



Edward Dyer Cruzado^(*)

Apuntes críticos sobre la **prohibición del trabajo infantil**^(**)

“LATAREADEL DERECHO LABORAL EN NUESTROS DÍAS CONSISTIRÍAPUES EN RECREAR SU FUNCIÓN DE PERMANENTE PACIFICACIÓN ENTRE LOS INTERESES QUE SE REPRODUCEN INTRÍNSECAMENTE POR LAS FUERZAS DEL CAPITALISMO Y LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES.”

A medida que me acercaba a los primeros escalones, el viento comenzó a golpearme en la cara con mayor fuerza. Era junio del año 2009 y acababa de salir del cine luego de disfrutar alguna buena película cuyo nombre me es imposible recordar ahora. Estoy seguro que fue una buena película porque caminaba muy contento a pesar del frío y la humedad limeña. Caminé congelándome hasta que de pronto escuché su llanto. En las escaleras del puente peatonal de la avenida Javier Prado, a la altura de la Universidad de Lima, estaba sentado Julián junto a una cajita de chocolates que, por lo que las circunstancias revelaban, debía vender pero no atinaba a ofrecérselos a nadie. Ni a Julián le interesaba el frío, ni a los demás nos interesaba Julián, al menos no como para hacer algo al respecto. De eso podíamos estar seguros todos los peatones de aquella noche porque, aunque supiéramos que algo andaba mal y que no se podía dejar a un niño de unos cinco años llorando a las doce de la media noche en plena avenida, ninguno de nosotros sabíamos con exactitud qué hacer. Aquella vez crucé el puente tres veces. La segunda fue para preguntarle a Julián qué le había ocurrido. Aunque un poco más calmado, contarme que otro niño le había robado sus veinte soles le devolvió el llanto sin aviso ni consuelo. Julián había trabajado varias horas y sus padres se molestarían con él por regresar a casa con menos dinero de lo previsto al menos fue eso lo que me contó aquella noche. Sin embargo la historia real nunca la sabré. No había forma de conocer para quienes trabajaba Julián, aunque tampoco era necesario ser un científico social para saber que Julián estaba trabajando hasta esas horas de la noche por una sola razón: la necesidad.

(*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto del Seminario de Teoría General del Derecho en esa casa de estudios.

(**) Quisiera agradecer a Lhuiz Mendoza Legoas por las críticas y observaciones al presente trabajo, así como por su invaluable apoyo esclareciendo mis dudas sobre algunos temas laborales. Cualquier error sin embargo, es atribuible únicamente a mí.

Introducción

El fenómeno del trabajo infantil es seguramente uno de los problemas sociales más complejos de analizar y, en consecuencia, de resolver. Diferentes disciplinas han abordado este fenómeno evidenciando la complejidad que acarrea definir o conceptualizar lo que se entiende por trabajo infantil. La comprensión tradicional del Derecho, por su parte, tiene la gran desventaja de no contar con límites metodológicos para abordar un hecho social que no excedan del contenido de las disposiciones positivas vigentes que sobre ese tema existan en un ordenamiento jurídico⁽¹⁾.

Salvo algunas restricciones de carácter lógico, el Derecho puede establecer preceptos sin límite sobre la base de convenciones institucionales y reproducir, a su vez, un discurso interno que no necesariamente guarde relación con los hechos sociales a los que hace referencia. Cuanto más distante se encuentre el contenido de esos preceptos en relación a los hechos sociales o cuánto más comprometida se encuentre su aceptación moral en una sociedad, más comprometida se encontrará la eficacia de dicha norma y por lo tanto su propia vigencia⁽²⁾.

Por lo tanto, abordar el objeto del presente trabajo requiere de una aproximación metodológica cautelosa y modesta. El principal problema a resolver no será la sistematización de un complejo entramado de disposiciones normativas o la aclaración de conceptos jurídicos comprometidos con

“TRATAR COMO “TRABAJO” A AQUELLA ACTIVIDAD DESEMPEÑADA INCLUSO SIN CONTRAPRESTACIÓN ALGUNA O AQUELLA QUE SE LLEVA A CABO DE MANERA INDEPENDIENTE FUERA DEL PODER DE DIRECCIÓN DE UN TERCERO, SON CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TERMINAR CONVENCIÉNDONOS DE QUE NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UN HECHO QUE DEMANDA UNA NUEVA APROXIMACIÓN TEÓRICA, FUERA DE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO LABORAL.”

un nuevo escenario social. Se trata, por el contrario, de describir de forma clara los alcances normativos de la regulación positiva -tanto nacional como internacional- sobre el trabajo infantil con el propósito de responder a la pregunta de si los menores de edad tienen un derecho a trabajar o no.

El objetivo no es, sin embargo, sencillo por dos razones fundamentales. La primera tiene

- (1) Esta es la visión tradicional sobre el ámbito de investigación en el Derecho y sobre los límites que lo conforman. Ha sido en función a esta razón que se ha destacado como referencia introductoria sobre la metodología jurídica. Esto no impide, sin embargo, que puedan establecerse enfoques que tomen en cuenta el contenido de las disposiciones jurídicas como referencias franqueables. Sobre una descripción de la ciencia jurídica parece ilustrativo lo señalado por Bourdieu: “La ‘ciencia jurídica’, tal como la conciben los juristas, y sobre todo los historiadores del Derecho, que identifican la historia del Derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y de sus métodos, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo sólo puede ser comprendido según su “dinámica interna”.” BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Desclée, 2000. p.165.
- (2) Al respecto, el propio Kelsen ha reconocido la pérdida de validez de una norma positiva cuando ve comprometida su eficacia. A este fenómeno jurídico se le conoce como el problema del *deshuetado*. Al respecto véase: KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. p. 219 y siguientes. Por su parte, desde el enfoque de la sociología del Derecho Roger Cotterell sostiene lo siguiente: *Law may define the social as it regulates it, but it does so under conditions that the social itself provides. Law presupposes a conception of the social that defines not only its technical jurisdiction, but also the arena in which its interventions require rational integration, and the general source of its legitimation and cultural meanings*. En: COTTERELL, Roger. *Law, Culture and Society*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2006. p.20.



Edward Dyer Cruzado

que ver con el hecho de que las disposiciones internacionales en materia de trabajo infantil fueron diseñadas con el propósito de resultar compatibles legalmente con todos los ordenamientos de los países que las incorporaron. Debido a esto, la flexibilidad y compatibilidad que inspiró su concreción a nivel internacional, demandó como contraparte el escaso nivel de operatividad de muchos de los conceptos que ellas recogen. Por si fuera poco, su aplicación en el ámbito nacional no puede excluir el deber de interpretarlas conforme a la Constitución. En nuestro ordenamiento existen disposiciones constitucionales que hacen referencia a derechos vinculados al fenómeno del trabajo infantil que no pueden ser dejados de lado al momento de establecer los alcances de los Convenios Internacionales en esta materia. Estos Convenios no pueden alcanzar algún sentido descontextualizados y alejados de las disposiciones constitucionales sin que corran el riesgo de ver amenazada su validez.

La segunda dificultad está relacionada con la repotenciación de un problema inherente a toda actividad interpretativa en el Derecho. Si por lo general, cualquier empeño en atribuir el significado a una o varias disposiciones jurídicas debe asumir la tarea de enfrentarse a la vaguedad e indeterminación del lenguaje natural del que se sirve el Derecho⁽³⁾, la tarea de investigar los alcances de las disposiciones en materia de trabajo infantil cuenta con el problema adicional de enfrentarse a posibles confusiones respecto a los conceptos, reglas e instituciones que pertenecen al área del Derecho Laboral.

Debe quedar claro, desde ahora, que cuando nos referimos al trabajo infantil lo estamos haciendo sin alusión a ninguna categoría del Derecho Laboral. Para que esta idea quede clara conviene empezar por desarrollar la distinción conceptual entre lo que se entiende por trabajo infantil y trabajo en el ámbito del Derecho Laboral.

Aunque no sea el espacio adecuado para desarrollar una descripción exhaustiva de la función del Derecho Laboral, sí resulta necesario exponer brevemente su racionalidad y los fines que persigue este Derecho para entender con mayor precisión por qué sostenemos que no es posible equiparar la noción de trabajo infantil con categorías del Derecho Laboral. Como advertencia debe llamarnos la atención la poca bibliografía desarrollada en nuestro medio sobre los fundamentos del Derecho del Trabajo y lo escasas que resultan las obras sobre la Historia del Derecho del Trabajo en el Perú. Sin embargo, debe entenderse que la racionalidad del Derecho Laboral no depende decididamente del nivel de desarrollo de la doctrina al respecto⁽⁴⁾.

(3) Sobre la interpretación jurídica y los alcances del pragmatismo véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Temis, 2008.

(4) Aunque en el medio no se haya escrito mucho sobre las raíces de la regulación del trabajo, los aportes realizados por Alain Supiot nos sirven para comprender el contexto cultural de dónde provienen las dos principales nociones que construyeron las primeras normas jurídicas sobre el tema en la Europa Continental. Como explica Supiot, la tradición del Derecho romano y la del Derecho germánico son las que han influenciado de manera decisiva la construcción de las primeras reglas sobre material laboral. La cultura romanista recogida en la Europa del siglo XIX analiza la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, situándolo en la órbita del derecho de las obligaciones. Por su parte el antiguo Derecho germánico tiene una aproximación distinta. En sus instituciones existían contratos de vasallaje (Tredienstvertrag), a través del cual un hombre libre (Gefolgsman) se ponía al servicio de otro (Gefolghsherr), quien le concedía a cambio protección, ayuda y representación. Como señala Supiot, sobre la particularidad de este último derecho: "Este contrato hacía surgir un vínculo personal de fidelidad recíproca, que se emparentaba con los vínculos familiares, y hacía participar a quienes se unían por medio de él en una misma comunidad de derechos y de deberes." SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1996. p.32. Fue la revaloración de esta tradición iniciada por Otto von Gierke en la Alemania del siglo XIX, la que llevó a que los debates doctrinarios tomaran en consideración a la "consciencia común" (Gemeinsbewusstsein) como la fuente última de todo Derecho y aplicándola al terreno laboral, esta idea produjo la dotación de ciertos derechos al trabajador, como miembro de la comunidad laboral, infranqueables por la voluntad de los particulares contratantes (visión contractual).

1. Una breve aproximación a la lógica del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo es una respuesta jurídica de protección del trabajador en el contexto de una relación social asimétrica donde quien lleva una clara posición de ventaja es el empleador dueño del capital y del negocio en el que la fuerza laboral del trabajador adquiere el significado de factor de producción⁽⁶⁾. Contra la imagen que pueda tenerse respecto de un Derecho de corte unilateral que protege únicamente los intereses de los trabajadores, el Profesor Elmer Arce sostiene que el Derecho del Trabajo debe reafirmar su funcionalidad “desde una lógica conciliadora entre el principio de conservación y rendimiento empresarial y el de protección de las condiciones de empleo del trabajador”⁽⁶⁾.

