹⁰

En relación con el *principio de primacía*, esto es, la aplicación preferente de las normas comunitarias sobre las nacionales, los mayores problemas surgen como consecuencia de la posible contradicción entre normas comunitarias y normas internas constitucionales, en especial con preceptos relativos a derechos fundamentales y a otros principios básicos del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ha de tenerse en cuenta que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y la remisión que realiza en el art. 6.1 a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea¹¹, la Unión no tenía un catálogo de Derechos Fundamentales con

⁸ PEREZ TREMPES, P/AGUIAR DE LUQUE, L. (2002), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, ...cit., p. 95.

⁹ DE LA MATA BARRANCO, N., "Derecho Comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-04 (2000) en línea, Disponible en Internet: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html

¹⁰ Así pues, en principio todas las categorías de normas comunitarias pueden llegar a tener efecto directo. Pero han de reunir dos elementos (Van Gend en Loos 5/2/1963): a) que su sentido sea claro y suficientemente preciso, esto es, los derechos y obligaciones que se incluyen deben poder determinarse sin ninguna ambigüedad y b) que su contenido sea incondicional, de forma que sus obligaciones no estén sujetas a ningún requisito o supeditadas en su ejecución o en sus efectos a la adopción de actos posteriores por las Instituciones o los Estados miembros.

¹¹ Artículo 6.1 TUE (Tratado de Lisboa): "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados."

La mayor novedad de la Carta ha sido la inclusión en el Título IV de un conjunto de derechos sociales, pero en gene-

rango constitucional o legislativo y por ello la situación anterior era contradictoria y ambivalente, desde considerar los derechos fundamentales como algo ajeno al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea TCEE, (hoy Tratado de la Comunidad Europea, TCE); hasta finalmente, el desarrollo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de una jurisprudencia que reconoció la protección de los derechos fundamentales sobre la base de los principios generales de derecho, comunes a los estados miembros¹².

Para la identificación de esos principios generales vigentes en el derecho comunitario en materia de derechos fundamentales el Tribunal de Justicia se ha servido especialmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de tal forma que en la práctica ha aplicado las disposiciones del Convenio de manera equivalente -de hecho- a su consideración formal como parte integrante del Derecho comunitario, con una voluntad clara por parte del Tribunal de Justicia de respetar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*resultando en cualquier caso un nivel de protección de los derechos fundamentales generalmente considerado como satisfactorio*”¹³.

Este tema ha generado intensos debates, que aun no están resueltos con el reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴. Debe considerarse que según el art. 49 de la Carta, las disposiciones de la misma están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, sin crear ninguna competencia ni ninguna misión nueva para la Comunidad, y el alcance de esta cláusula no está tan clara pues “*la jurisprudencia ha extendido los derechos fundamentales comunitarios a los actos estatales que introducen restricciones a las libertades comunitarias, de acuerdo con cláusulas de derogación explícitas (ERT, C-260/89) o justificadas por “exigencias imperativas de interés general” (Familiapress, C-368/95), incluyendo la protección de derechos fundamentales (Schmidberger, C-112/2000)*” y además el TJCE ha extendido los derechos fundamentales comunitarios a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Tercer Pilar implementando decisiones marco (Advocaten, C-303/05), de donde es previsible que hacia el futuro el previsible solapamiento entre derechos constitucionales y comunitarios vaya en aumento¹⁵.

ral, lo que ha hecho es incluir derechos reconocidos por la jurisprudencia del TJCE, por los Tratados o incluso por el derecho derivado, pero también derechos contenidos en otros instrumentos no vinculantes para la UE, como el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) o la Carta Social Europea.

¹² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C./ VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1 (2), Julio-Diciembre de 1997, p. 331

¹³ *Ibidem*, p., 369.

¹⁴ FREIXES SANJUÁN, T. “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 4, Julio-Diciembre de 2005, pp. 43-86

¹⁵ TORRES PÉREZ, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en CARRILLO LÓPEZ, M (coord.) (2006), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch,

3. Derecho penal y legislación comunitaria

A pesar de la exclusión del Derecho penal de las competencias cedidas a los órganos comunitarios existe acuerdo en la doctrina al señalar que la incidencia de la normativa comunitaria en esta esfera es cada vez mayor, sobre todo si se considera la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia que muestra una tendencia hacia la “unidad del ordenamiento jurídico”, unidad que hasta hace poco tiempo estaba circunscrita a los sectores del primer pilar, en aplicación de los principios de primacía y de efecto directo de la norma comunitaria, y que actualmente están en constante expansión hacia ámbitos originariamente excluidos de ella, como las “Decisiones Marco” (art. 34 TUE), instrumento utilizado para la armonización de las legislaciones nacionales en algunos ámbitos, básicamente en el ámbito del tercer pilar, aunque éstas, contrariamente a las Directivas y los Reglamentos, no son ni susceptibles de aplicación directa, ni son “justiciables”¹⁶.

Ciertamente, la Sentencia de la Gran Sala del 13 de septiembre 2005¹⁷, que resolvió el grave conflicto de competencia generado entre el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea en materia de protección del medio ambiente en materia penal, apareja unas consecuencias fundamentales a partir del encuadre de la potestad armonizadora en materia penal en el sistema de fuentes comunitario ya sea en un pilar u otro, tanto en el orden legislativo y su incidencia normativa, como en ámbito jurisdiccional¹⁸.

Hasta esta fecha en el marco del primer pilar, esto es, a través de una Directiva o un Reglamento, se entendía que la Comunidad Europea no podía obligar a los estados miembros a través de promulgación de normas penales, a pesar de algunos intentos en este sentido¹⁹, y había sido en el ámbito del tercer pilar relativo a la cooperación policial judicial en materia penal –Título VI del Tratado UE-, donde se había buscado la aproximación de las leyes penales a través de decisiones marco y convenios, si bien los Estados miembros seguían reservándose el control de esta fuente normativa²⁰.

¹⁶ MANES, V, “La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num 09-07, 2007 en línea, pp. 07:2- 07:3 Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>.

¹⁷ TJCE, Gran Sala, Sentencia 13 de septiembre de 2005, C-176/03.

¹⁸ Véase ampliamente sobre esta sentencia, sus efectos y su repercusiones: ESTRADA CUADRAS, A., “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”, en *Revista InDret*, num 2, 2006, en línea, p.4, disponible en Internet http://www.indret.com/pdf/341_es.pdf.

