

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



TRABAJO INFANTIL Y EDUCACIÓN MEDIA OBLIGATORIA

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES**

Estudiante : Mauricio Adrián Barría Aguila.
Profesor Patrocinante : Alfonso Banda Vergara.

VALDIVIA, ABRIL DE 2007.

Valdivia, 10 de Abril de 2007

Señor Profesor
Andrés Bordalí Salamanca
Director Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile.

Señor Director:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, informo la Tesis del estudiante don MAURICIO ADRIAN BARRIA AGUILA titulada "*Trabajo infantil y Educación Media obligatoria*".

En primer término en lo formal, puedo manifestar que el tesista ha utilizado en la redacción de su Memoria de Prueba un estilo sencillo y adecuado a la realidad actual del tema, con un vocabulario jurídico muy acorde con la temática abordada, que posibilita una fácil comprensión de las cuestiones y temas involucrados. En cuanto a la utilización del material bibliográfico el suscrito puede expresar que éste, además de abundante, ha sido convenientemente utilizado por el autor cumpliéndose con ello los propósitos de la investigación acometida. El tema elegido por el memorista para su investigación es, en el parecer de este informante, de mucha importancia actual pues incluye dos cuestiones que se entrelazan - trabajo desarrollado por los menores y el derecho a la educación de éstos - que no han sido muy frecuentemente abordadas como problema "conjunto" y sólo aisladamente ambas suelen ser tratadas por los estudiosos.

El problema es resolver como relacionar adecuadamente los diversos aspectos de la cuestión, esto es, sincronizar un derecho a la libertad de trabajo, con la libertad de empresa y esto a su vez con un derecho de una profunda trascendencia social, como el derecho a la educación. Es indudable que, por una parte los menores en la relación laboral se hallan en una situación de notable inferioridad para contratar y desarrollar algún trabajo convenientemente remunerado, pero al mismo tiempo se ven compelidos a buscar fuentes de ingresos adicionales obligados por la situación económica precaria por la atraviesa su grupo familiar. De esta manera, el trabajo de los menores es en la mayoría de los casos una necesidad ineludible para el precoz trabajador, que por otra parte le significará abandonar sus estudios reproduciendo así el círculo de la pobreza.

Se abordan en la tesis del señor Barriá, con abundantes y categóricos argumentos fundados en una sólida investigación, lo temas más relevantes atinentes a esta problemática, destacándose en las conclusiones el relevante papel que le corresponde al Estado para garantizar la adecuada protección del menor que desarrolle alguna actividad laboral "permitida" conforme a las normas internacionales y nacionales adoptadas por nuestro país. Por otra parte, también debe coordinar el Estado esta posibilidad de trabajo de los menores sin que por ello se deje en ningún caso de lado su instrucción y educación en todos los niveles, que es la única forma de romper el círculo vicioso de la pobreza a que ha llevado la práctica indiscriminada e inadecuadamente regulada del trabajo infantil en nuestro país.

De esta forma el tesista ha realizado - en opinión del suscrito - una adecuada investigación y ha abordado en forma muy satisfactoria en su Memoria el problema que se ha reseñado, en sus aspectos más importantes en la medida que lo permite este tipo de trabajos. En suma, se trata de una investigación muy completa y documentada, de mucha actualidad, en que se aborda el tema en sus aspectos más relevantes, lo que se traduce en un significativo y valioso aporte al estudio del problema, que sin duda contribuirá positivamente para un adecuado conocimiento y comprensión del mismo. Conforme lo anterior, el suscrito estima que la tesis de don MAURICIO ADRIAN BARRIA AGUILA, merece una amplia aprobación y para todos los efectos reglamentarios la califica con nota 6.0 (seis punto cero).

Sin otro particular saluda atentamente señor Director.


ALFONSO BANDA VERGARA
Profesor de Derecho Constitucional

A mis padres por su paciencia, y por su fuerte convicción que la educación es una herramienta de progreso para el ser humano. Y a mi futura hija Isidora Belén.

Porque el Derecho no sea conocimiento de algunos, sino de quienes quieran compartirlo.

1. INTRODUCCION

El Trabajo Infantil y la Educación en sus distintos niveles son temas que se entrelazan, confluyen en diversos aspectos; y lo que pretendo es analizar las diferentes normas que lo regulan, así de rango constitucional, legal, reglamentarias; entre ellas, la Convención de los Derechos del Niño, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, de la cual Chile es Estado Parte. Y no, alejándose del punto de vista jurídico; su adaptabilidad y las políticas público-sociales implementadas y por implementar en el tema en comento.

El trabajo infantil se asienta en el ámbito de la informalidad, y puede ser remunerado o no, como lo es el trabajo doméstico; de ahí lo difícil de dimensionar su alcance, pero esfuerzos se han hecho.

Algunos estudios ya han demostrado una clara relación entre el trabajo infantil y la exclusión educativa, obligando a los niños y niñas o adolescentes a decidir entre trabajar, a veces en condiciones deplorables, o no e incluso tratar de sobrevivir en ambas. Éstos señalan que el ingreso por el trabajo de los niños(as) y adolescentes para el grupo familiar no es superior al veinte por ciento del ingreso familiar total.

Las niñas y niños trabajadores se enfrentan constantemente a riesgos físicos, inhalaciones tóxicas, lesiones, quemaduras, mutilaciones, infecciones, entre otras; en sectores como la agricultura, trabajo doméstico, la minería, la explotación sexual que afectan no solo su desarrollo físico, sino mental e impide la continuidad de la educación en igualdad de oportunidades, además de cuartar su derecho a la recreación, al esparcimiento; en fin afectar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social como sujetos de derecho y sobre todo de derechos fundamentales como persona humana.

2. INDICE

	Pág.
1.- Introducción	3
2.- Índice.	4
3.- Protección Constitucional del Derecho al Trabajo.	6
3.1.- Breve referencia histórica sobre la protección laboral del menor.	6
3.2.- Protección en la Constitución Política de la República de 1980.	7
3.3.- Derecho al trabajo y libertad de trabajo.	9
3.4.- Trabajo infantil y derecho del niño(a) y adolescente a estar protegido contra toda forma de explotación económica.	11
3.5.- Libertad de trabajo y educación media obligatoria. Análisis.	13
4.- Regulación del trabajo de menores en nuestra legislación.	18
4.1.- Fundamentos de la protección del menor.	18
4.2.- Regulación normativa.	20
4.3.- Incapacidades relativas para contratar.	21
4.4.- Incapacidad de obrar del menor.	22
4.5.- Capacidad procesal del menor.	25
4.6.- Efectos de la celebración de un contrato de trabajo con un menor, contraviniendo las reglas establecidas en la normativa.	25
5.- Regulación Internacional del trabajo de los niños(as) y/o adolescentes.	28
5.1.- Convenciones de la O.I.T.	28
5.2.- Otras normas Internacionales.	31
6.- El derecho a la educación para todas las personas consagrado en nuestra Constitución.	34
6.1.- Análisis del artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República de Chile.	34
6.2.- Ley Orgánica Constitucional sobre enseñanza N° 18.962.	37
6.3.- El derecho a la educación y su establecimiento en el ordenamiento jurídico chileno.	38
6.3.1.- Educación básica obligatoria.	39
6.3.2.- Educación media obligatoria.	39
6.3.3.- Análisis sobre la educación pre-escolar como parte del proceso educativo que comprende una etapa fundamental dentro del ciclo evolutivo.	40

6.3.4.- Análisis de la educación superior como herramienta primordial para una mejor inserción al mercado del trabajo.	42
7.- Análisis cualitativo sobre el impacto que busca alcanzar la Convención Internacional de los Derechos del Niño.	45
7.1.- Tránsito desde el enfoque de los niños en situación irregular a la protección integral de los derechos del niño.	45
8.- La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la legislación interna.	52
8.1.- Tratamiento en la Convención sobre los derechos del niño.	52
8.1.1.- Trabajo de los niños (as) y/o adolescentes y su protección.	53
8.1.2.- Educación como derecho básico y universal de los niños (as) y/o adolescentes.	54
8.2.- Tratamiento en la Constitución Política de la República sobre los derechos del niño(a) y/o adolescente.	56
8.3.- Los derechos del niño(a) y/o adolescente en el Código del Trabajo y otros cuerpos legales.	56
8.4.- Nueva Justicia de Familia y sus principales reformas en materia de niños, niñas y adolescentes.	59
8.4.1.- Tareas encomendadas por el Estado al Servicio Nacional de Menores.	59
8.5.- Interés superior del niño en la Legislación civil y su aplicación en otros cuerpos normativos.	63
8.6.- Última reforma importante en materia de educación.	71
9.- Conclusiones.	74
10.- Bibliografía.	76

3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO.

