

EXPLOTACION DEL TRABAJO INFANTIL (Ley N° 26.847)

Por: Jorge Eduardo Buompadre

I

Introducción. La explotación de la infancia no sólo se realiza en la modalidad de tráfico de personas, de prostitución o de pornografía infantil. También el abuso y la manipulación de la niñez en el ámbito laboral implica una de las tantas formas de explotación del ser humano –en este caso, de explotación económica-, que lesiona sus derechos más básicos. El trabajo infantil implica, no sólo un problema social de gran envergadura, sino también un grave atentado a los derechos humanos de los niños.

De aquí que, la legislación que regula toda la problemática del trabajo infantil en Argentina, se encuentra diversificada en las siguientes normas: la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante la Ley N° 23.849/90, en adelante CDN), que establece en el artículo 32 que “Los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”; la Ley N° 25.255/00, por la que se aprueba el Convenio N° 182/99 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, adoptado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), cuyo artículo 3 establece que “A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Mientras que en el artículo 4, se dispone que:

Los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3, d) deberán ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en

consideración las normas internacionales en la materia, en particular los párrafos 3 y 4 de la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

A todo este universo normativo, hay que sumar la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744/76, reformada por la Ley N° 26.390/08, sobre la que haremos breves comentarios más adelante.

Por último, la problemática del trabajo infantil plantea una cuestión que demanda una visión desde una perspectiva de género, en cuyo caso, se torna imprescindible su confrontación normativa con la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar las Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y Ley N° 24.632 que ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de *Belén do Pará*.

La visión de género –como decíamos- es relevante, en tanto implica una mirada más profunda del fenómeno, que permite visualizar las diferencias entre niños y niñas en la actividad laboral, no sólo desde el seno de la propia familia sino también en los respectivos roles que ocupa cada sexo en los espacios que asigna la sociedad a varones y mujeres.

II

1. El tipo penal.

Recientemente, el Poder Ejecutivo nacional promulgó la **Ley N° 26.847**, por medio de la cual se introdujo al código penal el artículo 148 bis, cuyo texto castiga con pena de 1(unos) a 4 (cuatro) años de prisión *“al que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”*.

Se trata de una novedosa figura que, por sus propias características típicas, constituye un caso de infracción a una ley administrativa (principio de accesoriadad administrativa) que permite calificar al tipo como una ley penal en blanco (tipo abierto) que requiere de complementación, de una remisión a una norma extrapenal (elemento normativo del tipo), para la configuración de la materia de prohibición.

2. El bien jurídico

El artículo en cuestión incrimina una conducta, que si bien se encuentra ubicada dentro de los delitos contra la libertad (Tít.V, Cód.penal), la libertad individual del menor de edad no es el bien jurídico principalmente protegido, por cuanto no es su ámbito de autodeterminación personal el que está en riesgo frente a esta modalidad de explotación. El menor puede incurrir en una infracción a la ley laboral que prohíbe el trabajo en cierta etapa de su desarrollo etario, sin que ello implique una violación de la ley penal para un tercero.

Se trata de un delito pluriofensivo que vulnera varios bienes jurídicos, que son prevalentes sobre la libertad individual del sujeto pasivo: la formación y desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño (art.27.1, CDN), el derecho a su educación integral (art.28.1, CDN) y el derecho a que se respete su dignidad personal (art. 23.1, CDN).

3. La conducta típica. Concepto de “trabajo infantil”.

El tipo penal no se perfecciona con la mera realización de la conducta descrita en la norma, “*aprovecharse económicamente del trabajo de un niño*” (en esto sólo no consiste el delito), sino que la dependencia del tipo penal del derecho administrativo exigida normativamente requiere algo más, esto es, que la conducta sea “*violatoria de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil*”. Se trata de una accesoriedad relativa, por cuanto no es suficiente ni con la realización de la conducta típica ni con la infracción de la norma administrativa. Autónomamente considerados, no es suficiente típicamente ni con el mero aprovechamiento económico del trabajo de un niño (por ej. quien se beneficia con los frutos del trabajo de un menor de 18 años, pero mayor de 16), ni con la sola violación de la normativa laboral, sin que concurra alguna forma de aprovechamiento de carácter económico. Es necesaria la concurrencia de ambos elementos del tipo objetivo para la consumación del injusto típico.