¹⁹ Blanco Cordero trae como ejemplos la *propuesta de Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales* de 1991, que fue modificada en el año 2001 (art. 2), la *Directiva* del Consejo de 13 de noviembre de 1989 sobre coordinación de las normativas relativas a las *operaciones con información privilegiada (insider trading)*, y el Reglamento (CEE) nº 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un *régimen de control aplicable a la política pesquera común* (art. 31 nº 1). BLANCO CORDERO, I., “El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num 06-05, 2004, en línea, pp. 05:3-05:4 Disponible en Internet <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>.

²⁰ Las decisiones marco sólo podían adoptarse con la unanimidad de los miembros del Consejo de la Unión Europea (art. 34(2)(b) TUE), respecto de unos ámbitos materiales muy específicos y sin que la Comisión pudiera ejercer acción por incumplimiento de los deberes de implementación contra los Estados miembros infractores. ESTRADA CUADRAS, A., “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”, ..., cit.

La sentencia del Tribunal de Justicia deja claro la competencia de la Comisión para imponer medidas penales no sólo para la protección de los intereses comunitarios en materia medioambiental, sino también para la protección del resto de objetivos y políticas comunitarias a través del instrumento típico de la directiva, lo que ha dado pie a la Comisión para deducir la facultad del legislador comunitario para escoger las medidas penales que entienda más oportunas, de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso, dado que según esta “...la sentencia no menciona qué naturaleza pueden tener las medidas penales a las que el legislador comunitario está autorizado a recurrir”²¹.

Adicionalmente debe considerarse, como señala Maines que con la sentencia Pupino (STJCE de 16.06.2005, María Pupino, asunto C-105/03), la diferencia entre las diversas tipologías normativas se reduce, y el instrumento jurídico de la decisión marco recibe una sensible potenciación, en un contexto de progresiva “comunitarización del tercer pilar”, pues expresamente afirma que “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco”, esto es, se recurre al criterio de la “aplicación conforme” que ha servido para dirimir conflictos entre las Directivas y la legislación nacional, que asegura la prevalencia de la norma de la Unión, en cuanto no transpuesta, estableciéndose como límite la imposibilidad de que una interpretación pueda fundar o agravar la responsabilidad del imputado, por expresa prohibición del principio la reserva de ley estatal en materia penal consolidado en la jurisprudencia comunitaria²².

En la extensión de la interpretación “comunitariamente orientada” de la normativa interna conforme a la normativa derivada: directivas, decisiones marco, cuando no se ha traspuesto o se ha hecho deficientemente, subyace una problemática de fondo que toca del lleno con el principio de legalidad penal en su faceta de prohibición de la analogía, pues es posible suponer ejemplos de interpretación posible con efectos *in bonam partem*, o de interpretaciones *in malam partem*, haciendo surgir en toda su extensión la problemática de los casos que se sitúan peligrosamente entre interpretación extensiva y analogía *in malam partem*. Igualmente, pueden surgir problemáticas similares través de elementos normativos del tipo y/o de conceptos definitorios²³.

En esta problemática entra de lleno la cuestión planteada como guía de estas reflexiones, si la normativa comunitaria está deficientemente traspuesta pero existen normas que regulan el supuesto controvertido ¿es posible por el efecto directo

²¹ *Ibidem*, p. 13.

²² Ampliamente sobre el principio de “interpretación conforme”, ver, ALONSO GARCÍA, R. “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 2008, Núm 28, pp. 385-410

²³ MANES, V, “La incidencia de las “decisiones marco”...cit, con un desarrollo completo de cada uno de estos supuestos en el derecho penal italiano.

aplicar la norma comunitaria? y, en este caso, o cuando se hace una interpretación comunitariamente orientada de la normativa derivada, completar la norma penal con la norma extrapenal ya completada con la norma comunitaria o sería atentatorio del principio de legalidad.

II. EL TRABAJO DE LOS MENORES DE EDAD DESDE LA PERSPECTIVA PENAL Y LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

La OIT ejerce su función normativa principalmente a través de los convenios y recomendaciones. Los primeros, como se ha señalado, crean obligaciones internacionales, y las segundas tienen un carácter orientador de la acción estatal. Como la pretensión de los convenios es de universalidad, las normas que contienen normalmente deben ser muy generales para que la mayoría de los países - independientemente de sus condiciones- las adopten, recurriendo a la flexibilidad cuando es necesario, todo ello según dispone el art. 19.8 de la Constitución de la OIT, sin obstaculizar que cada país pueda asegurar a sus trabajadores condiciones mucho más favorables de las contenidas en el respectivo convenio. Se trata en suma de garantizar unos mínimos que se entienden básicos a nivel internacional.

La protección jurídica del menor en el ámbito del trabajo ha sido uno de los más grandes retos para el Derecho Internacional, especialmente de la OIT y sus convenios, que poco a poco han conseguido la adhesión en torno al objetivo de suprimir el trabajo infantil, con la adopción paulatina y constante de normativa sobre establecimiento de una edad mínima de admisión al empleo, la prohibición de trabajos nocturnos, peligrosos o insalubres y la mejora en general de las condiciones en las que desarrollan su trabajo.

La creciente preocupación por la protección del menor en ámbito del trabajo es consecuencia inmediata del reconocimiento de sus derechos fundamentales y la necesidad de luchar contra las peores formas de explotación infantil, entre ellas y en lugar muy destacado la explotación laboral, que aún hoy en el siglo XXI sigue siendo una constante.

En esta idea, tanto en el plano internacional como en el interno no sólo se han proclamado los derechos del menor sino que se han perfilado los mecanismos e instituciones tendentes a asegurarlos a partir del reconocimiento del menor como persona, por tanto, sujeto de derechos y no sólo objeto de protección, basándose especialmente en su especial vulnerabilidad que no sólo hacer referencia a razones biológicas, pues el menor es un ser en evolución y por tanto se trata de impedir cualquier obstáculo que dificulte o impida su normal desarrollo físico, psíquico y moral, sino también, a los riesgos de explotación derivados de la específica actividad que despliegue o en la que se inserte debido a su limitada capacidad para entender y querer los actos y negocios jurídicos –con todas sus consecuencias-, y/o a

su poca o nula posibilidad de actuación en determinadas relaciones asimétricas de poder, además, claro está, de la obligación de garantizar su derecho a la educación .