La tarea del Derecho Laboral en nuestros días consistiría pues en recrear su función de permanente pacificación entre los intereses que se reproducen intrínsecamente por las fuerzas del capitalismo y los intereses de los trabajadores. Según Arce además, la Constitución -como punto de convergencia de distintos intereses sociales-, y sus disposiciones sobre el Derecho Laboral, debe ser interpretada desde una postura conciliadora donde se preserven tanto la libertad de empresa como los derechos sociales del trabajador.

Más allá de estar de acuerdo o no con la perspectiva del Profesor Arce respecto a la función conciliadora del Derecho Laboral, es innegable que el Derecho del Trabajo es una respuesta frente a una relación social asimétrica. La respuesta se traduce en la inclusión de todas aquellas personas que cumplan con los elementos esenciales de la relación laboral en una suerte de sistema normativo provisto de derechos diseñados para mejorar la situación del trabajador dentro de su relación de trabajo⁽⁷⁾.

De esta forma, el Derecho Laboral establece tres requisitos de admisión a este sistema especial de protección donde básicamente se provee de beneficios sociales, derechos colectivos, y una protección especial en la continuidad de su relación de trabajo. Según el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL)⁽⁸⁾ una relación de trabajo llega a ser una relación laboral siempre que estemos frente a: (i) una prestación personal de servicios -no cabe que el trabajador le encargue a un tercero la

(5) Esta respuesta, evidentemente, no es uniforme en todos los ordenamientos jurídicos y se encuentra íntimamente ligada con la reivindicación de espacios sociales dominados. Al respecto menciona Blumrosen, “(...) como muestra particularmente bien la historia del Derecho Laboral, el corpus jurídico registra en cada momento un estado de la relación de fuerzas y sanciona por tanto las conquistas de los dominados, convertidas así en logros reconocidos (lo cual tiene por efecto inscribir en su misma estructura una ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica). Se ha mostrado, por ejemplo, cómo a medida que fueron ganando poder, los sindicatos americanos vieron evolucionar su estatuto legal: mientras que al principio del siglo XIX la acción colectiva de los asalariados era condenada como “conspiración criminal” en el nombre de la protección del libre mercado, los sindicatos acceden poco a poco al reconocimiento legal.”BLUMROSEN, A. *Legal Process and Labor Law*, en W.M. Evan (editor), *Law and Sociology*, New York, The Free Press of Glencoe, 1962, pp.182-225. Citado por: BOURDIEU, Pierre. *Op.Cit.* pp.169-170.

(6) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2008.p.68.

(7) Cuando de aquí en adelante se haga referencia a relación de trabajo lo haremos también en un sentido no-jurídico (en “oposición” al concepto de relación laboral, que se usará respetando su significado tradicional), por lo que no haremos referencia al trabajo asalariado, subordinado propio del Derecho Laboral.

(8) LPCL. Artículo 4.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.”



Edward Dyer Cruzado

realización de su actividad-, (ii) que se realice dentro del ámbito de organización de un empresario -elemento de subordinación del empleado- y (iii) que la prestación se lleve a cabo a cambio de una remuneración.

Como se puede apreciar no cualquier actividad económica que se realice en el mercado será considerada como una relación laboral y por lo tanto merecedora de una protección especial. El rasgo fundamental de la relación laboral es la subordinación del prestador de sus servicios al empleador⁽⁹⁾, por lo que los trabajadores autónomos no cuentan con las protecciones propias del Derecho Laboral antes referidas. Debido a las características propias de esta clase de trabajo es incluso deseable que su situación no sea regulada por el Derecho Laboral, ya que acomodar la normativa laboral actual a las características del trabajo autónomo terminaría por flexibilizar la protección de la que gozan los trabajadores subordinados⁽¹⁰⁾.

Esto no justifica, sin embargo, que la regulación de estas actividades sea dejada en manos del Derecho Civil o Mercantil, como tradicionalmente ha sido aceptado en nuestro medio. La propuesta de la creación de una Ley General propia para el caso de los trabajadores autónomos ha sido desarrollada por

el Profesor Arce, tomando base la propuesta del Profesor español Cruz Villalón. La idea que fundamenta esta propuesta es la de concebir el deber del Derecho, en el contexto de un Estado Constitucional y Social de Derecho, de proteger a toda persona natural que realiza una actividad económica en el mercado y de la cual depende⁽¹¹⁾.

Lo expuesto hasta aquí sirve para entender la racionalidad del Derecho del Trabajo y de los Derechos Sociales vinculados al “trabajo en sentido coloquial”, que sería el campo dentro del cual se desarrollaría una eventual Ley General para Trabajadores Autónomos. La idea básica de ambos Derechos es la de proteger mediante un sistema de reglas eficaces a aquellas personas que realizan una actividad económica en el mercado y de la cual además dependen, a efectos de que puedan practicar una profesión que les procure un bienestar económico y las condiciones esenciales para llevar la vida que libremente hayan elegido vivir⁽¹²⁾.

- (9) La subordinación se constituye en el elemento distintivo desde que hace referencia al hecho de que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, sometiéndose a los poderes organizativos y de dirección de éste. De forma más concreta, debe tenerse presente que el trabajo es la manifestación de la propia persona del trabajador, y es ésta la que se compromete en la relación, tal y como queda indicado en: CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 31. Esta idea la desarrolla de mejor manera Supiot al sostener que es la persona física –la persona en sí, agregaríamos nosotros– la que constituye el objeto de la prestación del trabajador, siendo el cuerpo el pasaje obligado de la realización de las obligaciones del trabajador. Cuando Supiot trata de diferenciar y justificar la relación que tendría un contratante con otro bajo la figura de un arrendamiento de servicios respecto de la relación laboral, indica que no es el propio deudor quien constituye materia del compromiso, lo importante en ese caso vendría a ser el resultado, agrega el autor. Esto quedaría más claro desde que al trabajador independiente se le reconoce un derecho sobre el objeto de su trabajo. Ello respondería a que el trabajador independiente pone en riesgo su propio patrimonio mientras que en el caso del trabajador pone en riesgo el patrimonio del empleador. En: SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1996. pp. 80-85. Esta última distinción pasa por alto que al margen del patrimonio que se ponga en riesgo, lo cierto es que existen trabajos incluso “aparentemente muy independientes”, en donde los contratados comprometen su cuerpo, su persona, ante el poder de dirección, a veces no tan evidente de un tercero. Este debería ser el criterio, el grado en el que la misma persona está comprometida ante el poder de un tercero en una relación de trabajo, el que debería utilizarse para definir cuándo el Derecho Laboral debe entrar a tutelar esa relación social.
- (10) Para una aproximación crítica al tema recomendamos: ERMIDA URIARTE, Oscar y Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. *Crítica de la subordinación*. En: IUS ET VERITAS, n.º 25. Lima: Noviembre, 2002.
- (11) ARCE ORTÍZ, Elmer. *Op.cit.*; p.95 y siguientes.
- (12) Esta vendría a ser la concretización en el campo de las relaciones de trabajo, de los principios que inspiran el Estado Social de Derecho a través de ciertos derechos positivos. Esta clase de Estado, “supone la alteración de su visión tradicional como derechos únicamente oponibles al Estado, para dotarlos, asimismo, de eficacia entre los particulares, especialmente

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

Este fundamento dista radicalmente de la visión que comúnmente se tiene sobre el trabajo infantil, al cual se busca erradicarlo, prohibirlo y en general combatirlo, no promoverlo ni protegerlo. Tanto normas internacionales como normas nacionales regulan, por ejemplo, la edad mínima de admisión al empleo, estableciendo aparentemente prohibiciones al trabajo de algunos menores de edad⁽¹³⁾. Aunque parecería que la pregunta que ha sido planteada como objeto de la presente investigación acaba de ser resuelta al afirmar la existencia de disposiciones que establecen un mínimo en la edad de admisión al empleo, un análisis cuidadoso sobre los alcances de estas disposiciones nos indicará lo contrario.

¿Acaso la norma internacional que establece una edad mínima de admisión al empleo, establece a la vez la prohibición de realizar cualquier actividad económica -no subordinada- a aquellos menores que se encuentran por debajo de esa edad mínima?, y de otro lado, ¿cómo se interpreta esta disposición internacional de acuerdo al artículo 23 de la Constitución, que establece que el Estado protege al menor de edad que trabaja?

Abordar estas preguntas a través de una interpretación lógico-formalista de las diferentes disposiciones que regulan el fenómeno del trabajo infantil con el propósito de encontrar un sentido coherente de las mismas suele ser la manera tradicional en la que proceden los dogmáticos del Derecho⁽¹⁴⁾. Aunque la finalidad que buscan es la misma que esperamos

alcanzar en el presente trabajo, enfocar la pregunta central acerca de si existe un derecho subjetivo al trabajo de los niños mediante la observación de la práctica social cuya validez, permisión o en general cuyo efecto jurídico desde el sistema jurídico se trata de estudiar, permite la incorporación de otras variables en el análisis, como los derechos conexos involucrados; sobre todo, los Derechos Fundamentales.

Resulta metodológicamente adecuado, al analizar prácticas sociales que no cuentan con un desarrollo positivo suficiente como para conocer sus límites ni sus principales consecuencias, tratar de esbozar una definición que englobe de la manera más flexible posible -sin caer en relativismos ni vaguedades- una idea clara respecto de su contenido. En general y aunque exista un desarrollo normativo que haga explícitas nociones conceptuales más o menos claras, una interpretación que apueste por el análisis de las prácticas jurídicas para comprender los alcances de tales disposiciones en lugar de apelar a nociones metafísicas como “la esencia del trabajo infantil”, asegura una comprensión más confiable acerca de los significados que

en lo que atañe a la relación entre los individuos y los sujetos privados, dotados de poder económico y social. Se trata, precisamente, de un mecanismo apto para evitar que las relaciones asimétricas que frecuentemente tienen lugar entre los sujetos particulares profundicen las desigualdades de hecho existentes en la sociedad e impidan que los sujetos más débiles ejerzan sus derechos fundamentales.” BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. p. 52.