3.1. Breve referencia histórica sobre la protección laboral del menor.

Las postrimerías del siglo XVIII y el siglo XIX contemplaron como, en forma dominante, menores y mujeres entraron a trabajar en las fábricas, preferidos por los empresarios que encontraban así una mano de obra de más bajo costo.

“Salvemos a los niños” fue la frase de R. Peel, al solicitar en Inglaterra que se tutelara su trabajo, dictándose en el año 1.802, gracias a su iniciativa, la “Act for the preservation of the Health and Moral”¹. El mérito de este cuerpo legislativo fue iniciar esta labor tutelar, por parte de la autoridad del Estado; su objetivo era bastante limitado: tan sólo una reducción de la jornada de trabajo a 12 horas diarias para los niños, fijándose en el año 1.844 en ocho años la edad de admisión al trabajo, para ser elevada en el año 1.878 a diez años².

En España la primera ley sobre la materia, a principios de siglo, fija en diez años la edad de admisión y en nueve si el niño poseía instrucción. En los Estados Unidos de Norteamérica una de las primeras leyes sobre la materia fue dictada en Pennsylvania en el año 1.848, que fijó en doce años la edad mínima de admisión en ocupaciones comerciales.

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, con la influencia de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, los ordenamientos positivos fijan, en forma muy generalizada, en catorce años la edad mínima, permitiéndose en casos calificados labores a los mayores de doce años, y tendiendo a ser, para cualquier trabajo, la de dieciocho años la mayoría de edad laboral.

En Chile, con anterioridad a la aprobación de las leyes sobre contrato de trabajo para obreros y empleados en el año 1.924, leyes N° 4.053 y 4.059, no hubo propiamente normas protectoras sobre el tema, salvo la contenida en la Ley N° 2.674, del año 1.912, sobre protección a la infancia desvalida.

Fue ésta una materia, así como la totalidad de las abordadas en la legislación aprobada el ocho de septiembre del año 1.924, que apareció en forma súbita en nuestro ordenamiento jurídico, aunque largamente esperada por las masas de trabajadores y propiciada por políticos y pensadores³.

¹ Acta para la Preservación de la Salud y la Moral

² Caballenas, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral, Vol. I*. Ed. Heliasta S.R.L. B. Aires, 1998. (p.599).

³ Thayer Arteaga, William. *Manual de Derecho de Trabajo, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. (p. 190-191)

Desde una perspectiva estrictamente laboral, la regulación del trabajo de los menores se ha reducido históricamente con el establecimiento de normas limitativas o prohibitivas, que intentan conciliar el trabajo del menor con su desarrollo fisiológico y psíquico, y con su educación e instrucción. En este ámbito, el Derecho del Trabajo tendió a distinguir entre el niño y el adolescente, aplicando para este último caso una capacidad jurídico-laboral especial. Adicionalmente, los ordenamientos jurídicos han buscado establecer resguardos que eviten una explotación del menor o que lo perjudiquen en aspectos disímiles como son su crecimiento, su desarrollo como persona y su formación cultural, cuestión que en la práctica se tradujo en una protección del menor hasta el fin de su adolescencia^{4 5}.

3.2. Protección en la Constitución Política de la República de 1.980

La Constitución trata de la libertad de trabajo y su protección en el numeral 16 del artículo 19, texto que fue arduamente discutido en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (C.E.N.C), en la que sólo se logró consenso en los tres primeros incisos. La C.E.N.C trabajó escuchando diversas opiniones de dirigentes sindicales, entre los que mencionaremos a los señores Hernol Flores, vicepresidente de la Asociación Nacional de Empleados Fiscales; Moisés Guzmán, presidente de la Confederación de Artesanos y Pequeños Industriales; Guillermo Medina, presidente de la Zonal el Teniente de los Trabajadores del Cobre; Federico Mujica, presidente de la Confederación de Empleados Particulares; Guillermo Santana, presidente de la Confederación de Trabajadores del Cobre; León Vilarín, presidente de la Confederación de Dueños de Camiones, y Ernesto Vogel, presidente de la Confederación Industrial Ferroviaria⁶.

La libertad de trabajo y su protección es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos; vale decir, no prohibidos por la ley. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación, ya que no son admisibles, serían discriminatorios y serían nulos, las exigencias o requisitos que no se basen en la idoneidad de los trabajadores; salvo que la ley exija cierta edad mínima o la nacionalidad chilena, como sería el caso del Estatuto Administrativo para Funcionarios del Estado.

⁴ Hurtado Cruchaga S.J, Alberto. *Obras Jurídicas Completas*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. (p. 35)

⁵ En particular, el padre Alberto Hurtado, ya en el año 1921, al momento de escribir su tesis llegaba a la conclusión que nuestro país carecía de normas legales sistemáticas y uniformes que regularan el trabajo infantil. Si bien se había presentado diversas mociones parlamentarias sobre la materia, lo cierto era que el Derecho Chileno, a más de un siglo de la Acta de R. Peel; carecía de instituciones y principios básicos en lo que respecta a esta materia, cuestión que obligaba a remitirse a otras figuras propias del Derecho Comparado. Así lo señala en su tesis de grado “Reglamentación del Trabajo de los Niños”, p. 01 y sgtes, 33 y sgtes.

⁶ Sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, número 198 del 06 de abril de 1.976.

Luego, la garantía culmina con el derecho a elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución⁷.

Todo este cuadro de derechos de las personas busca poner a cubierto a los trabajadores de discriminaciones que favorecen a algunos o perjudiquen a otros, en el acceso a cargos laborales, por razones políticas, religiosas, ideológicas y de características personales y que no digan relación con la capacidad o idoneidad para esa tarea específica. La Constitución ha querido impedir que se exija la concurrencia de requisitos de afiliación a cualquier entidad o asociación o de no afiliación o desafiliación o que se le planteen de ellas exigencias arbitrarias, como no haber sido dirigente sindical, no haber participado en conflictos colectivos u otras similares. En su esencia, este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; y que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución⁸.

Además, corresponde al Estado crear las condiciones para que el acceso al trabajo y el derecho al trabajo se cumplan efectivamente en el medio social^{9 10 11}.

Parece pertinente, señalar el planteamiento del Sr. Guzmán, en la C.E.N.C, sobre establecer la libertad de trabajo o el derecho al trabajo: “sus razones- agrega- se basan en que si repara en la redacción del precepto, se apreciará que cuando se habla de que uno tiene derecho al trabajo, se está también apuntando a una disposición programática, en cierto modo porque en un país donde hay cesantía es evidente que tal derecho no les está reconocido a ciertas personas”. Y señala en otro punto “Siempre se ha insistido en la diferencia existente en los derechos que se consagran, en un orden de distinción que se apunta a clasificarlos en dos tipos... y segundo, los nacidos como frutos de la incorporación de los aspectos económicos-sociales al orden constitucional, que están vinculados o ligados a la capacidad económica del Estado y a la realidad del ordenamiento o de las manifestaciones de la vida económica y social, en cada instante

⁷ Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, tomo III*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1999. (p.10)

⁸ Sesión de la C.E.N.C de 07 de abril de 1.976.

⁹ Sesión de la C.E.N.C de 07 de abril de 1.976.

¹⁰ En cuanto a la naturaleza de este derecho, las posiciones doctrinales al respecto van desde quienes lo consideran una mera orientación para los poderes públicos, o bien una norma programática que no crea un derecho subjetivo inmediatamente aplicable y tutelable, pero que sí veda ciertas opciones al legislador (por ejemplo el despido libre) hasta, finalmente; quienes lo conciben como un derecho de crédito frente al Estado: el derecho a obtener de él un puesto de trabajo.

¹¹ Preocupación que ya en el año 1.921 compartía el Padre Alberto Hurtado S.J. en relación al trabajo infantil y el rol del Estado “La necesidad que la legislación se preocupe del trabajo de tantos niños, pues, son ellos la parte más delicada de la humanidad y la que más protección merece por ser la más incapaz de valerse por sí misma; porque un trabajo excesivo y prematuro agota sus fuerzas físicas, debilita su inteligencia, enerva su voluntad, les impide recibir la instrucción que ha de hacerlos elementos útiles a la sociedad, los incapacita para aspirar a ser algo más de lo que son, y por consiguiente los condena a vivir una vida que poco merece ser vivida”. Hurtado Cruchaga S.J., Alberto. *Obras Jurídicas Completas*. Editorial LexisNexis. Santiago, 2005. (p. 123)

histórico determinado”¹². La omisión del derecho al trabajo, y su reemplazo por la libertad de trabajo, deja claro el sentido de derecho económico-social y su consagración en la Carta Política de 1980, que depende del rol del Estado y la sociedad civil; pero, sobre todo de las condiciones socio-económicas del país.