1. Normativa internacional protectora de los menores en el ámbito del trabajo

Son múltiples los instrumentos internacionales que se ocupan del trabajo de los menores y su prohibición en ciertos ámbitos, especialmente, el Convenio de los Derechos del Niño de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, que recoge un amplio catálogo de derechos que deben ser reconocidos a los menores para lograr su protección integral y entre ellos debe mencionarse el contenido en el art. 32 que prohíbe la explotación económica del menor; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 23 dispone que los niños tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios, y el art 30 prohíbe el trabajo infantil exigiendo la determinación de una edad mínima de acceso al trabajo y normativa que le proteja contra la explotación; la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 (LCEur 1994, 2679), relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, que como señala en su exposición de motivos desarrolla los principios establecidos por la OIT en materia de protección de los jóvenes en el trabajo así como los que se refieren a la edad mínima de acceso al empleo. También debe tenerse en cuenta la actuación normativa tendente a luchar contra la explotación infantil y la trata de personas que tanto al amparo de la Organización de Naciones Unidas²⁴, como en el ámbito de la Unión Europea han realizado grandes esfuerzos para acordar y legislar de forma común en esta materia²⁵.

Todos estos instrumentos han tenido reflejo en las normas internas que tratan la materia, básicamente, en el derecho del trabajo, pero también en el derecho penal o en el derecho administrativo, cada uno en el ámbito que le es propio. No obstante, y para la cabal interpretación de la tesis que aquí se propone, es importante conside-

²⁴ Convenio de la ONU para la represión de la trata de blancas de 1949, que fue pensado para luchar contra la explotación sexual; Convenio sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, de diciembre de 1979; Resolución de la ONU 44/25, de 20 de noviembre de 1989, sobre protección de los menores frente a la trata y la explotación sexual, que en su art. 35 pide que se adopten medidas para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; Resolución 54/263, adoptada por la Asamblea General de 25 de mayo de 2000, por la que se aprueba el Protocolo Facultativo de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía; Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional de 2000; Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2002, Resolución 57/176 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2002, sobre trata de mujeres y niñas; Resolución de la ONU 49/166, sobre la trata de mujeres y de niños, de enero de 2003; Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas.

²⁵ Existe un amplio programa de la Unión Europea conformado por Consejos, Recomendaciones, Acciones, Planes, etc., Sólo por citar la normativa vinculante: Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 5), Decisión marco del Consejo 2001/220/JHA, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, si esa trata tiene como finalidad la explotación sexual o laboral; Directiva del Consejo 2002/90/CE, de diciembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregular; Decisión Marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; Directiva del Consejo 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, sobre el permiso de residencia concedido a ciudadanos de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido sometidos a alguna acción para facilitar la inmigración ilegal, en cooperación con las autoridades competentes. Esta Directiva puede aplicarse también a menores de edad.

rar que la transposición al derecho interno de las normas internacionales o el desarrollo legislativo de los Convenios y Tratados internacionales no implica que aquellos aspectos de la norma internacional no desarrollados o legislados pierdan vigencia o que la previsión normativa interna pueda ir en contra de los mismos, porque como ya se analizó, las normas internas no tiene poder para derogar las normas internacionales, las cuales gozan según el art. 96 CE, de la consideración de fuentes del Derecho español con los efectos ya descritos, especialmente si son normas referidas a Derechos Fundamentales, que deben servir, además, como canon de interpretación de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

2. Protección penal de los derechos laborales del menor

El desarrollo legislativo laboral español de la normativa internacional referida al trabajo de los menores y su prohibición, que en general es bastante más protectora con los menores que los mínimos exigidos por ésta, es el referente innegable en esta materia y a ella debe remitirse para valorar jurídicamente la validez del contrato de trabajo de un menor de edad. En este sentido deben interpretarse los arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores –en adelante ET-, que no sólo prohíben la admisión al trabajo a los menores de 16 años (art. 6.1 ET, con la sola excepción de la intervención en espectáculos públicos, dentro de una reglas estrictas también reguladas legalmente), sino que limita la clase y duración del trabajo de los menores entre 16 y 18 años atendiendo a la especial vulnerabilidad de este colectivo.

En el ámbito penal la cuestión es mucho más compleja si cabe, pues, si se entiende que la mayoría de los delitos contra los derechos de los trabajadores son leyes penal en blanco, por tanto, remiten a la normativa del orden social para su complemento y es allí dónde debe buscarse la definición del trabajador al que hacer referencia, podríamos encontrarnos con el contrasentido de entender excluidos de la protección social y penal a los menores de 16 años, precisamente los sujetos más vulnerables, puesto que no podrían incluirse dentro de la definición de trabajador - con la excepción de los menores de 16 años para la realización de actividades artísticas o los deportistas-.

Afortunadamente la doctrina penal más especializada y la jurisprudencia se ha encargado de poner orden en este dislate, ampliando el concepto de trabajador a todos aquellos sujetos que prestan servicios a favor de otra (TS 995/2000, 30-6) y se integran bajo el ámbito de organización y dirección de un empresario (AP, Tarragona, 2ª, 887/2004, 14-9), incluyendo a los inmigrantes ilegales o clandestinos (TS 1092/2004, 1-10; 2205/2002, 30-1 y 995/2000, 30-6) y a las personas que prestan servicios bajo el ámbito de organización y dirección de otra, pero cuya actividad no está legalmente reconocida como actividad laboral, teniendo el contrato causa ilícita -como en el caso de la prostitución o el contrato de esclavo- (TS 651/2006, 5-6; 438/2004, 29-3 1045/2003, 18-7; 995/2000, 30-6 y 12-4-1991; ATS

1922/2005, 5-10; AP, Cáceres, 2ª, 2/2006, 1-3 y Orense, 2ª, 25/2005, 12-5), pues como afirma la STS 995/2000, 30-6, “*la interpretación contraria conduciría a una concepción del sistema penal como multiplicador de la desigualdad social, ya que el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias, afectando a valores inherentes a la persona, como la dignidad del art. 10 CE, que no conocen fronteras*”²⁶.