Se trata de un delito de doble conducta (o de acción doble), mixto acumulativo, que implica –como antes se dijo- una hiperprotección penal a una infracción de carácter administrativo.

Teniendo en cuenta que la remisión normativa es a “normas nacionales que prohíben el trabajo infantil”, podría plantearse una objeción constitucional desde el principio de legalidad penal (taxatividad, seguridad jurídica, división de poderes), toda vez que el reenvío a “normas nacionales”, sin distinción de rango, podría interpretarse que la remisión no sólo es a “leyes” en sentido formal (provenientes del poder legislativo) sino también a otras disposiciones normativas procedentes del poder ejecutivo, en contravención a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución nacional y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75.22 CN).

La conducta de “*aprovechamiento*” descrita en la norma como acción típica, implica el disfrute o goce de los resultados económicos que provienen de la actividad laboral del menor, en beneficio propio, pero no necesariamente requiere que, al mismo tiempo, se persiga o logre su explotación. Vale decir, que si bien la conducta de aprovecharse representa una de las tantas formas de explotación del ser humano (cuando se trata de un menor o un incapaz), ello no quiere decir que se trate de conductas equivalentes.

Si bien, como dijimos, el aprovechamiento lucrativo implica una forma de abuso, ello no necesariamente equivale a explotación. Puede darse una situación de aprovechamiento sin explotación, por ej. consumir los frutos de un trabajo voluntario de un niño, y también, a la inversa, una situación de explotación sin aprovechamiento, por

ej. obligar al menor, con el empleo de algún medio coactivo o violento, a trabajar en una actividad para que satisfaga sus propias necesidades.

La explotación siempre implica la instrumentalización del menor para el ejercicio de una actividad determinada, en este caso, una actividad laboral, y tal instrumentalización sólo puede conseguirse a través de ciertos medios o mecanismos violentos, fraudulentos o coercitivos. El aprovechamiento sólo significa a los fines típicos, una modalidad de “sacar ventajas o beneficios” de la actividad laboral de un tercero, en este caso, de un menor de 16 años.

El aprovechamiento económico de la actividad laboral del menor, mediante algún mecanismo de explotación (por ej, por el uso de violencia o intimidación), no multiplica el delito en términos de pena, ya que la figura no prevé agravantes de ninguna naturaleza, pero sí puede dar lugar a relaciones concursales con otros preceptos penales, tanto por los resultados producidos (vida e integridad física) como por los peligros que ello puede irrogar a otros bienes jurídicos en juego (libertad individual).

El legislador ha tomado en cuenta para la incriminación de esta clase de conductas, sólo la finalidad lucrativa –en sentido económico- del trabajo del menor, no así aquellas que persiguen una finalidad pedagógica o de capacitación, que están expresamente excluidas del precepto penal.

A los fines de la complementación típica, ¿cuál es la normativa nacional a que remite el precepto penal?, es la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744/76, reformada por la Ley N° 26.390/08, cuyo artículo 1º, además de imponer una nueva denominación al Título VIII de la Ley 20.744 –“De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente”-, establece que *queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no*. Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el segundo párrafo, se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma. La inspección del trabajo deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición”.

Si bien es verdad que, en sentido penal, la conducta de *aprovechamiento* (aprovecharse de...), en principio va ligada a la idea de abuso o explotación de un ser humano en situación de vulnerabilidad, lo cual, desde esta perspectiva la acción conllevaría necesariamente el uso de medios violentos, fraudulentos o coercitivos, no lo es menos de que –como antes se puso de relieve- también este tipo de comportamientos pueden llevarse a cabo sin el empleo de tales medios materiales y/o psicológicos, por ej. la conducta del rufián que se aprovecha (obtiene ventajas o ganancias) de la prostitución ajena ejercida voluntariamente por una persona, o la de aquel que disfruta económicamente de la mendicidad o de la venta informal por parte de menores en las calles.