3.3. Derecho al trabajo y libertad de trabajo

En cuanto facultad de toda persona, no tiene el contenido de un derecho subjetivo perfecto, sino que apunta a nuestro entender a dos finalidades:

- Al derecho de libertad que tiene el individuo para dedicarse al trabajo que estime conveniente, siempre que sea lícito, esto es, el derecho al trabajo.
- Al derecho genérico que le asiste para reclamar a la sociedad, y en primer lugar al Estado, la adopción de las necesarias medidas a fin de mantener un empleo digno, compatible con sus aptitudes y conocimientos, todo lo cual alude a la política de empleo, a la obligación de la comunidad de proveer para quien quiera trabajar “encuentre dónde”¹³.

Importante referencia haré al Derecho Español citando la discusión pertinente en el Tribunal Constitucional donde parece más claro el contenido de estos conceptos; al decir del Tribunal Constitucional, primero en torno al derecho al trabajo “presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos sino existe una causa justa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”. Por consiguiente, este derecho, en su vertiente individual, aparece dirigido frente al empleador, sea éste público o privado, prohibiéndole comportamientos discriminatorios en la contratación, y vedándole también el despido sin causa. Asimismo, el derecho individual al trabajo comprende la libertad de trabajar, esto es, la libertad de desempeñar el propio trabajo¹⁴.

Por lo que se refiere a esta libertad de trabajo, hay que hacer notar que no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio,

¹² Sesión de la C.E.N.C de 25 de marzo de 1976.

¹³ Thayer Arteaga, William. *Manual de Derecho de Trabajo, Tomo III...* (p.18-19).

¹⁴ Satrústegui, Miguel y otros. *Derecho Constitucional, Tomo I*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. (p.405-406).

sin perjuicio de los requisitos específicos, legalmente establecidos, para el ejercicio profesional. Resulta claro, por tanto, que la libertad de elección de profesión u oficio no exime al Estado de proteger a los ciudadanos frente al intrusismo profesional^{15 16}. Las postrimerías del siglo XVIII y el siglo XIX contemplaron como, en forma dominante, menores y mujeres entraron a trabajar en las fábricas, preferidos por los empresarios que encontraban así una mano de obra de más bajo costo. En esta primera parte de esta historia, la libertad de trabajo y el derecho al trabajo eran conceptos confusos, poco claros; sin contenido y sólo se referían a una libertad amplia concebida como la ausencia de toda restricción que impida el despliegue de la iniciativa individual. Ser libre significa no ser importunado por otros; cuanto mayor sea el espacio de no interferencia, mayor será la libertad de que se disponga. O sea, un concepto basado en el ideario liberal, con la menor reglamentación posible, sin reglamentación.

Así el Sr. Ovalle en la sesión de la C.E.N.C de 25 de marzo de 1976 señala "... pues el derecho al trabajo es un derecho genérico, de carácter moral, como el derecho a la educación". La diferencia puede estribar que los derechos fundamentales son derechos públicos subjetivos, como lo es la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación, de un contenido más o menos jurídico objetivo por encima del subjetivo; y otra son los derechos socio-económicos o de segundo orden(o de segunda generación) que están garantizados en la Constitución, pero que no son derechos subjetivos en absoluto, como el derecho a la educación o lo sería la consagración del derecho al trabajo. En el caso de estos segundos constitucionalmente no hay recurso de protección. Las dificultades de configurar el derecho al trabajo, como un derecho de crédito a un puesto de trabajo, son patentes. El Estado, o los poderes públicos en general, no se encuentran en posición de garantizar un derecho al trabajo; ya que no son los principales empleadores, por otro lado, la posibilidad de imponer a los empresarios la contratación de mano de obra sería contraria al derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21 de la Constitución de 1980), que engloba la libertad de empresa¹⁷.

¹⁵ Ibid., (p. 406).

¹⁶ En el texto del padre Alberto Hurtado S.J. se hace referencia a una concepción del derecho al trabajo que nos grafica la evolución de este concepto: "suerte algunos aunque felizmente en esta materia no son muchos, protestar contra las ideas de reglamentación, diciendo que las industrias deben ser libres; que el trabajo es propiedad del obrero y que puede disponer de él como mejor le plazca; que limitar el trabajo de los niños es limitar a la vez el trabajo de toda la fábrica en la cual sirve de gran auxilio". Hurtado Cruchaga S.J., Alberto. *Obras Jurídicas Completas...* (p.125).

¹⁷ Cfr. Satrústegui, Miguel y otros. *Derecho Constitucional, Tomo I...* (p.405)

3.4 Trabajo infantil y derecho del niño(a) y adolescente a estar protegido contra toda forma de explotación económica

El término “trabajo infantil”¹⁸ suele ser definido como el trabajo que priva a los niños(as) de su infancia, su potencial y su dignidad, y que es nocivo para su desarrollo físico y mental. Se refiere al trabajo que:

- Es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e
- Interfiere en su escolarización:
 - Privándole de la oportunidad de ir a la escuela;
 - Obligándole a abandonar prematuramente la aulas, o
 - Exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado¹⁹.

En sus formas más extremas, el trabajo infantil implica niños que son esclavizados, separados de sus familias, expuestos a graves riesgos y enfermedades y/o abandonados a valerse por sí mismos en las calles de las grandes ciudades, a menudo a muy temprana edad²⁰. El que una forma particular de “trabajo” puede ser llamada “trabajo infantil” depende de la edad del niño, el tipo y horas de trabajo desempeñado, las condiciones bajo las que se efectúa y los objetivos perseguidos por los países individuales. La respuesta varía de país en país, así como entre sectores dentro de los países²¹.

La globalización económica crea lazos entre distintas economías nacionales, con lo cual la incidencia del trabajo infantil en países del sur se hace más patente que en los países industrializados. Al mismo tiempo, el proceso de globalización que permite al norte ser consciente del trabajo infantil que se da en el sur también, pone presión en las economías y estructuras sociales de los países del sur, intensificando de esa forma el problema del trabajo infantil.

Es evidente que existe una relación entre el trabajo infantil y la pobreza, puesto que los niños que trabajan son exclusivamente pobres. Pero la pobreza no es la causa del trabajo infantil; el hecho de que la proporción de trabajo infantil varíe drásticamente entre

¹⁸ La referencia al trabajo infantil en los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y el más reciente Convenio N° 182, y la Recomendación N° 190 sobre las Peores formas de Trabajo infantil sitúan a los niños(as) como los menores de 18 años. (Recomendación: instrumento de la O.I.T no sujeto a ratificación pero que detalla directrices de carácter general o técnico que han de aplicarse a escala nacional. Las recomendaciones pueden complementar los principios plasmados en un Convenio u orientar sobre temas no abordados en el mismo).

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo infantil, un Manual para Estudiantes*. Editorial Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004. (p.16)

²⁰ Ibid. (p.16)

²¹ Ibid. (p.16)

países de niveles similares de desarrollo lo demuestra; en China, por ejemplo, ha habido muy poco trabajo infantil en las últimas décadas, porque tomaron la decisión política de mandar los niños a la escuela. Lo mismo ha ocurrido en el Estado Kerala, en la India, que lo ha prácticamente abolido. De estos dos ejemplos se deduce que el trabajo infantil sólo puede existir si es tratado como aceptable cultural y políticamente.

Según los datos oficiales, cerca de veinte mil niños trabajan en la Décima región, lo que equivale casi al ocho por ciento de la población infantil de la zona. Lo más preocupante de este cuadro es que más de la mitad de estos pequeños trabajadores lo hacen en condiciones inaceptables, esto es, en ocupaciones que vulneran sus derechos básicos como el acceso a la educación, el descanso y la recreación²².

A nivel nacional, las cifras no son más alentadoras, sumando en total alrededor de doscientos mil niños que laboran, cincuenta y cuatro coma seis por ciento de ellos en circunstancias deplorables²³.

Con estos datos podemos partir que, la tendencia moderna de la legislación y de los institutos sociales es a hacer desaparecer al niño como factor de producción, para que dedique sus primeros años a adquirir conocimientos necesarios para ocupar un puesto digno en la vida, pero, las crecientes necesidades de la industria, y sobre todo entre nosotros la desorganización completa del hogar, ya que el padre no existe ni como autoridad educadora ni como sostén económico de la misma, traen como consecuencia que la mujer y sus débiles hijos tengan que trabajar forzosamente para poder vivir²⁴.

Preocupación y problemática que hoy sigue vigente, por eso reafirmar que el niño(a) y adolescente es, ante todo, persona con derechos y deberes, o sea sujeto de derecho y no objeto de protección.