Así pues, debemos entender como trabajadores y por tanto comprendidos en los delitos contra los derechos de los trabajadores a los menores que prestan servicios bajo el ámbito de organización y dirección de otra aunque su actividad no está legalmente reconocida como actividad laboral, incluso teniendo el contrato causa ilícita. Sin embargo, los problemas interpretativos no se quedan aquí, pues, como decíamos, hay acuerdo doctrinal general en el sentido de entender los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV como leyes penales en blanco, por tanto, requeridas de complemento en las normas del orden social. El problema radica en qué estas normas, en muchos casos no existen, pues, la ley no regula en todos los casos situaciones que, de hecho, significan una prestación laboral aunque no se consideren regidas por un contrato de trabajo.

A título de ejemplo puede indicarse, entre otros supuestos, que los trabajos realizados por menores a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (art. 1.3 d) ET) o los trabajos familiares (art. 1.3 e) ET), están por fuera del ET, y no están sometidos a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) como se deduce del art. 3.1 LPRL y expresamente afirma el art. 3.4 LPRL para el trabajo familiar, por ello, consecuentemente, tampoco pueden ser objeto de sanción penal o administrativa quienes no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas por el delito de siniestralidad laboral del 316 CP, o por infracción laboral según el art. 5.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y lógicamente tampoco podría aplicarse en el caso de los trabajos prohibidos a menores de 16 años por falta de normativa de complemento.

En estos casos, desde la óptica penal habría que acudir a los delitos de lesión para ofrecer protección penal a los menores, esto es, tendría que esperarse a que se produzca un daño en la vida, integridad, física o salud del menor trabajador, estando excluidos de la protección de los trabajadores del título XV.

Razonamientos parecidos pueden hacerse en referencia a la aplicación del art. 311 CP, pues, parecería lógico que todo incumplimiento de normas laborales, debiera incardinarse en este art. 311 CP. No obstante, como la dicción del 311 CP es clara al exigir del sujeto activo “*...que imponga condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan*

²⁶ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. “LIBRO II. Título XV. De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, 2007, TOL1.050.391 (DJJA_4157), disponible en <http://0-www.tirantonline.com>.

reconocidos por disposiciones legales..”, resulta imposible completar esta norma en el orden social para los trabajos admitidos por el orden jurídico realizados por menores a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (art. 1.3 d) ET) o los trabajos familiares (art. 1.3 e) ET), porque son legales, si bien, no están comprendidos por las normas laborales y los supuestos allí contemplaos, por tanto, en principio no les serían aplicables las normas referidas a las prohibiciones de los trabajos nocturnos y aquellos otros que el Gobierno declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para la salud del trabajador como para su promoción profesional y humana (art. 6.2 del ET)²⁷, o las normas específicas relativas a jornada de trabajo, descanso en la jornada diaria, horas extraordinarias voluntarias, descanso semanal, etc.

A todas luces parece inaceptable para nuestra conciencia jurídica que un menor y específicamente un menor de 16 años que, por ejemplo, desempeñe una actividad productiva en una parcela agrícola en el ámbito familiar -aunque sea de forma esporádica en vendimia o en la cosecha de aceitunas -, no sea considerado trabajador a los efectos de garantizar los derechos laborales que otros sujetos mayores de edad, desempeñando la misma actividad tendrían, de manera que podría llegar a tener jornadas superiores a 8 horas de trabajo, trabajo nocturno o peligroso o no esté protegido por la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, independientemente de su vínculo: en el ámbito familiar, por cuenta ajena, por cuenta propia, personal, obligacional, por supuesto dentro del marco de su voluntariedad, porque si existe violencia u engaño estamos ante otras conductas claramente delictivas.

Lo absurdo de este planteamiento nos vuelve situar en el origen de estas disquisiciones: si no existe normativa social que directamente regule las situaciones especiales de prestación laboral sin marco normativo de trabajo como las mencionadas ¿cuál sería entonces la normativa aplicable?.

Puede discutirse si en el ámbito de lo social, desde el punto de vista de las fuentes del derecho del trabajo²⁸ y de los principios generales de aplicación de la ley, sería posible acudir a la costumbre y específicamente a la analogía, aplicando a los supuestos mencionados u otros igualmente problemáticos las normas previstas en el ET para el trabajo por cuenta ajena de los menores entre 16 y 18 años, pues, el art. 4 CC que regula la analogía sólo excluye de su ámbito de aplicación a las Leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal. No obstante, como dicha analogía puede terminar sirviendo como complemento a las normas penales y en este caso sería *in malam parte*, esta es una analogía expresamente prohibida por el principio de legalidad penal, y la norma así construida no podría ser aplicada en este ámbito.

Previamente a este proceso de interpretación analógica y sus dudas de aplicación

²⁷ Actualmente, los establecidos en el Decreto de 26 de julio de 1957 (BOE de 26 de agosto y 5 de septiembre de 1957).

²⁸ ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E. (2008), *Derecho del trabajo*, Madrid: Civitas.

tanto en el ámbito social como en el penal, podemos preguntarnos si no existe otra fórmula de integración normativa acorde con las fuentes del derecho, teniendo en cuenta, además, que en muchas de las situaciones posibles no existen normas que puedan ser aplicadas analógicamente, ya sea porque la regulación existente es insuficiente o simplemente porque la situación no está regulada.

3. La aplicación de las normas internacionales a supuestos no previstos en las normas internas

Parece claro y así lo entiende la doctrina social, que cuando ello sea posible, deberá recurrirse a las normas internacionales válidamente ratificadas por España, y las normas europeas vigentes que buscan hacer desaparecer la explotación infantil y garantizar unas condiciones mínimas adecuadas a su edad, su salud y su integridad para el trabajo que se preste por cuenta ajena, proscribiendo incluso cualquier trabajo realizado por niños independientemente del ámbito en los que se realice²⁹. Para refrendar esta postura, no debe olvidarse que el art. 39 CE obliga a los poderes públicos a otorgar a los niños, como mínimo, “*la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

Sin embargo esta afirmación debe matizarse puesto que sólo las normas internacionales auto-ejecutivas (*self-executing*), es decir, que sean suficientemente concretas pueden surtir efectos directos, y no todas las previsiones contenidas en las normas internacionales lo son, exigiendo por el contrario, medidas normativas de desarrollo. En el caso de las normas comunitarias sólo los Reglamentos son directamente aplicables, puesto que las Directivas deben ser traspuestas, aunque por el efecto de primacía de que gozan, según ha establecido el TJCE pueden: “*dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, todas disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que esperar su previa eliminación por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional*” (caso Simementhal, 1978, en este mismo sentido STC 41/2002).