Pero, en el caso que estamos analizando, la mera acción de aprovecharse ya implica una forma de abuso o explotación en sí misma, teniendo en cuenta que la víctima es una persona menor de edad que requiere una protección adicional de la ley, en este caso, de la ley penal –por integrar un grupo humano de alto riesgo-, por cuanto comportamientos de esta clase ponen en grave peligro no sólo la vida y la salud del menor -así como otros intereses igualmente relevantes que merecen ser protegidos por la ley, por ej, la formación y el desarrollo educacional del niño (art. 28.1, Convención sobre los Derechos del Niño)-, sino que significan un grave atentado a su dignidad personal.

La explotación del trabajo infantil involucra a personas que se encuentran en franca posición de vulnerabilidad, integrando un grupo de alto riesgo laboral con respecto a los adultos en iguales circunstancias, afectando sensiblemente el desarrollo y posibilidades futuras de la personalidad del menor como sujeto de derechos implicando, por lo tanto, una situación de violencia de género.

La conducta descrita por la norma penal no requiere –porque la ley no lo exige- el empleo de medios violentos, intimidatorios, fraudulentos o coercitivos, dirigidos a lograr o vencer la voluntad del menor (inclusive, la actividad laboral de que se trate pudo haber sido consentida por éste o propuesta por el propio menor como medio de subsistencia), sino que es suficiente para la perfección típica que el autor “se aproveche económicamente” del trabajo del niño, esto es, que obtenga frutos o ganancias de contenido patrimonial, en beneficio propio, y que sean provenientes del trabajo realizado por el menor.

El delito tipificado por la Ley N° 26.847 -si bien importa un avance en materia de protección de la niñez frente a su explotación laboral-, es de aquellas figuras que contienen una tutela más simbólica que real, ya que, por un lado, no comprende situaciones que también producen efectos dañinos en el desarrollo futuro del menor, como sería por ej. el caso de la explotación de la mendicidad callejera y, por otro lado, -si recurrimos al texto de la Ley N° 26.390- tampoco estarían abarcados los “incapaces”, sujetos que también integran el grupo de personas vulnerables, que demanda de una hiperprotección de la ley. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Con arreglo al texto legal –como antes se dijo- la acción típica no requiere de medios específicos de comisión (violentos, fraudulentos o coercitivos), de manera que si el aprovechamiento o ventajas económicas provenientes del trabajo infantil fuera la consecuencia del empleo de tales medios, podrían producirse relaciones concursales con otras figuras delictivas, por ej. lesiones, amenazas, coacciones, etc., que significarían el incremento de la pena en el caso particular

Con ello se deja ver otra falencia de la ley. El empleo de esta clase de medios implica un nuevo desvalor a la conducta, que no ha sido prevista por el legislador. El aprovechamiento violento no redundará en una agravación específica de la penalidad del tipo básico, salvo en lo que respecta a las pautas generales de mensuración de la pena (arts. 40 y 41, cód. penal), ya que el tipo penal no establece formas agravadas de

imputación. Tampoco se ha previsto una mayor penalidad para supuestos específicos de criminalidad organizada.

El tipo objetivo demanda la concurrencia de un elemento normativo que necesariamente hay que buscarlo fuera de la ley penal: “*trabajo infantil*”.

Conceptualizar este elemento reclama bucear en la normativa nacional aplicable, y para ello debemos recurrir a la Comisión Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), que expresa en el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, que trabajo infantil es toda *actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños y niñas, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, independientemente de su categoría ocupacional*¹.

4. Los sujetos del delito.

Tratándose de una infracción de titularidad indiferenciada, en principio cualquier persona puede ser *sujeto activo* del delito, con la excepción de los padres, tutores y guardadores, que han sido excluidos expresamente del círculo de sujetos posibles. Pero, como hemos podido apreciar páginas más atrás, con arreglo a la normativa nacional en materia laboral, sólo puede ser *sujeto pasivo* del delito una “persona menor de 16 años de edad”.

Con respecto a esto último, sin embargo hay que formular una aclaración. La ley penal –cuando se refiere al sujeto pasivo- no habla de “menor de edad” (lo hace, sí, la Ley N° 26.390, de reformas a la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, que alude a “personas menores de 16 años”) sino de “niño o niña”, con lo cual –por tratarse de una denominación genérica, prevista constitucionalmente: “todo ser humano...”, dice el art.1° de la CDN- quedan comprendidos en el círculo de sujetos pasivos también los incapaces y los niños física o mentalmente impedidos (art.23.1, CDN).