Aquí nos encontramos ante un segundo momento, donde se reconoce el flagelo del trabajo infantil, y se opta entre regularlo estrictamente, como abolirlo -“hacer desaparecer al niño como factor de producción”- o tratarlo como objeto de protección según las realidades propias de los países o determinados sectores de la producción dentro de cada uno de éstos.

El trabajo infantil, remunerado o no, interrumpe e interfiere el ejercicio del derecho a la educación; frena el desarrollo pleno de los niños(as) y adolescentes; impide la igualdad de oportunidades, y genera serios efectos negativos, principalmente en los sectores más pobres, al contribuir a reproducir el círculo de la pobreza^{25 26}.

²² Diario Austral de Valdivia, martes 13 de junio de 2006.

²³ Ibid.

²⁴ Hurtado Cruchaga S.J., Alberto. *Obras Jurídicas Completas...* (p.125).

²⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF Chile. Santiago, 2000. (p. 64)

²⁶ Primera Encuesta Nacional de Actividades de Niños y Adolescentes y Registro de las Peores Formas de Trabajo Infantil, O.I.T y Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 2003. Esta investigación revela que 42

3.5 Libertad de trabajo y educación media obligatoria. Análisis.

Debe ser puntualizado que, en el capítulo III, el poder constituyente omitió ciertos atributos subjetivos que aparecían en el Código Político de 1925 y sus reformas. Se trata, sin excepción, de derechos que tenían un sentido social preeminente. Tal es el caso del derecho al trabajo, contemplándose ahora sólo la libertad de trabajo (art. 19 n°16 inc. 1°)²⁷.

En la Constitución de 1980 se trata el derecho a la educación en el numeral 10° del artículo 19 del capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”; ya señaladas las normas pertinentes analizaré su conexión en relación al tema en comento.

La educación media obligatoria fue introducida como mandato constitucional por el artículo único de la Ley N° 19.876, publicada en el diario Oficial de 22 de mayo de 2003.

Se trata de dos derechos de distinta naturaleza puesto que la libertad de trabajo incuestionablemente es un derecho público subjetivo que merece recibir toda la protección que el orden jurídico otorga a este tipo de derechos, como por ejemplo la que deriva de la acción cautelar de protección del artículo N° 20 de la Carta; y en cambio el derecho a la educación es primordialmente un derecho social que para alcanzar su plena vigencia requiere tanto de condiciones socio-económicas en el país que la hagan posible, cuanto de la implementación de políticas públicas en materia educacional que con un diseño claro, con objetivos discutidos con los distintos sectores que participan en este sistema; y suficiente financiamiento efectivamente puedan extenderse a los más amplios sectores de la población, y en sí a los más vulnerables y que viven en condiciones de pobreza en nuestro país.

Efectivamente, muchos todavía entienden la realización de los derechos sociales como una tarea exclusiva, o, a lo menos, casi excluyente del Estado- Gobierno. Por lo mismo, o se pliegan sin reserva a la idea de tales derechos, o bien los critican por atribuirles significado ideológico colectivista. La idea, para unos u otros, emana de ideologías, se organizan en planificaciones y termina imponiéndose desde la burocracia estatal a la comunidad. Por el contrario, pensamos que hoy y en el futuro se hará, cada día más nítido, que los derechos sociales exigen, para su concreta materialización, el esfuerzo

mil niños y adolescentes (1,2 % del total de 5 a 17 años), dedican un tiempo superior a la media jornada (21 horas y más) durante la semana a actividades domésticas. Estas tareas no son reconocidas ni contabilizadas como actividades de “dueñas de casa” o trabajo doméstico en las encuestas tradicionales, y su aporte no se considera económicamente productivo. De este segmento, el 84,8 % (35.689 mujeres) y de ellas, el 24,1% (10.148) son madres adolescentes solteras o casadas, o convivientes sin hijos; y sólo un 15,2 % (6.394) son hombres.

²⁷ Cea Egaña, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile”. Editorial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Santiago 1999, (p. 124)

de la Sociedad Civil o del no Estado, entendida aquella como una realidad distinta del Estado-Gobierno, aunque relacionada con él y, para ciertos efectos, sometida a las decisiones legítimas que la autoridad pública adopte en aras del bien común^{28 29}.

El derecho a la educación aparece primero en el Acta Constitucional N° 3, y luego, en la Constitución de 1980, por primera vez en nuestra historia constitucional. En la Constitución de 1925 se insinúa el tema al expresar que la “educación primaria es obligatoria”³⁰.

En Chile un número importante de niños (as) y adolescentes trabajan, varios de ellos no asisten a la escuela, algunos trabajan y estudian, pero en la mayoría de los casos sin gran éxito, lo que significa un posterior abandono escolar. En Chile 107. 676 niños y adolescentes trabajan en ocupaciones que vulneran sus derechos esenciales, amenazan su acceso a la educación, al descanso y a la recreación y ponen en riesgo su normal desarrollo psicológico y social³¹.

Muchos justifican la participación de la infancia y adolescencia en el mundo laboral como una forma de ayudar a la familia a superar la pobreza. Éstos, que deciden trabajar para mejorar en algo las condiciones de vida de sus padres y/o madres, serán mañana adultos poco calificados y con un trabajo permanente mal remunerado, es decir, seguirán siendo pobres. De ahí, que tenga importancia la definición normativa desde el orden constitucional al legal, ya que son dos derechos estrechamente vinculados, en especial en los niños(as) y adolescentes, quienes a corta edad deben decidir trabajar en condiciones vulnerables en la mayoría o estudiar, o pensar en un futuro mejor como personas y nosotros como país y sociedad.

Pese a que existe un consenso universal acerca de la conveniencia de eliminar el trabajo infantil, la realidad demuestra que esta prohibición es hoy, al menos en lo que respecta a países en vías de desarrollo, muchas veces inviable. Es por esto que la Comunidad Internacional, a través de organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de las Naciones Unidas; si bien han demostrado desde principios del siglo XX una preocupación particular por este tema, ante la imposibilidad

²⁸ Ibid., (p. 124)

²⁹ Así también, lo señala El Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile que, enfatiza siete tópicos en torno al debate sobre la educación chilena; en el punto N° 1 La Educación como Bien Público “La tarea de impartir la educación, que compete en primer lugar a la familia, necesita el apoyo de la sociedad. Ella presta un servicio masivo al bien común, al ponerse a disposición de todos los padres que están educando y de los ciudadanos que se forman. Lo hace, cuando reconoce las diversas iniciativas ministeriales, municipales y particulares y cuando ofrece una variedad de instituciones y personas a todas las familias y los alumnos que las necesitan”. Diario El Mercurio, martes 18 de julio de 2006. (p. C11)

³⁰ N° 7 del artículo 10 de la Constitución de 1925, norma que reiteró lo señalado en la Ley N° 3.654 de 26 de agosto de 1920; que dio el carácter de obligatoria a la educación primaria.

³¹ Primera Encuesta Nacional de Actividades de Niños y Adolescentes y Registro de las Peores Formas de Trabajo Infantil, O.I.T y Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 2003.

de prohibir el trabajo infanto-adolescente, han optado por elaborar normas de carácter protector para paliar los efectos negativos y la explotación económica³².

Sin embargo, jóvenes voces se levantan en los países en desarrollo. Miles de niños y adolescentes, en su mayoría de las ciudades, reivindican su derecho a trabajar, pero con dignidad. Se los llama “Nats”, sigla de la expresión Niños y Adolescentes Trabajadores, que se forjó en el continente latinoamericano. El movimiento nació en el Perú en los años setenta, se extendió a numerosos países de América Latina en los años ochenta, y luego al África Occidental y a la India en la década de los noventa, comienza a llegar a otros países asiáticos, como Tailandia. Los menores que trabajan tratan también de organizarse a nivel mundial para que se les tenga en cuenta en las decisiones que les afectan. Se oponen a la idea de una edad legal de acceso al trabajo y se rebelan contra el boicoteo de los productos que fabrican para exportación (una actividad que representa aproximadamente 5% del trabajo de los niños), ellos piden a las Naciones Unidas que “hagan un distingo entre la explotación de los niños y las demás formas de trabajo que contribuyen al desarrollo de éstos”³³.

Cuando un niño trabaja, está renunciando a otros derechos esenciales de su persona y en especial a su derecho a la educación, al ocio y a la recreación, a participar en la vida cultural, artística y científica y a su vida familiar, saltándose etapas importantes de su desarrollo³⁴.

De lo anterior queda claro que son muchos los intereses, requerimientos, condiciones que deben imperar para hacer compatible el trabajo infanto-adolescente y la educación en sus diversas etapas, y que no solo llegamos a una solución mediante normas que impongan edades mínimas para trabajar o garanticen ciertos niveles básicos de educación.