En este sentido debe recordarse que España ha ratificado el Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, de 17 de junio de 1999 (BOE núm. 118 de 17 de mayo de 2001), por tanto, en relación con todo menor de 18 años se compromete a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia³⁰. Este

²⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “Capacidad para contratar”, en AAVV, (2000), *El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del trabajo*, N° 100, edición especial, Madrid: Civitas, pp. 322-323, RAMOS QUINTANA, M., “El trabajo de los menores”, en *El Estatuto de los trabajadores veinte años después* “...”, cit., p. 298.

³⁰ Entendiendo por tales: a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados, b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de

convenio no tiene excepciones y quien lo ratifica se compromete en una dirección internacional común y encomiable a procurar que todas estas execrables y vergonzosas situaciones de explotación de la infancia se eliminen estableciendo las medidas necesarias, básicamente las penales, pero también las sociales, pues en la mayoría de los supuestos previstos se requiere mayor concreción ya que no son normas ejecutivas como en la definición de las *prácticas análogas a la esclavitud* o los tipos de trabajo que se consideran peligrosos

No obstante, como se indicaba, existen otras normas que si son directamente ejecutivas, es el caso por ejemplo de la prohibición de la esclavitud³¹ y de algunas de las previsiones de los Convenios contra el trabajo forzoso o de la edad mínima de acceso al trabajo. En este último caso ya la propia Convención de los Derechos del Niño en su art. 32.2 a), establece esta necesidad. En este mismo sentido el Convenio num. 138 fija la edad mínima de admisión en el empleo a los quince años, aunque permitiendo la determinación de edades diferentes, como los catorce años dependiendo de las circunstancias económicas del país o los trece años para la realización de “trabajos ligeros” (aspectos que si deben ser desarrollados). Igualmente la Carta Social Europea (Parte II, art. 7.1), establece el límite de los quince años, del mismo modo que la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores que señala como límite mínimo la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, y en ningún caso inferior a los quince años (art. 20).

4. La problemática específica de las normas europeas derivadas

En el ámbito comunitario, la norma de referencia en el campo que venimos tratando es la Directiva 94/33/CE, sobre protección de los jóvenes en el trabajo, si bien, el art. 189 pfo. 3º del tratado de la UE, exige frente a las Directivas la intervención normativa de los estados en cuanto a los resultados exigidos. Debe considerarse no obstante, como se ha indicado, que el Tribunal de Justicia de la CE (TJCE), ha venido reelaborado su doctrina, extendiendo el efecto directo de la normativa comunitaria también a las directivas -e incluso a las decisiones marco³²-, aunque sin admitir ni el efecto vertical inverso ni el efecto horizontal, esto es, sólo permitirán al particular alegarlas frente al Estado en el caso de que su incorporación no se haya producido o bien se haya hecho de forma deficiente si recogen disposiciones claras, precisas e incondicionadas y únicamente tendrán incidencia mediante la posibilidad de interpretar las leyes internas en función de su contenido, cuando,

estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes. d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

³¹ Convención sobre la Esclavitud, que entró en vigor el 9 de marzo de 1927, modificada por el Protocolo aprobado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, y así modificada entró en vigor el 7 de julio de 1955, Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, que entró en vigor el 30 de abril de 1957, y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, que entró en vigor el 17 de enero de 1959.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada en el caso *Pupino* (16 de junio de 2005, causa C-105/2003).

en el ámbito penal, ello no implique una analogía contraria al procesado, que fundamente o agrave su responsabilidad.

Específicamente el Tribunal de Justicia, en su *Sentencia Berlusconi de 3 de mayo de 2005 (asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02)*, apoyándose en su consolidada doctrina y en contra de la *Sentencia Niselli*, dictada por la Sala Segunda apenas unos meses antes (el 11 de noviembre de 2004, C-457/02), sostuvo que: "*en el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones*"³³.

Esta sentencia, señala Alonso García, precisa en cuanto a los límites interpretativos de las directivas, que el punto de partida se sitúa en la *doctrina Marleasing*, en virtud de la cual "al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 [actual 249] del Tratado". De esta forma, indica así mismo el autor, se da una "*obligación de forzar la interpretación del Derecho interno para alcanzar una lectura del mismo conforme con la directiva, llevando dicha obligación en su caso al límite representado por la interpretación contra legem, salvo entrada en juego de principios generales del Derecho que atenúen o incluso descarten tal fuerza interpretativa (caso, por ejemplo, del principio de legalidad, que impide interpretaciones extensivas de las leyes penales)*"³⁴.

Es interesante destacar que la Directiva 94/33/CE, sobre protección de los jóvenes en el trabajo concreta una orientación y una finalidad específica a sus previsiones (arts. 3 a) y 4.1), de forma que entre otras consideraciones y partiendo de la vulnerabilidad de los niños exige: "que los Estados miembros prohíban el trabajo de los mismos y velen por que la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo no sea inferior a la edad en la que cese la obligación de escolaridad a tiempo completo impuesta por la legislación nacional y, *en ningún caso, a 15 años*; que las excepciones a la prohibición del trabajo de los niños sólo pueden admitirse en casos concretos y en las condiciones previstas en la presente Directiva; que no pueden en ningún caso suponer un perjuicio para la asiduidad escolar ni para el derecho a la

³³ Véanse, en especial, las sentencias de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 13, y de 7 de enero de 2004, X, C 60/02, Rec. p. I 0000, apartado 61 y la jurisprudencia citada, según ALONSO GARCÍA, R, "Eficacia de las directivas en los procesos penales, principio in favor rei, y comunitariedad y constitucionalidad de las leyes (al hilo del "asunto Berlusconi" y la falsedad contable)", Civitas. *Revista española de derecho europeo*, N°. 17, 2006, págs. 79-104

³⁴ *Ibidem*

instrucción” y así lo recoge en su art. 1.1, exigiendo además a los estados velar “por la protección de los jóvenes contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación” (art. 1.3 apdo. final).

Esta Directiva ya ha sido trasladada al sistema interno español en normas sobre edad mínima (art. 6.1 ET), trabajo nocturno (Art. 6.2 ET), jornada ordinaria de trabajo (art. 34.3 ET) jornada en contratos de formación (art. 34.3 ET y 11.2 ET y RDL 8/1997), descanso diario (art. 34.3 ET), descanso semanal (art. 37.1 ET), limitación de las horas de trabajo y de las horas extraordinarias (art. 6.3 ET), salario (art.1.2., art. 11.2, h) ET).