- (13) Las primeras disposiciones laborales aparecieron como reacción a las nefastas consecuencias que el capitalismo infligió en los primeros años de la industrialización sobre los más vulnerables de la sociedad: los niños. Como nos recuerda Supiot, “(...) poner de relieve la importancia del cuerpo humano en la relación de trabajo no ha sido un producto del pensamiento jurídico, sino de la observación de la suerte que corrían, en la práctica, esos cuerpos “que desaparecían” en el análisis patrimonial.” SUPIOT, Alain. *Op.cit.*; pp.85-87. Es interesante leer el interrogatorio que Supiot reproduce en esas páginas, llevado a cabo por una comisión de estudio sobre las condiciones de trabajo en una fábrica de ladrillos de la Inglaterra del siglo XIX.
- (14) Al respecto Christian Courtis desarrolla esta idea: “La tarea fundamental de la dogmática es la de adelantar estos problemas, estas instancias en las que la atribución de sentido resulte controvertida, y ofrecer una solución sostenible, una reconstrucción posible a partir de otras piezas del rompecabezas que considere relevantes –normas de distinto rango, principios, decisiones jurisprudenciales anteriores”. COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: *Observar la ley. Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*. Christian Courtis (Editor). Madrid: Trotta, 2006.p. 110.



Edward Dyer Cruzado

en una comunidad jurídica se van construyendo⁽¹⁵⁾. Por tal motivo, continuaremos analizando el problema del derecho subjetivo al trabajo de niños, tratando de definir lo que se entiende por trabajo infantil.

2. Noción de Trabajo Infantil

Entre los estudios realizados en nuestro medio sobre el trabajo infantil, los esfuerzos más destacados por ofrecer una conceptualización sobre este fenómeno son los que han sido llevados a cabo por las encuestas nacionales y los trabajos de investigación que interpretan los resultados de estas, en especial la Encuesta Nacional de Hogares (en adelante, ENAHO) y la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil (en adelante, ETI).

Ambas encuestas tratan de captar datos que reflejen la situación del trabajo infantil utilizando metodologías distintas y fundamentos conceptuales similares aunque con algunas diferencias sustanciales⁽¹⁶⁾. Sin tratar de ser exhaustivos en la descripción de ambas encuestas, debe advertirse que la ENAHO no se encarga de abordar exclusivamente el trabajo infantil mientras que la ETI sí. Esta última considera como actividades objeto de estudio a las labores realizadas, al menos una hora a la semana, por menores de entre 5 y 17

años de edad y que responden tanto a las actividades económicas como a las tareas no remuneradas realizadas en el contexto del espacio familiar. La ENAHO, por su parte, no toma en consideración el factor de horas de trabajo para el grupo de 6 a 13 años de edad, pero sí lo hace desde los 14 años respecto a la noción de trabajador familiar no remunerado, al que caracteriza como el llevado a cabo por un menor durante al menos 15 horas a la semana.

Más allá de las diferencias importantes que existen entre ambas encuestas -las mismas hacen difícil compararlos en algunos puntos centrales-, lo rescatado sobre su aproximación nos permite observar que los estudios llevados a cabo desde las ciencias sociales tratan de captar de la mejor manera posible las manifestaciones sociales que hacen referencia a un concepto de trabajo infantil vinculado a la noción de Población Económicamente Activa⁽¹⁷⁾, pero que sin embargo -dada la particularidad de este fenómeno- se distingue de los tradicionales trabajos de investigación

(15) Sin embargo como bien apunta Bix, el análisis sobre las prácticas jurídicas que esta clase de enfoque ofrece, no puede por sí mismo resolver todas las perplejidades que nos aquejan en el derecho y en la teoría jurídica. Al respecto, véase: BIX, Brian. *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006. Capítulo III.

(16) A modo de ilustración sirve destacar que mientras la ENAHO de 2008 señala que una amplia mayoría de niños, niñas y adolescentes se ubican en el área rural (70,8%), la ETI -de acuerdo a la información brindada por los niños en sus entrevistas-, encuentra que en el área rural y urbana el trabajo infantil y adolescente se divide casi exactamente por igual: (50,1%) en área urbana vs. (49,9%) en área rural. Por su parte, la información brindada por los padres de familia indica que en el área rural estaría el (57,1%) del total del trabajo infantil y adolescente y en el área urbana el (42,9%) restante. Las cifras globales resumen con mayor nitidez las diferencias en los resultados entre ambas encuestas; según la información brindada por los padres -la única fuente contrastable entre ambas encuestas-, la ENAHO arroja la cifra de 2'115,000 de menores que trabajan, mientras que según la ETI lo hacen 3'335,500. La diferencia es considerable si tomamos en cuenta que entre ambas encuestas existe aproximadamente un año de diferencia.

(17) La noción de PEA es utilizada por la ETI, como explican José Rodríguez y Silvana Vargas, trasladando este concepto que originalmente se centra en las actividades económicas realizadas por personas de 14 años a más, a menores de entre 5 a 13 años. La participación en actividades laborales no es sino la participación activa en actividades económicas; esto es: en la producción de bienes y servicios tal y como han sido establecidos en el Sistema de Cuentas Nacionales (SCN) de las Naciones Unidas, abarcando toda la producción de mercado y algunos tipos de producción no-mercado. Las actividades no remuneradas, como las tareas domésticas, también están incorporadas en la noción de trabajo infantil y son precisamente estas las que dibujan con mayor claridad la diferencia respecto de las actividades normalmente reguladas por el Derecho del Trabajo. Para mayor detalle revítese: RODRÍGUEZ, José y Silvana, VARGAS. *Trabajo infantil en el Perú: Magnitud y perfiles vulnerables. Informe nacional 2007-2008*. Lima: Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), Organización Internacional del Trabajo, 2009.

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

sobre el empleo al incorporar data sobre actividades realizadas sin contraprestación alguna.

Esta última característica nos permite observar con mayor claridad que cuando reflexionamos acerca del trabajo infantil nos ubicamos en un contexto distinto y muy lejano al del Derecho Laboral. Aunque algunas actividades realizadas por menores de edad puedan identificar los elementos esenciales de la relación laboral -piénsese, por ejemplo, en un menor de once años que se desempeña por propia voluntad en el campo trabajando la tierra de un tercero bajo su “poder de dirección”-, la racionalidad que entraña el Derecho del Trabajo es distinta respecto de las normas que abordan de forma directa e indirecta del fenómeno del trabajo infantil, el que se trata de *eliminar* en lugar de *regular* a través de una protección institucional que asegure el ideal desarrollo de las labores económicas individuales en el mercado.

Tratar como “trabajo” a aquella actividad desempeñada incluso sin contraprestación alguna o aquella que se lleva a cabo de manera independiente fuera del poder de dirección de un tercero, son características que deben terminar convenciéndonos de que nos encontramos frente a un hecho que demanda una nueva aproximación teórica, fuera de la racionalidad del Derecho Laboral. Y por una nueva aproximación teórica no necesariamente se hace referencia a una teoría jurídica, que por lo demás se encargaría de trabar cualquier investigación provechosa o devendría en inútil si antes no se reconoce el contexto en el cual se enmarca verdaderamente la discusión en torno a si existe un derecho subjetivo al trabajo de parte de los menores de edad.

“(…) (TRATAR DE) DEFINIR UNA CLASE DE TRABAJO COMO PROHIBIDO TRAERÁ COMO CONSECUENCIA QUE EL APARATO ESTATAL SE ENCUENTRE FACULTADO -SIEMPRE Y CUANDO ESTA PROHIBICIÓN NO VULNERE ALGÚN PRECEPTO CONSTITUCIONAL- PARA PERSEGUIR Y COACCIONAR A LAS PERSONAS CON EL PROPÓSITO QUE SE ABSTENGAN DE PRACTICAR DICHOS TRABAJOS; LIMITANDO DE ESTA MANERA SU ESFERA DE LIBERTAD.”

Una primera y flexible definición acerca de lo que debe entenderse por trabajo infantil debe ser presentada como herramienta metodológica para guiar la interpretación de las disposiciones jurídicas sobre el tema y para facilitar la toma de decisiones en materia de políticas públicas, que son las acciones estatales que en última instancia materializan la efectividad de los derechos fundamentales a gran escala⁽¹⁸⁾. A estos efectos recogemos el concepto esbozado por

(18) La actuación de la administración pública es entendida desde el Derecho bajo dos lógicas: (i) la de ser susceptible de revisión en instancias jurisdiccionales; y, (ii) la de producir efectos jurídicos directos; de manera concreta para los administrados a quienes sus actos van dirigidos tanto de forma general a través de disposiciones jurídicas normativas, como a través de las resoluciones que ponen fin a una controversia. En este último supuesto, el caso del precedente administrativo produce efectos más similares al de las disposiciones jurídicas normativas de carácter general; aunque siguen siendo efectos directos al fin y al cabo. Lo importante es señalar que la actuación de la administración no ha sido entendida como parte integrante de una comunidad jurídica que va creando y recreando el Derecho a lo largo de su historia, es decir, como “productor de derecho” y como “productor de sentidos” sobre el derecho. Incluso Dworkin, quien propone una teoría de “interpretación constructiva” según la cual, cada vez que un juez se vea confrontado con la resolución de un caso deberá construir una teoría acerca de lo que es el Derecho, la cual debe encajar dentro de las acciones gubernamentales pasadas para “decir” el mejor derecho posible; excluye del concepto de estas acciones gubernamentales a las acciones de la administración, refiriéndose únicamente a las disposiciones legislativas y las decisiones judiciales. Tal vez sea correcto sostener que la actuación de la administración no resulta necesaria para hallar la mejor solución posible al caso concreto, pero la incorporación de esta actuación en el análisis del derecho vivo de una cultura jurídica determinada es una acción necesaria para tales propósitos, es decir para conocer de manera más “completa” los sentidos del derecho en una comunidad. El desarrollo de esta idea excede



Edward Dyer Cruzado

Carlos Alza⁽¹⁹⁾ sobre trabajo infantil, según el cual éste sería toda actividad económica, por cuenta propia o por cuenta ajena, remunerada o no remunerada, que realizan los niños, niñas y adolescentes.

Por actividad económica se entiende tanto a las actividades industriales, productivas, comerciales, artesanales, académicas y artísticas que se realizan con el propósito de obtener alguna renta o ganancia para sí o para otro. En lo referente a las actividades económicas no remuneradas baste aclarar que no nos encontramos frente a una contradicción conceptual, sino frente a la referencia al trabajo que no reporta de ningún ingreso ni al menor ni a la familia pero que sin embargo es considerado como trabajo infantil, tal es el caso de las tareas domésticas en el hogar; pues involucran la prestación de un servicio del menor que implica la inversión de su tiempo a una actividad, que a efectos de de análisis económico resulta de vital importancia⁽²⁰⁾.

A su vez, debe tenerse presente que existe un trabajo infantil que quiere prevenirse y erradicarse -al que llamaremos "trabajo infantil en sentido estricto"- y otro que se encuentra permitido, el cual en muchos casos se encuentra regulado a través del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante, CNA) o a través de la Ley 28518, Ley sobre las Modalidades Formativas Laborales⁽²¹⁾. Entre ambas clases de trabajo realizados por menores de edad encontramos aquellas actividades que, desde una interpretación principialista de la Constitución aplicada a los casos concretos de situaciones donde no se vulneran derechos fundamentales de los menores, desempeñan la función de vía de satisfacción inmediata de necesidades fundamentales o que coadyuvan al desarrollo integral del menor (este último caso sería el de los niños que realizan alguna actividad artística, por citar un ejemplo).