Normas meramente programáticas o declarativas en nuestra Carta Política, como el establecimiento de la educación media obligatoria, son incompatibles en la forma y en el fondo con las Convenciones Internacionales ratificadas por nuestro país y su normativa laboral interna, en especial referente al trabajo infanto-adolescente; sólo mencionaré como un primer ejemplo la Ley 19.684 de 2000 que regula la incorporación al mercado de trabajo de los niños(as) y adolescentes, entre los 15 y 18 años requieren de autorización de sus padres, tutores o del inspector del trabajo; y entre los 15 y 16 años

³² Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 no prohíbe el trabajo infantil, lo que hace en su artículo 32 es imponer a los Estados Partes la obligación de fijar edad o edades mínimas para trabajar; de esta forma obliga a los Estados a tomar un cierto compromiso tendiente al logro de la exclusión de los niños del mundo laboral.

³³ *El Correo de la UNESCO*, mayo 1999. (p.37-38)

³⁴ El Convenio 138 de la O.I.T limita aún más la posible discrecionalidad de los Estados al establecer que la edad mínima que se imponga no deberá ser inferior a aquella en que cesa la obligación escolar y en ningún caso inferior a los 15 años.

requieren certificar estar cumpliendo la escolaridad obligatoria. Norma que es totalmente incongruente, ya que hoy la escolaridad obligatoria se cumple entre los 17 o 18 años. Ya con esta norma de carácter supuestamente protector, estos sujetos de derecho pasan a ser objeto de protección, y además deberían tomar la decisión entre trabajar o estudiar. Y agregando más, el artículo 323 del Código Civil, sobre la obligación del alimentante se extiende hasta los 21 años, que comprende la educación básica y media. Entre 15 a 17 años existen 39. 547 adolescentes que desempeñan trabajos inaceptables, trabajan 21 horas o más a la semana y no asisten a la escuela, o bien superan las horas establecidas en la jornada completa, o trabajan de noche o en la calle³⁵.

No sólo interesa que los niños trabajen o no, sino también que continúen en el colegio. Se ha demostrado que existe un umbral de ingresos que se alcanza con la educación post-secundaria, y que la educación básica y media son requisitos básicos para buscar trabajo. Por lo tanto, es muy importante que los niños (as) y adolescentes terminen al menos los 12 años de educación, lo que facilitaría la integración al mercado del trabajo y la opción de obtener mejores ingresos. Si bien la cobertura en educación media ha ido en aumento en la década de los noventa de un 80.5 % en el año 1990 a 86.9% en el año 1998, la diferencia de cobertura de la educación media entre los más ricos y los más pobres se ha mantenido en más de un 20% a favor de quienes provienen de familias de mayores ingresos³⁶, cifras que importan en la relación trabajo infante-adolescente y educación, y además la deserción de ésta³⁷.

Algunas personas han afirmado que la educación obligatoria y universal para todos los niños eliminaría de manera efectiva el trabajo infantil. Los proponentes de este punto de vista citan la historia: sostienen que el vínculo entre trabajo infantil y educación fue establecido en el siglo XIX cuando las leyes de trabajo infantil en los países industrializados hicieron obligatorio que los niños(as) terminaran la educación básica a una edad específica y la establecieron como un requisito para el empleo. Sostienen³⁸ que la extensión universal de la educación financiada por el Estado en Europa, América del Norte y Japón ha sido el instrumento más poderoso para la abolición del trabajo infantil. Los formuladores de políticas en la mayoría de los países creen que la educación

³⁵ O.I.T y Ministerio del Trabajo y Previsión Social. *Trabajo Infantil y Adolescente en Cifras, Síntesis de la Primera Encuesta Nacional y Registro de sus Peores Formas*. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago, 2004. (p.20-21)

³⁶ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF- Chile. Santiago, 2000. (p. 38-39)

³⁷ La repetencia perjudica fundamentalmente a los jóvenes de escasos recursos. En los establecimientos educacionales municipales, los alumnos y alumnas tardan en promedio casi 6 años en egresar, en cambio en los colegios particulares es de 4.4 años, además, hacer que un joven repita de curso es una medida pedagógica de dudosa eficacia, que posiblemente incentiva la deserción. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF- Chile. Santiago, 2000. (p. 40)

³⁸ Entre otros, Weiner, M. *Child and the state in India: Child labor and education policy in comparative perspective*. Princeton University Press. 1990.

compulsiva es un prerrequisito para la abolición final de todas las formas de trabajo infantil. Quienes sostienen este punto de vista razonan que donde la educación obligatoria está implementada eficazmente, los niños(as) estarán menos disponibles para el trabajo a tiempo completo al menos durante el horario escolar, los padres se verán alentados a mantener a sus hijos en la escuela y los empleadores serán disuadidos de contratar niños³⁹.

Sin embargo, muchos expertos⁴⁰ sostienen que la escolaridad obligatoria por sí sola no puede superar todos los obstáculos sociales y económicos que se combinan para mantener a los niños fuera de la escuela y dentro de la fuerza de trabajo, desde su punto de vista, la educación obligatoria es una condición necesaria pero no la única para la eliminación del trabajo infantil⁴¹.

Una condición importante en la decisión de inscribir a un niño(a) en la escuela es el resultado de la evaluación de un hogar respecto a los costos y beneficios asociados a la escolaridad. Los réditos esperados de la educación (los beneficios en relación con el costo de la educación) son un factor importante en las consideraciones de los padres.

Los verdaderos beneficios de la escolaridad, tales como mayores salarios futuros, pueden a menudo no ser conocidos por las familias, e incluso si lo son, sopesar el valor frente a los costos privados no es tarea fácil. Si bien estos réditos podrían ser significativos, el costo de la escolaridad puede ser tan alto que los niños(as) son separados de la escuela y empujados a trabajar. Si la educación obligatoria aparece como gratuita hay costos como materiales de estudio, uniformes, transportes que no pueden ser cubiertos por familias; que por ejemplo hoy en Chile ganan el sueldo mínimo y el padre o madre es el sustento del hogar, menos en familias monoparentales; más en muchos países de Latinoamérica en que muchas familias sobreviven con solo un dólar diario. Esto y otras condiciones, como por ejemplo la escolaridad de los padres que en zonas rurales no llega al cuarto básico⁴², son factores que la sola declaración de la educación básica y media obligatoria-gratuita- no son suficientes^{43 44}.

³⁹ Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo infantil, un Manual para Estudiantes*. Editorial Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004. (p.112)

⁴⁰ Cigno A. y Rosati F. *Child labor handbook*. Borrador Banco Mundial, Washington D.C.

⁴¹ Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo Infantil, un Manual para Estudiantes...* (p.113).

⁴² Diagnóstico hecho en las comunidades de Huelhellhue y Antilhue, comuna de Valdivia, para el establecimiento del “Tren Solidario” de la Dirección de Extensión de la Universidad Austral de Chile. 2003.

⁴³ Cfr. Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo infantil, un Manual para Estudiantes*. Editorial Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004

⁴⁴ Un estudio comparativo del trabajo infantil y la escolaridad en África encontró que una manera de reducir el trabajo infantil y aumentar los incentivos para mantener a los niños en el sistema educativo es mejorar el acceso al crédito, el cual la familia puede reembolsar después. Además de programas de transferencia de ingresos, mediante éstos se da dinero a las familias pobres para que compensen el costo de mandar a sus hijos a la escuela y no a trabajar. Esto sucede en Brasil, México y Bangladesh. Hoy en Chile, el programa “Chile Solidario” constituye un aporte en la erradicación de la pobreza y el trabajo infantil.

Nos enfrentamos ya, a un tercer momento, donde debemos encontrar la sincronía entre derechos subjetivos como la libertad de trabajo, la libertad de empresa y derechos de una profunda trascendencia social, que con mayor educación se pueden transformar en réditos, no sólo para la familia sino para un país.

No sólo una norma constitucional programática soluciona la discordancia entre el trabajo infanto-adolescente y la educación obligatoria; es necesario analizar las capacidades económicas del país, la pertenencia socio-cultural, la participación de la sociedad civil, el rol del Estado, y finalmente las normas reguladoras de la hipótesis en cuestión. Insisto sobre el tratamiento como sujetos de derecho y miembros de la sociedad de los niños(as) y adolescentes, y no como objetos de protección. Debe existir la sincronía de la norma constitucional y el resto del ordenamiento jurídico nacional.

4. REGULACIÓN DEL TRABAJO DE MENORES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

4.1. Fundamentos de la Protección del Menor.

La incursión en el mundo laboral de los menores es una problemática que impulso a los Estados ha intervenir en su regulación dado los manifiestos abusos y condiciones precarias de que eran objeto. Así progresivamente se ha ido avanzando en este tema, reconociendo que los niños, niñas y/ o adolescentes pueden verse afectados en múltiples aspectos que repercutirán en su desarrollo físico, psicológico, cultural y social, siendo necesaria una regulación especial que prescriba, a lo menos, exigencias mínimas que deben cumplirse en los casos que un niño, niña y/o adolescente sea ingresado como trabajador en las distintas labores, y atendida la naturaleza de éstas.