Dentro de las posibles excepciones la Directiva dispone que puede no aplicarse si así lo establecen los Estados en relación con los trabajos ocasionales o de corta duración relativos al servicio doméstico ejercido en hogares familiares, o al trabajo que no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso para los jóvenes en la empresa familiar (art. 2), y sólo permite excepciones a la prohibición del trabajo de los niños exclusivamente en el caso de actividades culturales o similares (art. 4), al trabajo en el marco de actividades formativas (menores de al menos 14 años) y en los supuestos de “trabajos ligeros”, para niños a partir de 13 años, siempre y cuando estén previsto por la legislación nacional (art. 4.2. c) a través de una regulación que respete las disposiciones de la Directiva (art. 2.3).

Resulta altamente llamativo que la propia Directiva 94/33/CE, permita excluir del ámbito de aplicación de la misma “*al trabajo que no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso para los jóvenes en la empresa familiar*”(art. 2.2 b)), mientras que el art. 1.3 e) del ET, excluye *todo* tipo de trabajo familiar del ámbito de aplicación de sus normas, e igualmente, la Directiva no excepciona de su ámbito de aplicación los trabajos realizados por menores a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (art. 1.3 d) ET), lo que si hace el art. 3 d) ET, pudiendo concluirse por tanto que, al menos en estos supuestos, se da una defectuosa trasposición de la Directiva.

La paradoja es clara, la finalidad de la Directiva es velar por la protección de los jóvenes contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar al menor en su salud y desarrollo e impedirle su derecho a la educación y según la doctrina *Marleasing*, la normativa interna -en nuestro caso, la normativa laboral-, debe interpretarse de acuerdo con esta finalidad (aplicación conforme), pudiendo entenderse entonces extensibles a los supuestos excepcionados por las normas labores internas (trabajos en la empresa familiar o a título de amistad, benevolencia o buena vecindad), si aplicamos las técnicas y los principios hermenéuticos de integración admitidas por el derecho del trabajo, a aquellos preceptos de las directivas encaminados a cumplir esta finalidad, deficientemente o no traspuestos, según el principio de interpretación conforme.

Así queda claramente refrendado además en la doctrina expuesta en el *asunto*

Adeneler C-212/04 (Sentencia del tribunal de justicia de 4 de julio de 2006), en la que el tribunal indica que a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los tribunales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta³⁵.

Obsérvese que esta interpretación no resulta del toda pacífica, pues ya en el asunto *Kofoed* el TJCE ha manifestado que “el requisito reinterpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por si misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares o determine o agrave la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones”³⁶, lo cual aplicado al asunto en discusión, nos plantea el problema de si es admisible la interpretación extensiva (o analógica) en los supuestos planteados, puesto que la Directiva 94/33/CE si está traspuesta pero se ha hecho deficientemente, y en este caso se trataría de aplicar los métodos de interpretación nacionales admitidos por el derecho, para hacer posible la interpretación conforme.

En este sentido, indica Alonso García, la lectura de la legislación interna debe estar presidida desde el principio por una interpretación conforme apriorística y transversal, esto es, que predetermine el manejo de los principios nacionales de interpretación y manejando estos principio de la forma que mejor sirvan, en el caso concreto, al principio comunitario de interpretación conforme (asunto *Von Colson y Kamann* y asunto *Pfeiffer*)³⁷, por tanto, interpretando la legislación laboral española aplicable a menores a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva no puede menos que entenderse comprendidos todos los menores en las normas que regulan y protegen sus derechos laborales.

En el ámbito penal la situación es otra. Como ya se ha indicado, la doctrina del Tribunal de Justicia descarta tajantemente la posibilidad del efecto vertical inverso y el efecto horizontal de las directivas para crear o agravar por sí sola la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones. La cuestión por resolver es si la norma laboral interpretada conforme a la Directiva sería también aplicable en el ámbito penal. La situación se expresaría en estos términos: pueden los artículos 311 y 316 del CP ser completados con las normas laborales interpretadas conforme a la Directiva 94/33/CE, según hemos propuesto, aplicando analógicamente las normas laborales que si existen para regular el trabajo de los menores en aquellos supuestos insuficiente o deficientemente traspuestos referidos a menores (trabajos en la empresa familiar o a título de amistad, benevolencia o buena vecindad).

La repuesta a nuestro entender es negativa, puesto que como ya indicábamos, la

³⁵ ALNSO GARCIA, R., La interpretación del derechos de los estados conforme al derecho comunitario ..cit.,

³⁶ STJCE del 5 de julio de 2007, (C-321/05)

³⁷ ALONSO GARCIA, R., La interpretación del derechos de los estados conforme al derecho comunitario ..cit., p. 365

sentencia TJCE en el asunto Berlusconi ha diferenciando entre los límites aplicativos y los límites interpretativos en el manejo de las directivas por los operadores jurídicos, admitiendo incluso la interpretación *contra legem*, excepto cuando entran en juego los principios generales del Derecho que atenúen o incluso descarten tal fuerza interpretativa citando expresamente el principio de legalidad, que impide interpretaciones extensivas de las leyes penales, debiendo concluirse entonces que la aplicación de la directiva en un proceso penal no puede ir en contra del procesado ya sea con efectos directos o ya sea reaccionales³⁸.

Así pues, y a pesar del principio de interpretación conforme en relación con la norma europea no traspuesta o insuficientemente traspuesta que hemos adoptado en el caso planteado, hemos de acordar que dicha interpretación no alcanza al ámbito de lo penal si transgrede el principio de legalidad, aunque esta situación no obsta para aplicar otras normas internacionales vigentes y directamente aplicables, como el Convenio OIT n.º 138, 26 junio 1973 sobre Edad mínima de admisión al empleo o la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, entre otras.