Trazar una clara distinción teórica sobre estas tres dimensiones del trabajo infantil nos empuja en última instancia a enfrentar la perspectiva según la cual el establecimiento de una edad mínima de admisión al empleo equivale a establecer una prohibición general de cualquier actividad económica y actividad doméstica no remunerada por debajo de ese mínimo. Antes de pasar a confrontar esta posición resulta conveniente desarrollar la noción del trabajo de menores de edad permitido a efectos de entender la lógica que puede subyacer a la defensa de estas prácticas.

3. El trabajo de menores regulado en nuestro ordenamiento

Si la pregunta central de la investigación hubiese sido: ¿son titulares los menores de edad de algún derecho al trabajo?, la respuesta inicial habría sido mucho más sencilla: sí, algunos menores tienen un derecho subjetivo a trabajar. Y en efecto, nuestro ordenamiento contempla el derecho de los adolescentes a realizar actividades que se enmarcan dentro de lo que coloquialmente entendemos por trabajo. Aunque esta aseveración no termine por resolver nuestra inquietud original, conviene desarrollar cuidadosamente los supuestos en los que el menor de edad tiene -indiscutiblemente- el derecho a trabajar.

por completo el espacio de este trabajo, pero al menos para abordar con mayor profundidad la noción de interpretación del derecho como una narrativa a desarrollarse, recomendamos: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986. pp. 227 y siguientes.

(19) Informe inédito sobre el Trabajo Infantil de Carlos Alza Barco, elaborado para el Ministerio de Trabajo y la OIT.

(20) Sobre la relevancia de la asignación del tiempo en el estudio del trabajo infantil, José Rodríguez y Silvana Vargas destacan el enfoque teórico propuesto por Gary Becker en su obra, *Human Capital*. Dicho enfoque posa su atención sobre la "micro-esfera" de la vida social y discute la manera en la que los recursos se asignan al interior del hogar. RODRÍGUEZ, José y Silvana VARGAS. *Op.cit.*; p.15.

(21) No se desarrollará un análisis al respecto debido a problemas con la extensión del presente trabajo aunque debemos dejar sentado que coincidimos con las críticas a dicha Ley elaboradas por el Profesor Arce, las cuales recomendamos leer en: ARCE, Elmer. *Op.cit.*

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

El segundo espacio, luego de la Ley de Modalidades Formativas Laborales, que garantiza el derecho al trabajo de los adolescentes es el CNA; norma que debe ser entendida como un sistema de protección integral de los derechos de los menores de edad. Al respecto, puede decirse que, con la promulgación de este Código en el año 2000 se consolida, precisamente, el tránsito de la doctrina de la situación irregular al de la doctrina de la protección integral⁽²²⁾, originado en la década de los noventa con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes. Bajo este nuevo paradigma, los niños, niñas y adolescentes pasan de ser meros objetos de políticas sociales, a ser sujetos de derecho, dotados de una serie de derechos que los ayudan a garantizar su proceso de desarrollo⁽²³⁾.

Antes de analizar concretamente las disposiciones que regulan el trabajo de los adolescentes resulta importante analizar la idea que respecto al desarrollo integral del niño se maneja al interior del Código. El artículo 4 sostiene que tanto el niño como el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Incluso dicho artículo menciona algunos supuestos que vulnerarían dicha integridad. Tales son el caso del trabajo forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y en general toda forma de explotación⁽²⁴⁾.

De otro lado y aunque el Código no realice la siguiente conexión entre los derechos a la educación básica, a la participación en programas culturales, deportivos y recreativos, y a la atención integral de salud; en la práctica no puede hablarse de un desarrollo integral del niño y adolescente que no contemple estas tres dimensiones: la educación, la salud y el ocio o la recreación. Todo niño y adolescente necesita de la garantía de estos derechos para desarrollar las capacidades necesarias para desenvolverse en el futuro y llevar adelante la vida que ha escogido seguir.

A nivel constitucional se ha tratado de garantizar el derecho al desarrollo integral de los niños y adolescentes en dos niveles. El primero a través del establecimiento del deber-derecho de los padres de alimentarlos, educarlos y darles seguridad⁽²⁵⁾. A un segundo nivel, se reconoce el deber del Estado de garantizar de forma directa el libre acceso de todas las personas a prestaciones de salud -incluidos los niños y adolescentes-⁽²⁶⁾ y el deber de promover la educación, asegurando que nadie se vea impedido de recibir una

(22) UNICEF. *Algunas reflexiones sobre la situación de la niñez en el Perú. A los 20 años de la Convención sobre los derechos del niño*. Lima: noviembre 2009. pp. 50-51.

(23) Al respecto, el artículo IV del CNA establece lo siguiente: Capacidad.- "Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes. La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades. En caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas."

(24) Vale aclarar que el hecho de que se acentúe la explotación como elemento atentatorio contra la integridad de los niños y adolescentes no implica necesariamente que, utilizando el famoso criterio *contrario sensu*, las actividades antes mencionadas no vulneren la integridad de los menores si se realizan con su consentimiento. El factor de la aceptación voluntaria de esas actividades no asegura necesariamente la calidad de las actividades a desarrollar ni el tipo de impacto que puedan generar en el desarrollo de los menores. Una interpretación que recurra a ese criterio interpretativo formalista, adolece de un profundo error de carácter lógico.

(25) Artículo 6. de la Constitución Política del Perú. "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad."

(26) Artículo 11. de la Constitución Política del Perú. "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento."



Edward Dyer Cruzado

educación adecuada⁽²⁷⁾, ofreciendo en ese sentido, educación gratuita universal a nivel de inicial, primaria y secundaria y a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y carezcan de recursos económicos necesarios a nivel de estudios universitarios⁽²⁸⁾.

El CNA, como sistema de protección integral de los menores, ha desarrollado estos derechos fundamentales que sostiene el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Respecto a la educación básica, ésta es garantizada bajo ciertas características específicas. La educación debe procurar el desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y la capacidad mental y física del niño y del adolescente hasta su máximo potencial. Asimismo, se prescribe una educación guiada hacia el respeto de ciertos valores, como el de los derechos humanos y las libertades fundamentales, promoviéndose el espíritu democrático y orientándose hacia el desarrollo de habilidades y capacidades más funcionales: capacidades para el trabajo productivo⁽²⁹⁾.

Respecto al derecho a la salud, el Código recoge lo dispuesto por la Constitución sobre el derecho que poseen los niños y adolescentes de atenderse de manera integral

en establecimientos de salud. Se entiende que este derecho se hará efectivo a través de políticas que permitan el desarrollo físico e intelectual de los menores en condiciones adecuadas⁽³⁰⁾. A su vez, el artículo 20 del Código desarrolla el derecho de los menores a participar en programas culturales, deportivos y recreativos. Si bien no se establece de forma clara la manera en la que el Estado garantizará estos derechos de los niños y adolescentes, sí deja establecido el deber del Estado de facilitar la aplicación de recursos y espacios físicos para la ejecución de programas de estas características. Se establece, asimismo, y de forma precisa a los municipios como los responsables de canalizar los recursos y ejecutar programas⁽³¹⁾.

El derecho al desarrollo integral se encuentra compuesto, como se ha visto, por un conjunto de derechos que pueden ser conceptualizados como derechos sociales. Estos derechos, al igual que los derechos vinculados a las

-
- (27) Artículo 16.- de la Constitución Política del Perú. "Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados. (...) Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas."
- (28) Artículo 17.- de la Constitución Política del Perú. La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación."
- (29) Al respecto, el inciso i) del artículo 15 del CNA establece lo siguiente: "El Estado garantiza que la educación básica comprenda: i) La capacitación del niño y el adolescente para el trabajo productivo y para el manejo de conocimientos técnicos y científicos."
- (30) Artículo 21.- del CNA. "El niño y el adolescente tienen derecho a la atención integral de su salud, mediante la ejecución de políticas que permitan su desarrollo físico e intelectual en condiciones adecuadas. Cuando se encuentren enfermos, con limitaciones físicas o mentales, impedidos, o cuando se trate de dependientes de sustancias tóxicas, recibirán tratamiento y rehabilitación que permita su participación en la comunidad de acuerdo a sus capacidades. Corresponde al Estado, con la colaboración y el concurso de la sociedad civil, desarrollar los programas necesarios para reducir la mortalidad y prevenir las enfermedades; educar a la familia en las prácticas de higiene y saneamiento; combatir la malnutrición, otorgando prioridad en estos programas al niño y al adolescente en circunstancias especialmente difíciles y a la adolescente madre durante los períodos de gestación y lactancia."
- (31) Artículo 20.- del CNA. A participar en programas culturales, deportivos y recreativos.- "El Estado estimulará y facilitará la aplicación de recursos y espacios físicos para la ejecución de programas culturales, deportivos y de recreación dirigidos a niños y adolescentes. Los municipios canalizarán los recursos y ejecutarán programas con la colaboración y concurso de la sociedad civil y de las organizaciones sociales."

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

libertades políticas, demandan en última instancia no sólo su promoción sino una prestación efectiva de parte del Estado. En esta perspectiva, el CNA establece responsabilidades y deberes que en su mayoría son generales y que deberán ser concretizados por el legislador y por la acción de las políticas públicas con el objeto de satisfacer los derechos de los niños y adolescentes.

Es importante entender que dentro de este contexto el Capítulo IV del CNA regula el régimen para el adolescente trabajador, desarrollando de esta manera el derecho al trabajo que consagra en su artículo 22⁽³²⁾, el cual estipula que el adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. Como requisito, esta disposición establece que el trabajo adolescente deberá realizarse cumpliendo con las disposiciones que al respecto desarrolla el Código, prohibiendo de manera expresa cualquier labor llevada a cabo mediante explotación económica, que importe un riesgo, o que afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o desarrollo físico o mental. De esta forma, las restricciones impuestas por el Código protegen la libertad de los adolescentes y las dimensiones de educación y salud que configuran componentes esenciales de su desarrollo integral.

De forma más precisa, el artículo 48 del capítulo IV del Código -sobre el Régimen para el Adolescente Trabajador-, desarrolla los supuestos que protegerá con la garantía de derechos y obligaciones especiales a favor de los adolescentes trabajadores. A diferencia del Derecho Laboral, aquí se incorporan los casos tanto de trabajo subordinado, como de trabajo independiente, incluyéndose además los trabajos por cuenta propia o cuenta ajena. Más allá de este rasgo distintivo, el que termina por describir la racionalidad que subyace a este nuevo concepto de “trabajo adolescente” es la incorporación a este sistema de protección de aquellos adolescentes que

desempeñen labores domésticas y trabajo familiar no remunerado.