En Chile el trabajo infanto-adolescente es menos frecuente que en otros países latinoamericanos, y quizás por lo mismo, su perfil es generalmente desconocido y la información disponible es parcial y fragmentada⁴⁵.

Para analizar el fundamento de esta intervención protectora del niño, niña y/o adolescente por parte de la legislación, seguiremos al profesor don Patricio Novoa Fuenzalida, quien, en el Artículo “Los menores ante el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social” inserto en la obra “Curso Internacional de Especialización para Jueces de menores y de Familia”, cita a Carlos García Oviedo, que señala como razones

⁴⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-Chile. *Boletín de Indicadores: Infancia y adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF- Chile. Santiago, 2000. (p.63)

básicas y fundamentales las siguientes; fisiológicas, de seguridad personal, de salubridad, de moralidad y, de cultura⁴⁶:

- Las razones fisiológicas indican que se hace necesaria la regulación del trabajo infanto-adolescente para poder velar que el desarrollo físico del niño, niña y/o adolescente se verifique en la forma más apropiada y normal, cuestión que no se cumpliría si se deja ejecutar trabajos desproporcionados o excesivos para los cuales no se encuentra capacitado, ni en condiciones de soportar.
- Las razones de seguridad personal del niño, niña y/o adolescente dicen relación con la debilidad evidente que presenta éste o ésta, al comparársele con un adulto, pues al enfrentarse a trabajos peligrosos se ve expuesto a accidentes que afecten su integridad física o psíquica, ya que no posee las condiciones suficientes que le permitan aplicar, de manera conveniente, la diligencia, cuidado o esmero exigido para que esa actividad sea segura.
- Las razones de salubridad tiene que ver con la limitación de aquellos trabajos que resulten perjudiciales para la salud del niño, niña y/o adolescente, y que por su edad puede ocasionarle daños irreversibles en su desarrollo.
- Las razones de moralidad se consideran porque, básicamente, aunque haya industrias que cumplan con las exigencias legales, pueden de algún modo herir los sentimientos de niño, niña y/o adolescente y entorpecer su educación, “como ocurre con la confección de ciertos impresos o dibujos, en la elaboración de determinados artículos, o en la prestación de ciertos servicios”⁴⁷.
- Las razones de cultura también esgrimen como fundamento de la protección laboral del niño(a) y/o adolescente, porque es deber, tanto de la familia como del Estado, velar por el más normal desenvolvimiento físico de éstos, así como la instrucción que debe darse de aspectos culturales y educativos, los cuales son necesarios de profundizar para lograr el desarrollo integral del niño(a) y/o adolescente⁴⁸.

⁴⁶ *Curso Internacional de especialización para Jueces de Menores y de Familia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1.983. (p. 148)

⁴⁷ Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3ª ed., t.II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998. (p.132)

⁴⁸ “El sistema de protección integral de derechos de los niños surge de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, de instrumentos específicos regionales y universales de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales, que sin tener la fuerza vinculante que tiene para el Estado los Tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo

Además, existe otro fundamento de gran relevancia y que ha sido comprobado en la práctica, cual es que el trabajo que comienza a temprana edad tiene como consecuencia la reproducción de círculos de pobreza, ya que la ocupación de mano de obra infantil va a significar un abandono de los estudios básicos, por las condiciones de pobreza que impulsan al niño(a) y/o adolescente a trabajar, y posteriormente, al poseer escasa o casi nada de capacitación, en la vida adulta tendrán amplias desventajas laborales y competitivas⁴⁹.

Recientes estudios sobre trabajo infantil en América Latina, orientados por UNICEF, se han centrado en los aspectos fundamentales del bienestar y el futuro desarrollo de los niños(as) y/o adolescentes. Estos estudios han revelado las consecuencias sociales y económicas que significa la interferencia del trabajo en el curso de la escolaridad⁵⁰, y el obstáculo que implica el trabajo infantil para la formación del capital humano. En consecuencia, el trabajo infantil tiene alta incidencia en la pobreza, y en última instancia, en el escaso ejercicio de la ciudadanía y la democracia⁵¹.

4.2. Regulación Normativa

Nuestro Código del Trabajo regula el trabajo de los “menores”⁵² en los artículos 13 y siguientes, estableciendo normas respecto de la capacidad para contratar, incapacidades relativas e incapacidades de obrar que afectan a los menores.

La capacidad para contratar libremente la prestación de servicios en materia laboral se alcanza a los 18 años de edad, según el artículo 13 inciso 1º del Código del Trabajo⁵³. Respecto a los menores de edad se establecen reglas específicas: para lograr la capacidad jurídico-laboral, dependiendo del rango de edad de que se trate (incapacidad

tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas...”. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Ministerio de Justicia. *Justicia y derechos del Niño*. Editorial Fondo de Las Naciones Unidas para la Infancia oficina de área para Argentina, Chile y Uruguay. Santiago, 1999. (p.16)

⁴⁹ UNICEF y Gobierno de Chile. *Trabajo Infantil, Freno al desarrollo*. Editorial UNICEF y Gobierno de Chile, a través del Ministerio del Trabajo. Santiago, 2000. (p.173-174)

⁵⁰ UNICEF. *Trabajo Infantil y Educación, documentos de políticas N° 1*. Editorial UNICEF, oficina Regional para América Latina. Bogota, 1996.

⁵¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF- Chile. Santiago, 2000. (p.63)

⁵² Una Ley de Protección Integral de derechos de los niños, “se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Además la protección es de los niños(as) y/o adolescentes, no se trata como el modelo de “Situación Irregular” de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes”. Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia y Ministerio De Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Editorial Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia oficina de área Argentina, Chile y Uruguay. Santiago, 1999. (p.19)

⁵³ Código del Trabajo, actualizado al 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59036.html#h2_1

relativa) y respecto de la naturaleza de las labores que pueden desarrollar los menores (incapacidades para obrar).

4.3. Incapacidades relativas para contratar.

Hay que hacer un distingo según se trate de⁵⁴:

- Menores de 18 años y mayores de 16 años. Estos menores pueden celebrar contratos de trabajos sólo si cuentan con la *autorización expresa* del padre o madre; señalándose en el inciso 2º del artículo 13⁵⁵ un orden de prelación para el caso de faltar alguno de ellos, en tal caso tendrán que dar dicha autorización el abuelo paterno o materno, guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo el menor, y a falta de todos los anteriores, del respectivo inspector del trabajo.
- Menores de 16 años y mayores de 15 años. Para que estos menores puedan contratar la prestación de sus servicios, necesitan dos requisitos adicionales, además de exigírseles la autorización señalada anteriormente: deben haber cumplido la obligación escolar, que según la ley 19.876 establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media, esto significa haber cursado y aprobado el cuarto año medio; y, que sólo podrán realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, que no impidan su asistencia a los establecimientos educacionales y su participación en programas educativos o de formación.

En caso que el inspector del trabajo hubiere autorizado al menor para contratar, deben poner los antecedentes respectivos en conocimiento del juez de menores que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización cuando lo estime inconveniente para el trabajador⁵⁶.

En los casos en que se haya dado autorización al menor para contratar, ya sea por su representante, el inspector laboral o el juez, se aplicarán las normas del artículo 251 del Código Civil, esto es, se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional e industrial, y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes.

⁵⁴ La Ley 19.684, publicada el 03 de junio de 2000, modificó los rangos de edades para dar cumplimiento al Convenio 138 de la OIT, estableciendo como edad mínima de admisión al empleo, 16 años de edad.

⁵⁵ Código del Trabajo, actualizado al 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59036.html#h2_1

⁵⁶ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59036.html#h2_1

No se aplica respecto de la mujer casada menor de 18 años la exigencia de autorización expresa para contratar de parte con un tercero, sino que se rige de acuerdo a lo establecido en el artículo 150 del Código Civil. Relativo a este tema, los profesores Thayer y Novoa señalan que la referencia al artículo 150 del Código Civil debe entenderse hecha sólo a que no necesita de la autorización del marido para celebrar el contrato, atendiendo el objetivo buscado por el mencionado artículo, lo que no significa que puede prescindirse de la autorización del inspector del trabajo o del juez en subsidio, y esto atendido el carácter tutelar y de orden público que tienen las normas sobre trabajo de menores, aún cuando el artículo 150 del Código Civil habla de la mujer casada “de cualquier edad”⁵⁷.