5. El tipo subjetivo.

El delito es doloso, de dolo directo. El error vencible acerca de la edad del niño, excluye la tipicidad.

6. Consumación y tentativa.

Por tratarse de un delito de resultado, de naturaleza subsidiaria, para la consumación típica se requiere el efectivo “aprovechamiento” económico del trabajo infantil; no es suficiente con el propósito del agente de lograrlo. Los beneficios económicos deben haber ingresado al patrimonio del sujeto activo del delito. Por lo tanto, la tentativa resulta admisible.

¹ El 5 de diciembre de 1996 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la República Argentina suscribió el “Memorandum de Entendimiento” con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del cual el Ministerio adhirió al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). En este marco se crea, en 1997, la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), la cual se formalizó por Decreto 719, de fecha 25 de agosto de 2000, en el ámbito del actual Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

7. **Excusa absolutoria.**

La figura delictiva establece una **excusa absolutoria** en favor de los “*padres, tutores y guardadores*” que incurrieran en la conducta descrita en el tipo penal. La regla no es satisfactoria. Precisamente, estos casos de involucramiento de familiares, parientes o sujetos obligados por la existencia de responsabilidades especiales, son los que deberían estar contemplados como formas agravadas de la conducta típica, como se ha hecho con otros injustos penales, por ej. ciertos abusos sexuales, de tráfico de personas, etc., por cuanto se trata de sujetos sobre los que recae una mayor responsabilidad respecto de la custodia y protección de la víctima. ¿Qué sucedería si el padre obligara a su hijo menor a realizar trabajos prohibidos por la ley, sin aprovecharse de las ganancias, o inclusive, aprovechándose de ellas?, nada, quedaría al margen de la penalidad, al menos por este delito, circunstancia que nos parece desde todo punto de vista rechazable. Esta curiosa situación que se presenta con los padres, tutores y guardadores, tal vez obre como disparador para que, precisamente, sean estas personas quienes obliguen a sus hijos o niños bajo guarda o tutela a realizar trabajos prohibidos por la ley, sabiendo que no serán objeto de castigo alguno. Repárese en los niños campesinos, los cartoneros, o los carreros en las provincias del interior. No debe olvidarse que, el tiempo que insume a un niño realizar tareas laborales de distinto signo, es un tiempo robado a su niñez, y el daño es irreversible.

8. **Palabras finales.**

El Prólogo de la Convención sobre los Derechos del Niño, aludiendo a la Declaración de los Derechos del Niño (UN, 1959), dice que “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, declaración que se repite en otras tantas disposiciones de la normativa internacional. Igualmente, con arreglo a la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se declara con énfasis en el art.9 el derecho a la dignidad y a la integridad personal de los niños, abarcándose, entre otros, el derecho a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio y a ninguna forma de explotación económica o de abuso, resaltándose en el art.15 el derecho a la educación. Asimismo, tales derechos gozan de una protección especial en la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (ver, por ej., art. 3).

Pues bien, en nuestra opinión, el legislador penal no ha respetado ninguno de estos derechos al permitir que los padres, tutores y guardadores aprovechen económicamente la niñez de sus hijos, tutelados y guardados, eximiéndoles de pena cuando realizaren la conducta descrita en el tipo penal en cuestión.

Una vez más volvemos a insistir, los casos de explotación de menores, sea para fines sexuales, laborales, o de otro signo, no tienen solución únicamente desde la ley penal. El código penal no es la solución de la pobreza, de la marginación, del analfabetismo, de la deserción escolar, de la falta de equidad en la distribución del ingreso, de la ausencia o ineficacia de medidas en el sector educativo, de la discriminación o de los graves daños que el trabajo infantil produce en los niños. Ni siquiera es la solución del crimen. Se necesita de políticas de Estado y de instrumentos asistenciales suficientes orientados a evitar estas situaciones de riesgo. De otro modo, nuevamente estaríamos

contribuyendo a una nueva deslegitimación del derecho penal, al convertirlo en una herramienta meramente represiva y, por lo tanto, intolerable.