Sin duda es positivo que el Código no se haya inspirado en las categorías del trabajo protegido por el Derecho Laboral para determinar qué clase de trabajo va a ser el protegido por el régimen para el adolescente trabajador. Las consecuencias de esta elección son fundamentales porque la seguridad social⁽³³⁾ que se establece en el artículo 64 se encuentra dirigida a todos los supuestos antes mencionados, resultando una protección universal donde el criterio para escoger a los beneficiarios responde a la actividad de los adolescentes de prestar un servicio concreto que excluye, al menos durante el tiempo que se ejecuta, la posibilidad de realizar otras actividades, dentro de las que se encuentran las ligadas su desarrollo integral.

En el caso del trabajo adolescente esta integración de todas las actividades de prestaciones de servicio como parte de un sistema de protección estructurado bajo la lógica tutelar de los del Derechos Sociales no entraña mayores dificultades a diferencia de lo que ocurriría si es que lo propio se hiciera en el ámbito del Derecho Laboral respecto de todas las prestaciones de servicio de carácter económico. Esto se debe a que en este último caso, incluir las actividades elaboradas de forma independiente que se regulan por el Código Civil, haría que éstas resulten mucho más costosas y por lo tanto socavaría uno de

(32) Artículo 22.- del CNA. Derecho a trabajar del adolescente.- “El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”

(33) Artículo 64.- del CNA. Seguridad Social.- “Los adolescentes que trabajan bajo cualquiera de las modalidades amparadas por esta Ley tienen derecho a la seguridad social obligatoria, por lo menos en el régimen de prestaciones de salud. Es obligación de los empleadores, en el caso del trabajador por cuenta ajena y del trabajador doméstico, y del jefe de familia, en el caso del trabajador familiar no remunerado, cumplir con estas disposiciones.” Los adolescentes trabajadores independientes podrán acogerse a este beneficio abonando sólo el 10% de la cuota correspondiente al trabajador de una relación de trabajo dependiente.



Edward Dyer Cruzado

los elementos más determinantes por el que son escogidas en el mercado; lo cual culminaría exigiendo, a su vez, una flexibilización en el régimen laboral que no es deseable.

Retomando las características de las distintas actividades de trabajo que entran a ser protegidas por este sistema impregnado de la lógica tutelar del Derecho Laboral, es fácil constatar que se han escogido aquellas labores que los adolescentes realizan -incluso sin una contraprestación a cambio- y que significan un costo de oportunidad respecto a la ejecución de otras actividades que a esa edad resultan trascendentales y que pueden comprometer sus derechos a la educación o al ocio. El hecho mismo de ejecutar estas actividades, susceptibles de ser valoradas económicamente, puede poner en riesgo estos derechos que se dejan de ejercer u otros derechos, como el derecho a la salud, como consecuencia de realizar actividades peligrosas. Con el propósito de que esto no ocurra el CNA ha establecido algunos límites respecto a (i) la edad mínima para realizar actividades específicas; y, (ii) al modo en el que se ejecutan estas actividades; nos referimos a la jornada de trabajo y a los derechos de facilidad de asistencia a la escuela.

Por otro lado, y vinculado a los requisitos de admisión a este esquema de protección, el criterio de edad ha sido recogido en el Código con el propósito de vetar la realización de algunas actividades consideradas no idóneas a un sector definido de los adolescentes. De esta forma, el artículo 51 establece para el caso del trabajo por cuenta ajena o en relación de dependencia lo siguiente: (i) las labores agrícolas no industriales sólo podrán ser realizadas por adolescentes que cuenten como mínimo con quince años, (ii) las labores industriales, comerciales o mineras sólo podrán ser llevadas a cabo por adolescentes que tengan dieciséis años como mínimo; y, (iii) las labores de pesca industrial sólo por mayores de diecisiete. Para el caso de las demás modalidades -las llevadas a cabo por cuenta propia o de

manera independiente- el Código indica doce años como edad mínima.

Aunque parezca difícil de creer, los límites recogidos por el CNA no se ajustan a las disposiciones internacionales sobre esta materia. De acuerdo al artículo 2 del Convenio 138 de la OIT la edad mínima de admisión al empleo es de 15 años como regla general. De manera excepcional, para el caso de países cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados, la edad mínima de admisión podrá ser de 14 años⁽³⁴⁾, aunque sólo de manera temporal. Los Estados que adopten esta edad están obligados a declarar mediante memorias que la razones para haberse acogido a esta regla excepcional siguen existiendo, y además deberán argumentar que dicho estado de cosas subsiste, debiendo justificar la política adoptada.

El problema con el artículo 51 del CNA es la posibilidad que deja abierta, que menores de 14, pero mayores de 12 años, realicen actividades de trabajo amparadas y protegidas por un sistema de lógica Laboral, que se encarga de fortalecer ciertos derechos para asegurar la continuidad del menor en el puesto de trabajo. Fuera de la colisión con la norma internacional, el artículo 51 presenta graves problemas al otorgar el derecho a los mayores de 12 años que trabajen de manera independiente o por cuenta propia, de realizar las mismas actividades que en contextos de trabajo opuestos -por cuenta ajena y de manera dependiente- no se les reconoce.

(34) No debe pasar desapercibida la idea que fundamenta esta excepción. El Convenio reconoce como razón suficiente para flexibilizar el ingreso del menor al mundo del trabajo a las condiciones económicas y de educación de cada país. En este caso el Convenio se está refiriendo a circunstancias sociales que justifican una temprana inserción en el mundo laboral, debiendo entenderse que esta incorporación no es una simple permisión, sino más bien una incorporación en el seno de un esquema legal suficientemente protector de la nueva situación jurídica del menor: el Derecho Laboral; o en el caso peruano su sucedáneo en materia de trabajo adolescente: el Régimen de Trabajo del Adolescente. No cabría pensar en una mera permisión de actividades de laborales de facto, por cuanto esta salida significaría no sólo la tolerancia sino la promoción de una situación vulneradora de derechos fundamentales dentro de los que se encontrarían el libre desarrollo, la educación, la salud y el propio derecho al trabajo.

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

Trabajar con un caso hipotético podría ayudarnos a entender mejor las consecuencias de ambas regulaciones. Supongamos que Bruno es un niño de doce años que vive en una zona rural en la sierra del Perú y que luego de regresar del colegio ayuda a sus padres en las tareas del campo, pastando a los animales una hora al día, todos los días de la semana. De acuerdo con el Convenio 138 y suponiendo que no existan dudas conceptuales al definir estas labores como trabajo familiar por cuenta propia -y por tanto no remunerado- la tarea realizada por Bruno se encontraría proscrita. Al menos fuera de cualquier sistema que se inspire bajo la lógica del Derecho Laboral o Derecho Social que regula actividades de trabajo prestado por cuenta ajena.

En última instancia y aunque la actividad realizada por Bruno sí encuentre protección de carácter jurídico-laboral en el CNA, lo cierto es que al reconocer la primacía del Convenio Internacional sobre el CNA, dicha actividad se encuentra jurídicamente desprotegida en nuestro ordenamiento, en el sentido de que se encuentra excluida de su incorporación en el sistema de protección antes mencionado. Este resulta ser un perfecto ejemplo de cómo disposiciones internacionales incorporadas con las mejores intenciones terminan por

generar un marco de desprotección en lugar de hacer lo contrario. Nos encontramos ante situaciones que terminan por demostrar que la idea original que inspira una prescripción internacional, suele estrellarse contra una realidad distinta y que la supera.

Esta situación es sin duda una manifestación del multiculturalismo dentro del cual debe luchar el Derecho Internacional para no perder sentido, y sin duda también el Derecho Constitucional de los Estados para garantizar los derechos fundamentales de las personas⁽³⁵⁾. El concepto en el mundo andino de esa ayuda en las labores que realiza nuestro hipotético Bruno es totalmente diferente del que se imaginan muchos abogados y juristas. El desarrollo de estas tareas es visto como parte de su desarrollo formativo, como un vehículo que le proporcionará las habilidades necesarias para desempeñarse adecuadamente en la vida económica en su adultez⁽³⁶⁾. No debe olvidarse que en el caso de Bruno damos por

(35) En un escenario complejo, estas diferencias pueden basarse en concepciones más profundas respecto a las relaciones sociales que involucran al menor y a la familia. En contextos como el nuestro, las comunidades que cuentan con una visión del mundo propia y distinta a la recogida en las disposiciones producidas por el aparato estatal, tienden a cuestionar la idea misma del Estado-nación a través de la reivindicación de su “visión del mundo”, y de manera más concreta, a través de diferentes derechos colectivos. Siguiendo a DE SOUSA en esta idea, cabe aclarar que “lejos de ser pre-estatal o pre-moderna, la reivindicación de derechos colectivos y de autogobierno apunta a formas de Estado y de obligación política por-liberales o aún posmodernas, a nuevas intermediaciones no corporativas entre el Estado y los ciudadanos y a distribuciones más equitativas de la igualdad y la diferencia”. De SOUSA SANTOS, Boaventura. *El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena*. En: El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Tomo II. Boaventura de Sousa Santos y García Villegas, Mauricio Editores. Bogotá: Universidad de los Andes, 2004. pp. 209-210.

(36) Un análisis sobre el trabajo infantil en los Andes que recomendamos es el elaborado por Walter Alarcón, de próxima publicación. Algunos resultados de su investigación pueden encontrarse en: http://www.google.com.pe/search?hl=es&q=walter+alarcon+el+trabajo+infantil+en+los+Andes&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai. Alarcón indica que en las comunidades campesinas todos los integrantes de la familia aportan de alguna manera al sostenimiento del hogar y que el trabajo en el que participan los menores surge de manera natural. Dicha actividad comienza a edad temprana en forma de juegos y de forma paulatina los menores van asumiendo responsabilidades de acuerdo a su fuerza. Sin embargo, también nos advierte del problema de idealizar el trabajo en los andes. No debe pasarse por alto que esta actividad implica muchas veces algunos riesgos para los menores. En este sentido, las políticas públicas deben reconocer las particularidades económicas y culturales propias de las comunidades campesinas y los derechos que en su interior existan, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales de los menores. Un claro límite a estos derechos de las comunidades vendría establecido por la protección de los derechos a la salud y educación de los niños y adolescentes, quienes en última instancia deben gozar de los derechos a realizar estas actividades de trabajo, siempre que no se pongan riesgo los derechos fundamentales antes mencionados.



Edward Dyer Cruzado

asumido que la actividad que realiza no pone en peligro ni su salud, ni educación ni su derecho a participar del deporte y del ocio⁽³⁷⁾.