5. Un ejemplo problemático: Medida de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad (LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores)

Toda la argumentación realizada hasta el momento puede ejemplificarse más fácilmente si atendemos a la problemática específica de la Medida de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad. El artículo 7. k) de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevé como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores que han cometido infracciones penales la de “prestaciones en beneficio de la comunidad”, y según esta norma: “*La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad*”, siempre con su consentimiento, pues en nuestro ordenamiento están prohibidos los trabajos forzosos conforme al artículo (25.2 CE) además de ser una exigencia de la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Su contenido material es similar a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad prevista en el art. 49 CP, caracterizada por tres elementos: en primer lugar, la gratuidad del trabajo que se ejecuta; en segundo lugar, la imposibilidad de imponerla a perpetuidad o de someter su duración al cumplimiento de una determinada obra -pues los límites máximos de duración vienen legalmente determinados-, y en tercer lugar, la necesaria consideración de las tareas que se imponen como de utilidad pública o en beneficio de la comunidad³⁹.

La especificidad normativa de estas actividades para los menores, tales como

³⁸ ALONSO GARCIA, R., “Eficacia de las directivas en los procesos penales, principio *in favor rei...*”, cit.,

³⁹ TORRES ROSELL, (2006), *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

que deben ser de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad; estar relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor y deben ser proporcionadas por entidades públicas o en acuerdo con entidades privadas sin ánimo de lucro (art. 20 RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000), permiten suponer a la mayoría de la doctrina que no deben tener la consideración de trabajo, en la medida que se impone en beneficio del menor y buscan su reeducación y reintegración, además de no tener el componente económico (salario), elemento imprescindible de la relación de trabajo.

Estas consideraciones quizás tengan algún sentido para valorar esta relación en términos de obligaciones y derechos de las relaciones de trabajo prevista por el Estatuto de los trabajadores para el trabajo por cuenta ajena, pero desde luego no desdibujan la realidad material que subyace a las mismas, entendidas como la utilización de la fuerza de trabajo del menor en la realización de actividades que de ejecutar otra persona, no sujetas al *ius puniendi* del estado, merecerían la calificación de trabajo, sin que el consentimiento del infractor o su eventual beneficio mude esta naturaleza, pues, aparte de la esclavitud, la servidumbre o la explotación, se considera que el trabajo es un bien personal y social y por ello merece no solo toda la protección que el Estado puede proporcionar, sino incluso, su promoción.

En este sentido no debe extrañar que en el marco de las finalidades resocializadoras de la LO 5/2000, se entiendan a las prestaciones en beneficio de la comunidad como un elemento positivo, aun cuando su confusa previsión en aras de asegurar su exclusión del Estatuto de los Trabajadores, no debe servir de coartada para exceptuar a los menores infractores del sistema general de protección en el ámbito laboral, también pensado en ese mismo interés del menor.

Ciertamente, la propia legislación penal, a regañadientes, no puede desligarse de las anteriores consideraciones y establece en los incisos 4, 5 y 6 del RD 1774/2004, de 30 de julio, ciertas previsiones buscando garantizar a los menores algunos de los derechos reconocidos por la legislación laboral como la protección en materia de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales, tiempo de duración de la jornada laboral, y el derecho a la educación, dejando ayunos de protección otros derechos ya consolidados como la prohibición del trabajo nocturno, o la prohibición de realizar aquellos considerados insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana, entre otros, si bien, debe reconocerse que el control judicial de la medida debe evitar en la mayoría de los casos, excesos en este sentido, aunque esta situación de hecho no debe ni puede sustituir el reconocimiento de los derechos del menor.

La mayor perplejidad la ocasiona, no obstante, la inexplicable opción del legislador penal por excluir a los menores infractores entre 14 y 16 años del ámbito de los derechos laborales fundamentales reconocidos a todos los menores, no sólo por

la normativa laboral interna, sino también por los Convenios Internacionales en la materia, ratificados por España. En efecto, en el Convenio OIT nº 138, sobre edades mínimas para trabajar, se establece como edad mínima de admisión en el empleo o trabajo, los 15 años, y ya se mencionó que la protección dispensada en España en la materia va más allá, fijándola en los 16 años para hacer compatible la misma con el final de la enseñanza obligatoria. No obstante, la LO 5/2000 y su reglamento prevén la imposición de esta medida a todos los sujetos entre 14 y 18 años susceptibles de ser objeto de aplicación de la ley, sin exclusiones.

La reducción de la edad mínima a los 15 años puede discutirse como opción del legislador orgánico -aunque en este caso sea penal y no laboral-, pues así lo permite el mencionado Convenio OIT nº 138, ratificado por España, aunque resulte difícil de explicar en el contexto general de intervención en esta materia, cuyo marco propio de actuación es el orden laboral y no el penal. Lo que resulta inadmisibles es la reducción de la edad por fuera del marco normativo y convencional hasta los 14 años, pues, ni siquiera en el supuesto hipotético de aceptar que se trata de “trabajos ligeros” también permitidos por el mencionado Convenio 138, art. 7.3 (igualmente por la Directiva 94733/CE, art. 4.2.c), podríamos asegurar los derechos de los menores.

En primer lugar, porque España con buen criterio entiende que los “trabajos ligeros” tampoco deberían estar permitidos para los menores de 16 años y por tanto no los ha previsto y legislado; y en segundo lugar, porque la normativa penal que establece los trabajos en beneficio de la Comunidad no distingue entre unos y otros de forma que pueden fijarse en cualquier actividad con la única condición de respetar las exigencias en su regulación (art. 7. k) de la LO 5/2000) y las jornadas de trabajo establecidas, que no podrá exceder de cuatro horas diarias si el menor no alcanza los 16 años, ni de ocho horas si es mayor de dicha edad.

La ley no reconoce las prestaciones en beneficio de la comunidad como una relación laboral de carácter especial, en los términos del art. 2.1 ET, pues asimilarla a la establecida en la letra c) del mismo, esto es, a “*La de los penados en las instituciones penitenciarias*”, sería una analogía expresamente vedada por el art. 2 CP. En cualquier caso, si pudiese considerarse como tal, tampoco ello daría cobertura legal a la reducción de las edades mínimas de admisión en el empleo y/o al desconocimiento de otros derechos laborales, pues según el inciso 2 del propio art. 2 ET, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución y, por tanto, en el caso en discusión, los derechos sociales del menor por expreso mandato constitucional del art. 39.4 CE.

Así pues, según nuestro punto de vista no existe cobertura legal para reducir la edad mínima de admisión en el empleo a los menores de 16 años en el ámbito penal y consecuentemente la previsión de la medida de “Prestaciones en beneficio de la comunidad”, para el grupo de menores infractores entre 14 y 15 años es inconstitu-

cional, puesto que la norma que regula el acceso al trabajo, el Convenio OIT nº 138, es autoejecutivo y por tanto obliga al estado español directamente en este ámbito.