4.4. Incapacidad de obrar del Menor.

El Código del Trabajo establece que determinadas labores son susceptibles de ser realizadas por un menor y respecto de otras actividades las señala como prohibidas dependiendo de su naturaleza.

Además, en el inciso 7° del artículo 13⁵⁸ se establece que el menor de 18 años en ningún caso podrá trabajar más de 8 horas diarias, esto es, se señala un tope máximo a la jornada de trabajo que puede realizar un menor en cualquier trabajo que ejecute; lo cual, para los profesores Thayer y Novoa se entiende referido a la jornada normal y no se aplica dicha prohibición para el caso en que excepcionalmente, y utilizando el *ius-variandi* el empresario prorroga la jornada de trabajo, en forma obligatoria de acuerdo al artículo 28 (hoy artículo 29)⁵⁹ del Código, esto es “cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito o cuando deben impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias e instalaciones”⁶⁰. Sin embargo, estimo que debe tenerse especial consideración en la aplicación de esta norma, pues la intención del legislador es clara e imperativa al señalar “*en ningún caso*”, lo cual, en virtud de la aplicación de los principios protectores de los menores, debe significar que no podría exigirse a ningún niño(a) y/o adolescente menor de 18 años de edad que su jornada de trabajo excediera de estas ocho horas. Ahora bien, la única forma de conciliar esta prohibición con el *ius-variandi* por parte del empleador, se presentaría en aquellos casos en que un menor trabaja menos horas que el máximo establecido en la

⁵⁷ Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo 3ªEd., Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. (p.166)

⁵⁸ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo 3ªEd., Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. (p.167)

ley, pudiendo eventualmente el empleador extender su jornada, en virtud del *ius-variandi*, sólo hasta completar la jornada diaria de ocho horas, pero no más allá.

Respecto de la incapacidad de obrar del menor podemos clasificar las actividades en:

- Trabajos ligeros
- Trabajos subterráneos
- Trabajos pesados o peligrosos
- Trabajo nocturno
- Trabajo en cabarets y establecimientos análogos

Así el artículo 13 inciso 3^o⁶¹ señala que el menor de 16 y mayor de 15 años será admitido *en trabajos ligeros*⁶² que no perjudiquen su salud y desarrollo, que no impidan su asistencia a la escuela y su participación en programas educativos o de formación.

*Acerca de los trabajos subterráneos, pesados o peligrosos*⁶³, el artículo 14⁶⁴ del Código del Trabajo establece que no puede contratarse para realizar éstos a ningún menor de 18 años, teniendo como criterio el que puede afectar su salud, seguridad o moralidad de los menores. Sin embargo, esta prohibición es relativa respecto de los trabajos subterráneos, ya que el inciso 2^o del mismo artículo exige, para el caso de contratar a menores de 21 años para este tipo de trabajo, un examen de aptitud previo, señalando a continuación una multa para el caso de contravención a esta norma.

El artículo 18⁶⁵ del Código del Trabajo regula lo relativo *al trabajo nocturno*,⁶⁶ prescribiendo que a los menores de 18 años les afecta la prohibición de realizar todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales que se ejecute entre las veintidós y las siete horas, admitiéndose como excepción a aquellos trabajos nocturnos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de ellos. Queda claro que el termino “Familia” es un concepto demasiado amplio para una norma de carácter excepcional y que por lo tanto debe interpretarse restrictivamente; queda abierto el grado de parentesco, bajo la autoridad de que miembros de esta familia, la norma debió ser más específica, señalando el parentesco y su grado con limitaciones. Creo importante destacar lo señalado por el autor don Miguel Cillero Bruñol en cuanto a los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educación de los niños, quienes son pilar

⁶¹ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1

⁶² Cursiva propia.

⁶³ Ibid

⁶⁴ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Cursiva propia

fundamental en la familia, en el proceso de orientación, dirección y evolución de los niños. “ Así el artículo 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: El interés superior del niño⁶⁷ (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención” de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en la orientación y dirección de sus hijos, tiene por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre el ejercicio de los derechos del niño e interés superior”⁶⁸. De esto queda claro que debió referirse a los padres o establecer parientes de grado más próximo, a falta de éstos.

Esta prohibición del artículo 18⁶⁹ del Código del Trabajo exceptúa a los varones mayores de 16 años para trabajar en las industrias y comercios que determine el reglamento, tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, deben necesariamente continuarse de día y de noche.

A su turno, el artículo 15 del Código del Trabajo prohíbe a los menores de 21 años trabajar en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos en vivo, y también en aquellos en que expendan bebidas alcohólicas que deban ser consumidas en el mismo establecimiento.

No obstante, la prohibición no rige para el caso en que los menores cuenten con autorización expresa de su representante legal o del juez de menores⁷⁰. Aquí se infringe claramente la Convención sobre los Derechos del Niño ratificado por Chile, que en su artículo 32 reza “Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

⁶⁷ Concepto que será analizado en el capítulo 8.5.

⁶⁸ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Editorial Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia oficina de área Argentina, Chile y Uruguay. Santiago. 1999. (p. 60).

⁶⁹ Código del Trabajo actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1

⁷⁰ Según Código del Trabajo actualizado a fecha 14 de febrero de 2007 y 1° de marzo de 2008, el artículo 15 inciso 2° continua señalando para esta excepción “expresa autorización de su representante legal y del juez de menores”. En www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1.zip.

Como ya se ha señalado anteriormente, el límite de edad que origina una incapacidad es de 15 años, sin embargo existe una excepción a este mínimo que se encuentra en el artículo 16⁷¹ del Código del Trabajo, según el cual se puede permitir a los menores de 15 años, en casos debidamente calificados y con autorización expresa de su representante legal o del juez de menores, que celebre contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares. Dicha excepción quizás podría explicarse por la especial naturaleza de estas labores, ya que permitirían que el menor desarrolle destrezas y habilidades importantes para su crecimiento integral. Pero también podría pensarse que interrumpe su proceso educativo y transgrediría la Convención y el artículo 32 mencionado en el párrafo anterior.

4.5. Capacidad Procesal del Menor.

Como se ha señalado, los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis pueden celebrar contratos de trabajo si cuentan con la autorización expresa de las personas que señala el inciso 2° del artículo 13⁷² del Código del Trabajo. Por su parte, los menores de 16 años y mayores de 15 pueden ser contratados para la prestación de sus servicios si cumplen con los requisitos establecidos en el inciso 3° del mismo artículo, entre ellos la autorización a que se refiere el inciso 2°. Y una vez que se ha otorgado dicha autorización se aplicará al menor las normas del artículo 251 del Código Civil, y se le tendrá por plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes; es decir, como mayores de edad podrán administrar y disponer del goce de su peculio profesional. En este sentido *la jurisprudencia*, cuando se consideraba como edad mínima para que un menor trabajara *los catorce años* señaló que “*de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 del Código del Trabajo, los mayores de 14 años serán considerados plenamente capaces, razón por la cual el padre que comparece por su hijo menor, debe acreditar que tiene poder para representarlo*”⁷³.

4.6. Efectos de la Celebración de un Contrato de Trabajo con un Menor, contraviniendo las reglas establecidas en la normativa.

Si bien la ley se ha preocupado de establecer normas específicas y prohibitivas para la protección de aquellos menores que se integran a la vida laboral, es de regular ocurrencia que en la práctica no se cumplan dichas normas por parte de los empleadores, ya sea ocultando el hecho de tener trabajando en sus empresas a menores sin cumplir con

⁷¹ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1.

⁷² Ibid.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 1988.

el requisito de la autorización expresa de sus representantes legales en los casos requeridos, sea faltando a la prohibición de la edad mínima para trabajar, sea asignando labores que no corresponde ser desarrolladas por un menor, etc.

En todos aquellos casos en que se contrate a un menor contraviniendo las reglas específicas contenidas en los artículos 13⁷⁴ y siguientes del Código del Trabajo, se producirán los efectos señalados en el artículo 17⁷⁵ del mismo, efectos que a continuación se enumeran:

- i. En primer lugar, *el empleador está sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare*. Lo cual significa que aún cuando exista un vicio de nulidad en la celebración del contrato de trabajo, el empleador está obligado a su cumplimiento mientras dure, igual que si se tratare de un contrato plenamente válido. En consecuencia, no obstante constatarse la existencia del vicio en cuestión, la nulidad de que adolece el contrato no producirá efectos retroactivos, como es la regla en Derecho laboral respecto de la nulidad; lo cual se explica atendiendo al fin proteccionista del Derecho del Trabajo; y más aún en esta materia, en que el trabajador es una persona que se encuentra en mayor desventaja en la relación laboral. Asimismo, no tendría por que privarse al menor de las contraprestaciones a que tiene derecho por haber prestado sus servicios personales, ya que en el hecho, el trabajo existió y el empleador ya se vio favorecido con el mismo. En este mismo sentido E. Krotoschin, en su obra *Tratado de Derecho del Trabajo*, afirma que “no hay razón para castigar también al trabajador al negarle el pago por el trabajo efectivamente prestado, haya conocido o no la nulidad de la cláusula contractual”⁷⁶.