Si analizamos la lógica que subyace a este sistema de protección, tomando en consideración a los derechos a la remuneración⁽³⁸⁾, a la seguridad social y el de ejercicio de derechos laborales colectivos, resulta inevitable comparar este régimen especial con el régimen laboral general. Aunque las relaciones de trabajo que tutelén excedan en algunos supuestos la clásica relación laboral que se distingue por su carácter de subordinación, es innegable que este régimen especial no sólo comparte la racionalidad interna del Derecho Laboral, sino que además establece una serie de derechos propios de este sistema de protección del trabajador.

Se configura de esta manera una situación particular con consecuencias prácticas importantes -dependiendo del enfoque que se use para caracterizarla jurídicamente- al tratar de responder la siguiente pregunta: ¿se deben aplicar los principios del Derecho Laboral e incluso las reglas de este Derecho a los casos que se presenten ante la instancia jurisdiccional, a todo tipo de trabajo adolescente? Un razonamiento deductivo formal, sin duda presuroso, nos empujaría a la siguiente conclusión: en tanto la relación de trabajo descrita no se ajuste a los elementos esenciales de la relación laboral descritas en la Ley⁽³⁹⁾ pertinente, no se puede considerar a esta situación como una relación laboral digna de tutela especial.

La tensión se encuentra en el hecho de que a pesar de que algunas situaciones tuteladas por el régimen especial de trabajo adolescente formalmente carecen del elemento de subordinación, ya que como enseña la doctrina laboralista, el trabajo objeto de protección es aquel trabajo humano productivo, por cuenta ajena y libre que se preste en forma subordinada, estas son tratadas con las mismas medidas

protectoras que las otorgadas por la legislación laboral "clásica".

Por lo tanto, un argumento a favor de esta salida podría ser siguiente: si el trato que reciben estas relaciones de trabajo -las del adolescente trabajador- se encuentra identificado con el contenido de la regulación que es propia del Derecho Laboral, entonces resolver casos prácticos apelando a los principios y reglas laborales no sería un despropósito, sino una estricta aplicación analógica de Derecho entre el cuerpo de normas desarrolladas en una ley "X" a un supuesto concreto, que en principio se encuentra regulado por una ley "Y", pero que vendría a ser complementado por "X" en tanto ambos sistemas comparten la misma racionalidad, el mismo objeto y sobre todo el mismo fundamento principialista.

Sobre este último punto debe recordarse que el trabajo es reconocido en nuestra Constitución, a través del artículo 22, como un deber y como un derecho que resulta base del bienestar social y medio para la realización de la persona. Como tal, el trabajo se encuentra protegido a este nivel a través de un derecho a la remuneración mínima (artículo 24), una jornada adecuada que le procure un descanso suficiente (artículo 25) y una serie de derechos colectivos (artículo 28) que permita a los trabajadores conseguir mejoras en las condiciones en las que desempeñan su labor. De esta manera la Constitución observa ámbitos de la vida social del trabajador que reconoce como sensibles o críticos y que pueden estar sujetos a cierta dominación por

(37) Aunque este último derecho no se encuentre mencionado en el Capítulo IV del CNA debe ser incluido en el análisis de casos relativos al trabajo adolescente desde que forma parte integrante de su derecho al desarrollo integral. No debe olvidarse que además se encuentra reconocido positivamente en el mismo Código, a través del artículo 20. Respecto a la garantía de los demás derechos el Capítulo IV establece dos requisitos fundamentales: (i) de un lado, en el artículo 55 se establece que los adolescentes serán sometidos periódicamente a exámenes de salud para garantizarles este derecho; y, (ii) que la autorización del trabajo adolescente debe hacerse sólo si se garantiza su asistencia regular a la escuela.

(38) Nótese que no se usa el término "contraprestación", como suele usarse en las relaciones civiles o mercantiles.

(39) Se trata del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728. Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

parte del empleador. En función a este escenario negativo y posible es que se establecen estas reglas y otros principios que se encuentran encaminados a fortalecer la posición del trabajador en una relación desigual como es la relación laboral, para que en efecto signifique en la práctica ese medio para la realización de la persona.

4. El trabajo de menores que se encuentra prohibido

Dentro del conjunto de actividades relacionadas al trabajo de menores que se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran las denominadas “peores formas de trabajo infantil”; y, el “trabajo peligroso”. Prohibir un tipo de trabajo no es cosa que deba pasar por agua tibia. Al prohibir una conducta el Estado se atribuye la capacidad para reprimir las acciones que contravengan esta disposición. Estamos pues ante un tema delicado que merece ser analizado cuidadosamente. Nos interesa sobre todo resolver la pregunta acerca de si los niños cuentan con algo así como un derecho a trabajar o si, por el contrario, les está prohibido. Esto se debe a que definir una clase de trabajo como prohibido traerá como consecuencia que el aparato estatal se encuentre facultado -siempre y cuando esta prohibición no vulnere algún precepto constitucional- para perseguir y coaccionar a las personas con el propósito que se abstengan de practicar dichos trabajos; limitando de esta manera su esfera de libertad.

“Las peores formas de trabajo infantil” es una categoría de trabajo desarrollada por el Convenio 182 de la OIT. No es pertinente analizar cada una de sus disposiciones ni resulta necesario hacerlo para comprender la clase de intervención que este Convenio invoca a los Estados que lo ratificaron. De acuerdo al artículo 1 del Convenio, el Estado deberá llevar a cabo medidas eficaces para eliminar las peores formas de trabajo infantil. Las peores formas, de acuerdo al artículo 3, son las siguientes: (i) toda forma de esclavitud o análoga de esclavitud, (ii) la utilización o reclutamiento de menores para la prostitución, producción de pornografía o actuaciones pornográficas, (iii) la utilización o reclutamiento de menores para realizar prácticas ilícitas, en especial tráfico de estupefacientes; y, (iv) el trabajo que por su naturaleza

comprometa la salud, seguridad o moral del menor.

Las tres primeras modalidades de trabajo identificadas como peores formas de trabajo infantil no son en realidad, o no pueden ser consideradas como, “trabajo”. Todas ellas se encuentran proscritas en la mayoría de ordenamientos a nivel internacional y en el nuestro particularmente, son consideradas delitos; con lo cual -al menos desde un punto de visto normativo-, el discurso que maneja el Derecho es uno de abierta represión. La última modalidad es una regla que contiene una pluralidad de supuestos abiertos. Cualquier actividad o servicio que cualquier menor de edad realice en la que se vean comprometidas su salud, o su seguridad o su moral, quedará terminantemente prohibida y, por lo tanto, el Estado contará con plenas facultades para reprimir la reproducción de esta clase de trabajos.

Respecto a esta clase de actividades, el inciso 1 del artículo 3 del Convenio estipula la responsabilidad de los Estados de determinar y desarrollar una lista de los trabajos que resulten peligrosos para la salud, seguridad y moral de los menores; con lo cual la indeterminación inicial vendría a ser “resuelta” mediante la actividad legislativa. Cumpliendo con lo dispuesto por el Convenio, el 19 de abril de 2010 se promulgó el Decreto Supremo 003-2010-MIMDES, el cual desarrolla la relación de Trabajos Peligrosos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Integral y la Moral de las y los Adolescentes.

Aunque la lista enumera apropiadamente⁽⁴⁰⁾ una serie de actividades que evidentemente resultan nocivas para la salud y la integridad de los menores, no puede dejar de observarse

(40) No sería apropiado reproducir toda la lista de los trabajos considerados peligrosos, pero sí vamos a rescatar algunos casos que pueden considerarse límite, por cuanto resultaría razonable de ser realizados por, al menos, adolescentes de dieciséis años. Tal es el caso por ejemplo del trabajo en “transporte público interurbano”, o “trabajo doméstico” que se realiza en casa



Edward Dyer Cruzado

el grave error que se comete al dirigir esta prohibición únicamente a los adolescentes y no incluir a los niños y niñas como lo establece el Convenio Internacional.

La razón que puede estar detrás de esta decisión es la consideración de que en efecto todo trabajo realizado por menores de 12 años se encuentra prohibido y por lo tanto puede ser reprimido y perseguido por el aparato estatal. Como veremos, esta posición es insostenible y por lo tanto se comete un error que sin embargo, en nada exime al Estado de reprimir aquellas actividades que lleven a cabo menores de 12 años donde se arriesguen su salud, seguridad o moral, con lo dificultoso que puede resultar volver operativo este último concepto.

5. ¿Tienen los menores de doce años un derecho subjetivo a trabajar?

La pregunta acerca de si una persona “A” tiene el derecho subjetivo “Z” puede ser analizada normativamente desde dos perspectivas: la ético-filosófica y la jurídico-dogmática. La primera se pregunta por qué “A” tiene o no el derecho “Z”, al margen de la validez de un ordenamiento jurídico positivo. La segunda aproximación toma en cuenta las normas válidas de un ordenamiento, aunque sin duda las cuestiones ético-filosóficas también pueden jugar un papel importante en esta dogmática de los derechos subjetivos. En última instancia sin embargo, la última aproximación no puede evadir la cuestión de lo que resulta válido según un ordenamiento determinado.

Desde un punto de vista analítico todo enunciado normativo resulta particularmente relevante en tanto estipula cualificaciones sobre personas o acciones que, en su versión más compleja, pueden devenir en enunciados a través de operadores triádicos, colocando a una persona “A” en una

posición específica respecto a un tercero, como por ejemplo: “A” tiene el derecho a que “B” realice “s”. Más allá de tratar de aventurarse a definir de forma exacta los alcances de la noción de derecho subjetivo, Robert Alexy decide reconocer que esta noción hace referencia a una pluralidad de posiciones y que lo útil resulta clasificarlas para facilitar su estudio⁽⁴¹⁾.

Alexy clasifica de manera general esta pluralidad de posiciones en: (i) derechos a algo, (ii) libertades; y, (iii) competencias. El esquema de la composición de un derecho a algo ya ha sido esbozado en el párrafo precedente. Para trabajar sobre el problema que nos convoca resulta conveniente determinar qué diferencias existiría de establecerse un derecho al trabajo o un mero permiso a trabajar, entendido como tener la libertad reconocida por el ordenamiento jurídico de hacerlo. El concepto de competencia no resulta relevante a propósito del presente análisis por lo que no será desarrollado.

Contrariamente a lo que se podría pensar, el derecho al trabajo no es un mero *ius in rem*, entendiendo que a través de dicha disposición existe una relación entre el sujeto titular del derecho y un objeto: “el trabajo”. Ver esta relación no es más que una simplificación de un conjunto de derechos a algo, de libertades y/o de competencias. El derecho al trabajo involucraría el derecho de su titular a exigir la intervención del Estado frente a la intromisión de un tercero que violenta el

de terceros o los trabajos que se realicen en las vías públicas, sobre el que volveremos más adelante. Todos estos ejemplos se encuentran dentro del apartado “B” del Decreto Supremo.