Esta consideración es independiente de la valoración que nos merece su inclusión dentro del catálogo de medidas susceptibles de ser aplicadas a menores infractores, pues, ciertamente pueden ser un instrumento muy eficaz de resocialización si se garantizan los derechos de los menores y se evita la utilización de la mano de obra del menor a favor de intereses espurios ajenos a los propios de la medida penal. En cualquier caso, tanto, las edades admisibles, el tipo de prestación y el contenido de esta deben ser objeto nuevamente de reflexión conjunta para adaptarlas a los estándares nacionales e internacionales protectores de derechos de los menores.

III. CONCLUSIONES

Hemos pretendido ejemplificar a través de una parcela concreta, el trabajo de los menores de edad desde la perspectiva penal, las distintas posibilidades de interpretación conforme a las normas internacionales, aunque debe acordarse que la prioridad del interés superior del menor frente a otros intereses concurrentes, el principio rector en la materia, soluciona muchos problemas de interpretación que quizás en otros ámbitos no resulte tan claro.

La primera observación que cabe hacer es que no se ha pretendido hacer deducir de la norma internacional la norma penal, esto es, las anteriores consideraciones no contradicen o reducen la garantía que implica la reserva de ley penal, como corolario del principio de legalidad penal, pues, lo determinante para su comprensión cabal es la exclusividad de la ley para establecer el fundamento, los límites y las consecuencias de la responsabilidad penal. Así pues, no se discute sobre la posibilidad de las normas internacionales -especialmente los Convenios que han sido la vía que han elegido los países miembros para obligarse en materia penal- para crear las normas penales, ni siquiera de la normativa comunitaria, y ello a pesar de las extraordinarias consecuencias de la doctrina del tribunal de Justicia en torno a al principio de interpretación “*comunitariamente orientado*” de toda la normativa interna.

La segunda cuestión y la más relevante desde el punto de vista de la argumentación aquí desarrollada, es establecer si la norma internacional puede servir de complemento a la norma penal cuando es directamente ejecutiva o si esta acción sería una aplicación analógica contraria al principio de legalidad penal.

Al respecto cabe hacer una doble interpretación, pues, como hemos indicado, no es igual el tratado internacional que la normativa internacional derivada y una vez hecha esta distinción también debería diferenciarse entre las normas ejecutivas de las que no lo son y necesitan ser traspuestas al ordenamiento interno.

Si ya se ha aceptado que los tratados son una de las fuentes válidas del sistema y además que su función en el marco penal sería sólo de integración normativa con las normas penales, no debería haber dudas respecto a la posibilidad de que estos complementaran directamente la norma penal, máxime en aquellos supuestos previstos por la norma penal y no desarrollados suficientemente por la norma extrapeenal interna, pero suficientemente claros y específicos en la norma internacional, recordando aquí lo ya dicho respecto a que “*ante un conflicto entre una ley (o cualquier otra norma interna infraconstitucional) y un tratado internacional válidamente celebrado debe aplicarse preferentemente el tratado*”⁴⁰.

A pesar de la complejidad en el desarrollo argumental, podemos concluir que las normas internas españolas (penales y sociales) protectoras de los menores en el trabajo son el desarrollo parcial de los Convenios ratificados por España y de las normas internacionales adoptadas en la materia, y por tanto, como señala Remiro Brotons: “...*la interpretación de una ley o de un reglamento estatal adoptado en ejecución de un tratado o de una resolución de un OI ha de realizarse a la luz de sus disposiciones. La interpretación del Derecho interno conforme la DI de que trae causa se impone naturalmente*”⁴¹. Más aun, cuando se trata de protección de Derechos humanos, como establece el art. 10.2 CE, pues deberán interpretarse *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” y el Tribunal Constitucional ha entendido dentro de estos últimos los Convenios de la OIT (STC 41/2002 de 25 de Febrero).

Así pues, la idea principal que guía la acción internacional y estatal en la protección de los menores en el ámbito laboral es que los niños y adolescentes han de considerarse grupos con riesgos específicos y por ello deben tomarse medidas en lo que respecta a su seguridad y su salud, además, su vulnerabilidad exige que los Estados miembros prohíban el trabajo de los mismos y velen porque la edad mínima de admisión al empleo y las condiciones en que se permita sean las idóneas para garantizar no sólo su derecho a la educación sino el cabal desarrollo de su personalidad. El derecho interno no debe en ningún caso desconocer estos derechos, que por la vía del art. 32 CDN son derechos fundamentales y las normas internas no pueden exceptuarlos, y cuando por una carencia concreta de norma interna aplicable, estos derechos se vean preteridos, debe aplicarse la norma internacional si esta es auto-ejecutiva, como por ejemplo sucede con el Convenio OIT n.º 138, 26 junio 1973 sobre edad mínima de admisión al empleo, que en ningún caso puede ser exceptuado.

Conviene tomarse en serio el *interés superior del menor* como principio básico que rige toda la actuación con menores, y así aparece recogido por las distintas

⁴⁰ PEREZ TREMPES, P/AGUIAR DE LUQUE, L, (2002), Veinte años de jurisdicción constitucional en España, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 87-88.

⁴¹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, cit., p. 653.

normas nacionales e internacionales que se ocupan de menores, como la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que expresamente lo establece como criterio rector de toda la actuación estatal en el artículo 3.1. Ello debe hacer reflexionar sobre los fundamentos que excepcionan ciertas relaciones laborales del ámbito de protección del Estatuto de los trabajadores, pues, específicamente para el caso de los numerales d) y e) del art. 1.3 (los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad y los trabajos familiares – incluidos los prestados al servicio del hogar familiar-), las razones que las justifican son la autonomía de la voluntad y el altruismo por una parte y la ausencia de la nota de ajenidad, por la otra, y estos no son argumentos trasladables a la conculcación de derechos fundamentales de los menores, puesto que no se reconoce al menor capacidad jurídica para obligarse de forma libérrima como a los adultos y porque no tienen ninguna capacidad jurídica para decidir en el marco de sus relaciones familiares entre parientes obligados según los arts. 142 a 153 CC., ni capacidad fáctica, en muchas otras relaciones de poder.