(41) Alexy ha rescatado las posiciones tradicionales que la dogmática jurídica ha manejado para conceptualizar lo que se entiende por derecho subjetivo, llegando a la conclusión de que tanto la teoría del interés de Jhering, como la teoría de la voluntad de Bentham son “enunciados sobre razones para el derecho” y que no ayudan necesariamente a dilucidar qué es un derecho subjetivo. En lugar de fijar su atención sobre el desarrollo de estas ideas rescata la noción de Kelsen respecto a que el derecho subjetivo no puede ser entendido sin estar vinculado al concepto de “poder” hacer cumplir un deber existente; aunque ciertamente lo hace rescatando la funcionalidad de esta idea. Al respecto véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. pp. 173-185.

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

ejercicio de este derecho, así como a exigir que el Estado promueva y promocióne el derecho a trabajar a través de una serie de medidas que involucren la puesta en marcha de prestaciones a través de la administración estatal. Por supuesto también emana de este derecho al trabajo el deber del Estado a no interferir en el trabajo de las personas. Como queda evidenciado, el derecho al trabajo entraña una serie de acciones negativas y positivas que garanticen su plena eficacia.

Respecto a la noción de libertad jurídica para “realizar una conducta” cabe precisar lo siguiente. Si bien comúnmente se entiende que algo está “permitido” cuando por ejemplo, le está jurídicamente permitido a alguien tanto trabajar, como no hacerlo, Alexy se encarga de desarrollar la distinción existente entre las dos ideas diferentes de libertades: las protegidas y las no protegidas.

Una libertad no protegida sería aquella que entraña una conducta que ni está proscrita ni se encuentra compelida a realizarse. Por ello, carece de toda protección frente a terceros. Sin embargo, existe un matiz importante. Las conductas permitidas a nivel constitucional, que además pueden existir solo en virtud de haber sido expresamente formuladas por la Constitución, cuentan con una prerrogativa particular ya que a través de esta cualidad especial que le confiere la Norma Fundamental, dichas conductas quedan protegidas contra cualquier intromisión externa del legislador que pretenda establecer un mandato o una prohibición ahí donde se reconoce una permisión fundamental.

Por su parte, las libertades protegidas por la Constitución poseen la particularidad de contener “un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas”⁽⁴²⁾. Estas libertades pueden ser protegidas en sentido negativo, encontrándonos frente a la conjunción de una libertad no protegida y un derecho al no estorbo de acciones,

por parte del Estado. Mientras que en sentido positivo y según Alexy, podría estar dividida en una protección de carácter fáctico -incluyendo la prestación efectiva por parte del Estado- y una protección frente a la intromisión de terceros. En última instancia la protección del Estado frente a terceros implica también una prestación efectiva. Aunque el autor señale que esto se logra mediante la promulgación de normas penales⁽⁴³⁾ o de carácter represivo, no deja de ser menos cierto que dichas normas sólo se hacen efectivas cuando el Estado realiza una prestación y moviliza a sus agentes para reprimir de facto la conducta proscrita. Por lo tanto esta última distinción esbozada por Alexy no resulta sostenible.

Luego de haber expuesto, de forma resumida, el marco teórico de los derechos subjetivos fundamentales y antes de reflexionar acerca de si los niños y niñas cuentan con un derecho subjetivo a trabajar en nuestro ordenamiento, debe quedar esclarecida la duda respecto de si existe alguna disposición vigente que prohíba dicha actividad. Como se mencionó, el Convenio 138 de la OIT regula la edad mínima de admisión al trabajo, estableciendo como regla general la edad de quince años y como excepción para el caso de los países cuyas economías no se encuentren desarrolladas, la de catorce. El artículo 7 de dicho Convenio establece otra excepción refiriéndose a los trabajos ligeros, los cuales podrán ser desempeñados por menores que tengan como mínimo trece años⁽⁴⁴⁾. Se entiende por trabajo ligero aquél que no perjudica ni la salud, ni el desarrollo, ni la asistencia a clases de los adolescentes. Estas restricciones ya se

(42) ALEXY, Robert. *Op. cit.*; p.225.

(43) ALEXY, Robert. *Ibid.* p.226.

(44) Convenio 138 de la OIT. Sobre la edad mínima. Artículo 7°.- 1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos: a) no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y b) no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.



Edward Dyer Cruzado

encuentran en el CNA a modo de límite infranqueable para cualquier trabajo que realice un adolescente, por lo que estos criterios no aportan nada que sirva para diferenciar el concepto de trabajo ligero respecto del resto de trabajo adolescente.

Más allá de este problema conceptual, la pregunta que nos interesa resolver es si el establecimiento de ese mínimo para acceder al derecho a trabajar significa, *contrario sensu*, que los menores de trece años se encuentran prohibidos de realizar cualquier forma de trabajo. Como se había adelantado anteriormente, esta posición es insostenible. El límite establecido sobre la admisión al trabajo adolescente es un límite que se refiere al acceso a un sistema de protección que garantice y promoció ese derecho, o en otras palabras, significa un mínimo para que los titulares de ese derecho gocen del esquema de protección propio del Derecho Laboral o del Derecho Social vinculado al trabajo. Por lo demás y desde un análisis lógico, debe quedar claro que establecer una regla que sostenga que “todos los mayores de 13 años gozan del derecho a “X”, no significa que se encuentre prohibida la realización *de facto* de la conducta “c”, que -a efectos prácticos- engloba el objeto de “X”. Para que esto sea válido será necesario que el ordenamiento promulgue una regla que prohíba de forma expresa “c”⁽⁴⁵⁾.

Como volvemos a destacar, no solo resulta imposible desprender de manera lógica una prohibición bajo el uso indiscriminado del criterio interpretativo *contrario sensu*, sino que la interpretación que se haga del Convenio 138 debe tratar de incorporar una aproximación sobre el fin que este Convenio persigue. Del artículo 1 del Convenio queda esclarecido que lo que se trata de perseguir es la erradicación efectiva del trabajo infantil, aunque a través de una política nacional y no por medio de la promulgación de una norma utópica y sin sentido que espera encontrar en la prohibición la respuesta definitiva a un problema social complejo. El propio artículo sostiene lo referido al estipular: “Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se *compromete a seguir*

una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños (...)”⁽⁴⁶⁾.

Esta salida interpretativa se consolida cuando se revisa lo dispuesto por la Constitución y por el CNA sobre el trabajo infantil. Empezando por la norma de menor jerarquía debemos señalar que el Código, en el Capítulo II sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el deber del Estado de garantizar modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los niños y adolescentes que trabajan, asistir regularmente a sus centros de estudio. Al incluir a los niños como destinatarios de la protección especial del Estado, se está reconociendo una posición respecto de este problema social, que creemos, es la adecuada.

La posición que establece el Código es una que reconoce el grave problema social de trabajo infantil y lo enfrenta, tratando de garantizar el derecho a la educación de los menores que se ven en la necesidad de trabajar. La diferencia respecto al caso de los adolescentes es que para los niños no se prevé un sistema integral de protección que garantice la continuidad de estos en la relación de trabajo. Antes bien, el respeto de los demás derechos consagrados en la Constitución y en el propio Código demandan del Estado la puesta en prácticas de políticas públicas que garanticen el desarrollo integral de todos los niños, en especial de los que se encuentran en una situación de vulneración.

Por su parte, la Constitución establece en su artículo 23 el deber del Estado de proteger de

(45) En otras palabras, el derecho a “X” excede a “c”. El derecho a “X” es un derecho a contar con esquema de protección bajo la racionalidad del Derecho Laboral o Derecho Social vinculado al trabajo, mientras que “c” es la realización de la conducta calificada como trabajo, sin más. Aun si no se compartiera esta interpretación, bajo ningún punto de vista el otorgamiento de un derecho a “X” entraña en sí mismo la prohibición de realizar la conducta que forma parte del contenido de “X”. La diferencia radicaría en que una persona puede realizar *de facto* “c”, pero no puede hacer exigible “X” ante un tribunal.

(46) El resaltado del artículo 1 del Convenio 138 es nuestro.

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

manera especial a la madre, al menor de edad y al impedido, que trabajan⁽⁴⁷⁾. Esta directriz debe ser entendida de manera que garantice los derechos de los niños; no cabría otra interpretación. Cuando se establece el deber de protección no cabe asumir que la protección debe ser una que incorpore la lógica del Derecho Laboral o Derechos Sociales vinculados al trabajo, los cuales buscan promocionar y mejorar la situación de los que trabajan para alentar la continuidad de la relación de trabajo. La manera idónea de proteger integralmente al niño que trabaja es otorgándole todos los servicios sociales necesarios para que no trabaje; de forma concreta, a través de programas sociales.

Aún si la Constitución no contara con la disposición del artículo 23, existen otros derechos reconocidos cuya defensa y real eficacia pueden ser concebidos, dados ciertos contextos de escasez y necesidad, como correlativos de obligaciones estatales. De esta forma, el derecho a la salud⁽⁴⁸⁾, a la educación⁽⁴⁹⁾ y el derecho al libre desarrollo y al bienestar⁽⁵⁰⁾ con el que cuentan todos los niños, demandaría de parte del Estado una serie de prestaciones efectivas que los garanticen y por lo tanto, en un escenario respetuoso de los derechos fundamentales de los niños, estos no se verían expuestos a la necesidad de trabajar. Esta idea, sin embargo, merece ser mejor desarrollada para comprender la postura que propondremos acerca del trabajo infantil.

Nuestra posición respecto al derecho del niño a trabajar se encuentra fundamentada en la situación real y extrema que el menor se ve compelido a enfrentar. Diversos trabajos

académicos realizados desde la economía han expuesto importantes evidencias, recogidas en diferentes países del mundo, que demuestran que el trabajo infantil es preponderantemente consecuencia de necesidades materiales antes que producto de la indiferencia de los padres respecto al desarrollo o bienestar de sus hijos.

Datos estadísticos muestran que, a escala global, el 25% de los menores en todo el mundo trabajaban en 1960, mientras que el promedio hacia el año 2000 cayó a 11%. Estos estudios demuestran que el decrecimiento en la tasa de trabajo infantil responde a la disminución del número de países con bajos ingresos per cápita. Por su parte, demuestran también que los países con ingresos per cápita altos tienden a usar poco a casi nunca los servicios de los niños, y que todo lo contrario sucede en los países de bajos ingresos⁽⁵¹⁾.

No es nuestro objetivo dar cuenta pormenorizada respecto a todos los factores que influyen en el uso de los servicios de los niños en la sociedad. Sin embargo, se recomienda revisar el Informe elaborado por Miguel Jaramillo⁽⁵²⁾ para manejar un panorama claro sobre las causas del trabajo infantil. Basta, por lo pronto, con indicar que

(47) Artículo 23.- de la Constitución Política del Perú. "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, a menor de edad y al impedido que trabajan. (...)".

(48) Artículo 7.- de la Constitución Política del Perú. "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)".

(49) Artículo 17.- de la Constitución Política del Perú. "La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita (...)".

(50) Artículo 2.- de la Constitución Política del Perú. (...) "1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)". Énfasis nuestro.

(51) Sobre estos datos estadísticos véase: GUNNARSSON, Victoria, ORAZEM, Peter F. y Guilherme SEDLACEK. *Changing Patterns of Child Labor around the World since 1950: The Roles of Income Growth. Parental Literacy and Agriculture*. En: *Child Labor and Education in Latin America, An Economic Perspective*. Editado por: ORAZEM, Peter F., SEDLACEK, Guilherme y Zafaris TZANNATOS. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

(52) JARAMILLO, Miguel. *Segundo Informe de avance. Modelo explicativo, magnitud de la condición de interés y caminos causales críticos. Consultoría para el asesoramiento y desarrollo del programa estratégico de trabajo infantil*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, abril de 2010.



Edward Dyer Cruzado

dicho Informe reafirma el diagnóstico que cuenta con un consenso casi universal, respecto a que la restricción en la liquidez familiar es la causa directa del trabajo infantil, aunque ciertamente no la única.

Antes de responder a la pregunta objeto del presente trabajo, es necesario hacer una última aclaración teórica. Si hablamos de un eventual derecho de los niños y niñas a trabajar, lo hacemos en el contexto de vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo y al bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución). No es posible hablar de un derecho universal de todos los niños a trabajar, en tanto que esa misma condición vulneraría su derecho a un adecuado desarrollo. El trabajo de niños y niñas debe ser erradicado, esa es la premisa de la que partimos y responde al hecho de que esta actividad no es idónea, sino que incluso entorpece el adecuado desarrollo de un menor.

El contexto en el cual este análisis emerge es un contexto de vulneración de derechos sociales, derechos que resultan plenamente exigibles al Estado y que demandan de este no un mero respeto negativo⁽⁵³⁾, sino una eficaz acción positiva que garantice su eficacia y su sentido constitucional. Como bien apunta Gerardo Pisarello, los derechos sociales pueden considerarse como derechos de libertad fáctica o real cuyo objetivo “sería satisfacer las necesidades básicas que permiten disfrutar de manera estable y sin intervenciones arbitrarias o abusivas de la propia autonomía⁽⁵⁴⁾”.

El caso concreto de los niños y niñas que se ven compelidos a trabajar por necesidad -este supuesto excluye la coacción de terceros y cualquier actividad que forme parte de “las peores formas de trabajo infantil”-, es un claro ejemplo del incumplimiento de los deberes del Estado respecto a los derechos sociales, ya que frente a un escenario de restricción de liquidez en la familia, la única forma en que no se perpetúe esta situación inconstitucional es través de la prestación efectiva de una subvención de parte del Estado. De cualquier otro modo el derecho de los niños y niñas a un desarrollo integral y a su bienestar quedarían determinados como meros privilegios y no como derechos fundamentales de corte social.

De esta manera, creemos que el artículo 23 de la Constitución estipula de forma expresa, en términos de Alexy, la permisión o la libertad no protegida -pero si garantizada frente a eventuales intromisiones del legislador⁽⁵⁵⁾- de los niños y niñas a trabajar, siempre y cuando se encuentren frente en una situación de necesidad o, para llamar a las cosas por su nombre, siempre que sufran de pobreza y se encuentren ante la ausencia de una alternativa idónea ofrecida por el Estado o un tercero

(53) Sobre la concepción de deberes negativos como integrantes esenciales de los derechos sociales es interesante la crítica que realiza Lucas Grosman a Víctor Abramovich y Christian Courtis (sobre las ideas que desarrollan en: *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.), al sostener que la violación del deber del Estado de no interferir en los derechos sociales de las personas es una violación aparente, en tanto, la verdadera vulneración se encuentra en la ausencia de una acción positiva que garantice esos derechos. La mayoría de derechos vulnerados por incumplimiento del deber del Estado de abstenerse de dañarlos están vinculados a los clásicos derechos de libertades políticas: vida, integridad, libertad de desplazamiento; mientras que los derechos sociales se distinguen porque son vulnerados sistemáticamente, precisamente, a través de la omisión. Con esto Grosman no quiere negar que el Estado pueda violar un derecho social a través de la acción positiva, sino que desea enfatizar que estos deberes negativos no son esenciales y en la práctica constituyen la manera menos común en la que se vulneran los derechos sociales. Véase: GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería, 2009. p. 20.

(54) PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007. p. 45.

(55) Sobre el sentido que tiene hablar de permisos fuertes o libertades protegidas en contextos de jerarquías de autoridades, se recomienda: ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pp. 215-238. La idea central sobre su utilidad práctica sería que los permisos en sentido fuerte, que han sido expresamente establecidos por la autoridad superior -en nuestro caso la Constitución-, “pueden ser interpretados como un rechazo anticipado de las prohibiciones correspondientes (...)” de la autoridad inferior -en nuestro caso todas las demás disposiciones normativas-. ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN *Ibid.* p. 237.

Apuntes críticos sobre la prohibición del trabajo infantil

que repare dicha situación extrema. Estaríamos pues ante un derecho de emergencia que debe ser erradicado, aunque de forma exclusiva a través del otorgamiento de prestaciones eficaces que remuevan las necesidades que estas familias y estos niños buscan sortear mediante el trabajo precario.

Sin embargo, una comprensión integral no solo del problema social del trabajo infantil, sino de los derechos consagrados en la Constitución a favor de los niños y niñas, nos lleva a la conclusión de que en nuestro ordenamiento no existe solo la mera permisión o libertad no protegida, sino un derecho subjetivo garantizado por el Estado a que estos niños trabajen, siempre y cuando no se encuentren desprovistos de los medios necesarios para satisfacer su propio bienestar y desprotegidos de programas sociales idóneos que les procuren una vida con los recursos indispensables. Este derecho encuentra su fundamento en el propio inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, en tanto que la acción de trabajar representa el único medio o el único recurso con el que eventualmente cuentan para procurar su subsistencia. La integridad física, el libre desarrollo y el bienestar de estos menores se encuentran de por sí en una situación de vulneración, al no ser atendidos ni garantizados por el Estado. Ante esta situación extrema, resulta evidente y razonable que ellos mismos sean los que busquen algún sustento que les procure el mínimo bienestar o, como en muchos casos, la supervivencia.

La diferencia radicaría no en que el Estado se encuentra en la obligación de brindar un esquema de promoción y garantía de la relación de trabajo desde la racionalidad del Derecho Laboral o del Derecho Social vinculado al trabajo, sino que se encuentra obligado a: (i) no promulgar una ley que prohíba el trabajo de menores, que le permita en última instancia ejercer la fuerza pública para sacar de las calles y de los centros de labores a los menores que buscan trabajar para sobrevivir; y, (ii) intervenir en el caso de que un tercero entorpezca o dificulte el trabajo realizado por estos menores. Estas obligaciones

resultan secundarias y las rescatamos sólo con el propósito de evitar un abuso mayor de parte del Estado, quien en este escenario, más allá de que cumpla con estas obligaciones negativas, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de las niñas y niños al no garantizar mediante prestaciones efectivas los derechos mencionados en el párrafo precedente⁽⁵⁶⁾. Debe quedar claro, para que esta postura no sea malinterpretada, que el principal deber del Estado es que esta situación social que empuja a que los menores trabajen no llegue a configurarse, y si esto sucede, se encuentra obligado en primer término, a brindar medidas eficaces para retirar a los menores de este escenario vulnerador de sus derechos fundamentales.

Los deberes estatales deducidos en las líneas precedentes no deben ser interpretados como un argumento en favor de la promoción del trabajo infantil; esto sería lo último que quisiéramos dar a entender. El trabajo infantil debe ser erradicado y la única forma de hacerlo es mediante la ejecución de políticas públicas idóneas que ataquen las principales causas de este fenómeno. La proscripción de cualquier conducta indeseable, es una medida complementaria, que además debe observar siempre que su efectiva aplicación por parte de los operadores jurídicos no conlleve la vulneración de otros derechos fundamentales, como en este caso lo sería la misma subsistencia de las familias en extrema pobreza.

Por otro lado, existen dos excepciones a este derecho a trabajar de los niños y niñas

(56) Aunque no ha sido nuestro objetivo trazar una relación teórica entre el Derecho y el Desarrollo, no se puede negar que la discusión sobre el trabajo infantil se encuentra inserta en aquél tópico académico. Al respecto nuestra posición se asemeja a la esgrimida por Twining, y a la cual denomina *Legal nationalism*. Según esta postura: "(...) *legal rules need to be imbricated with ideas of equity, fairness, and concern for basic rights. Of itself, law does not cause development to happen; and if it contributes at all to conditions that can result in lowering infant mortality or creating jobs or preventing famines or stablishing universal primary education, such contributions vary according to context, and, if relevant at all, may equally well be negative and positive*". TWINNING, William. *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p.334.



Edward Dyer Cruzado

en contextos de pobreza. La primera está representada por aquellas actividades que están prohibidas por resultar altamente peligrosas para la salud e integridad de los menores. De esta manera, la primera restricción a este derecho excepcional lo constituyen las peores formas de trabajo infantil. La segunda excepción, que resulta importante hacerla explícita a pesar que se encuentre presente en los requisitos del mismo derecho, hace referencia a la prestación efectiva e idónea del Estado o de un tercero que repare la situación de escasez del menor. Basta que le sea ofrecida una alternativa idónea a sus necesidades, para que el menor

no pueda “oponer” este derecho de emergencia⁽⁵⁷⁾.

Aunque nos hemos centrado en el problema del trabajo infantil originado en estados de necesidad, es decir, como respuesta de los propios menores y de su familia ante circunstancias de pobreza extrema, no podemos dejar de mencionar que también les asiste un derecho a trabajar a los menores de 12 años que realicen actividades que contribuyan con su desarrollo personal a manera de trabajo formativo. Estamos haciendo referencia al caso de los niños artistas o que realizan actividades que no pongan en riesgo ni su salud, ni su educación ni su integridad psicológica. Este derecho se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 28131, Ley del Artista y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 058-2004-PCM⁽⁵⁸⁾.

(57) Las comillas demuestran que en realidad no existe nada que oponer porque los supuestos que configuran el nacimiento del derecho a trabajar no se habrían cumplido.

(58) Existe sin embargo, la intención desde el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, de elaborar una propuesta para restringir el acceso de los menores artistas y hacer beneficiarios de las protecciones que brinda la Ley sólo a los mayores de doce años. Esperemos que esta propuesta no llegue a prosperar y que en todo caso las disposiciones de la Ley del Artista se interpreten de conformidad con los derechos de las niñas y niños consagrados en la Constitución y en el CNA, pues somos de la opinión que la mera realización de estas actividades no involucra en sí misma una vulneración a los derechos a la salud, educación, al ocio y por consiguiente tampoco al desarrollo del menor.