El código señala que el empleador debe cumplir con todas las obligaciones inherentes al contrato mientras éste se aplique, por lo que es necesario precisar cuáles son las obligaciones a que se refiere:

- Se entiende que aquellas son las obligaciones que expresamente han sido contraídas en virtud de la naturaleza del contrato celebrado con el menor (por ejemplo beneficios adicionales que se hayan pactado);

⁷⁴ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulo-59096.html#h2_1.

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Krotoschin, Ernesto. *Tratado de Derecho del trabajo 2º Ed., Vol. I*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.1965. (p.186).

- Sin embargo, también se incluyen como obligatorios aquellos beneficios otorgados en forma permanente e invariable por una empresa respecto de sus trabajadores, ya que ellos pasan a constituir cláusulas tácitamente incorporadas al contrato de trabajo postura que ha sido sostenida por la Dirección del Trabajo, y que ha tenido asidero en nuestra jurisprudencia⁷⁷.
 - También, se entienden incluidas aquellas obligaciones que provienen de la ley laboral, ya sea que estén establecidas expresamente referidas al contrato de trabajo como a la obligación de cuidado que cae sobre el empleador, contenida en el artículo 184⁷⁸ del Código del Trabajo, o que se refieran a diversos aspectos de la temática laboral: leyes referidas a ciertos derechos establecidos a favor de los trabajadores; como sería el caso de la obligatoriedad del pago de las cotizaciones previsionales, el pago de los beneficios y prestaciones que se derivan de aquellas, las contenidas en la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, todo esto a modo de ejemplo.
- ii. Otro efecto en esta materia es *que el inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación laboral*. El inspector del trabajo tiene la facultad de suspender indefinidamente la relación laboral en los casos en que tome conocimiento de que un menor de 18 años se encuentra trabajando en forma ilegal⁷⁹, o sea, esto no significa que la relación laboral se dé por terminada, ya que la terminación se debe efectuar en la forma que corresponde según lo estipulado al efecto por nuestro Código del Trabajo, sino que a partir de ese momento el menor cesará de prestar sus servicios al respectivo empleador. Dentro de esta facultad que tiene el inspector del trabajo se encuentra contenida la de adoptar las medidas necesarias para asegurarse que el empleador dará cumplimiento a las obligaciones pendientes, y a que el menor no seguirá prestando sus servicios a aquél.

⁷⁷ Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3° ed., Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1998. (p. 198)

⁷⁸ Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1

⁷⁹ Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3° ed., Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 1998. (p. 170-171)

- iii. Igualmente, *el inspector del trabajo debe imponer al empleador las sanciones que procedan*, que generalmente consisten en multas.

En relación al carácter prohibitivo y de protección de las normas laborales para aquellos menores que se integran a la vida laboral. Sin embargo, antecedentes⁸⁰ dan cuenta que de cada diez niños(as) y/o adolescentes que trabajan, cuatro tienen menos de 14 años y seis, entre 15 y 18 años de edad. Esta contratación es un indicador relevante desde el punto de vista jurídico, ya que la legislación chilena prohíbe el trabajo de niños(as) y/o adolescentes menores de 16 años; autorizando en condiciones especiales a los mayores de 15.

5. REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE LOS NIÑOS(AS) Y/O ADOLESCENTES

5.1. Convenciones de la O.I.T

La propia Organización Internacional del Trabajo ha denominado a un grupo de Convenios celebrados como “convenios básicos o fundamentales” entendiéndolos que estos son la base primordial de la regulación internacional, por la relevancia de las materias que tratan, y dentro de las cuales se encuentra el Convenio número 138⁸¹ sobre la edad mínima y el Convenio número 182⁸² sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil. Lo anterior nos muestra que esta materia es de primordial importancia y que respecto de ella rigen principios generales imprescindibles para la mejor protección de los infanto- adolescentes en el aspecto laboral.

A. Convenio número 138⁸³; este fue adoptado como un instrumento internacional general, que regulara la edad mínima de admisión al empleo “aplicable a sectores económicos, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños(as) y/o adolescentes”, dado los anteriores convenios celebrados para establecer la edad mínima para cada sector económico determinado. En términos generales, se expresa la obligación de todos los miembros de la Organización Internacional del Trabajo de elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, la que “no

⁸⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF Chile. Santiago, 2000. (p. 67)

⁸¹ 102 ratificaciones al 10.11.2000, la OIT tiene 175 miembros y no todos los miembros que pertenecen a las Naciones Unidas son miembros de la OIT.

⁸² 47 ratificaciones al 10.11.2000.

⁸³ Ratificado por Chile en 1999.

deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años”⁸⁴. Y respecto de los empleos o trabajos que por su naturaleza o las condiciones en que se realicen puedan resultar peligrosos para la naturaleza o condiciones de los menores, no deberá ser inferior a los 18 años⁸⁵. En el artículo 7º se permite la admisión al empleo de personas entre trece y quince años de edad en trabajos ligeros, estableciéndose como condición que éstos: “a) no sean susceptibles de perjudicar su salud y 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”; además, establece que deberá determinarse específicamente las actividades que podrán autorizarse que realice el menor, el número de horas y las condiciones en que podrán llevarse a cabo dicho empleo o trabajo.

Por su parte, la Recomendación sobre la edad mínima, de 1973, adoptada por la Conferencia General de la O.I.T, establece criterios y da pautas respecto de la política nacional que deben seguir los Estados Miembros, consideraciones específicas sobre la edad mínima y relacionado con los trabajos peligrosos, condiciones de trabajo y medidas de control destinadas a asegurar la aplicación efectiva del Convenio número 138.

B. Convenio Número 182⁸⁶, de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación: en su Artículo 3º se precisa que debe entenderse por peores formas de trabajo infantil; éste incluye todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a ella; la utilización; el reclutamiento o la oferta para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas, para la realización de actividades ilícitas, particularmente lo relacionado a la producción y tráfico de estupefacientes y, todo trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleven a cabo, sea probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Se establece la obligación de cada Miembro de establecer o designar mecanismos apropiados para vigilar la aplicación de las disposiciones del convenio; elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar las peores formas de trabajo infantil; adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la aplicación y el

⁸⁴ Artículo 2.3

⁸⁵ Artículo 3.1

⁸⁶ Ratificado por Chile en el año 2000.

cumplimiento efectivo de las disposiciones por las que se dé a este Convenio, como sanciones penales o de otra clase. Este Convenio, como se señaló anteriormente, forma parte de aquellos que la propia OIT ha clasificado como básicos o fundamentales, por ser ésta de vital importancia para el desarrollo y protección de los derechos fundamentales, y ante ella los Estados deben tomar parte activa en su eliminación.

Respecto del trabajo nocturno de los menores encontramos⁸⁷:

C. Convenio número 90, de 1948, que regula la contratación en trabajos nocturnos de menores por parte de empresas industriales, las que son definidas en el artículo 1.1 del Convenio, y que comprende el área de la minería, empresas manufactureras, de edificación e ingeniería civil y empresas dedicadas al transporte de personas o mercancías.

Además, se señala que la legislación nacional de los Estados miembros podrá exceptuar de la aplicación del Convenio el empleo en un trabajo no considerado nocivo, perjudicial o peligroso para los menores, cuando dicho trabajo se efectúe en empresas familiares en que solamente estén empleados los padres y sus hijos o pupilos. La regla general es que se prohíbe emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, pero hay casos excepcionales que el mismo Convenio señala, como para el caso de aprendizaje y de formación profesional.

D. Convenio número 79, de 1946, relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. En su artículo 1.1 señala el ámbito de aplicación del Convenio: "... los menores, empleados en trabajos no industriales, que perciban un salario o una ganancia directa o indirecta" y en el 1.2 se precisa que en "trabajos no industriales" comprenderán a aquellos que no estén considerados por las autoridades como industriales, agrícolas o marítimos; y la limitación consiste en la prohibición de emplear y hacer trabajar de noche a menores durante un período de catorce horas consecutivas, comprendiendo el intervalo entre las ocho de la noche y las ocho de la mañana.

⁸⁷ Chile no ha ratificado los Convenios número 90 y 79.

En lo relativo a la exigencia de examen médico de aptitud para el empleo de los menores se han suscrito⁸⁸:

E. Convenio número 77, de 1946 (trabajos industriales), **Convenio número 78** de 1946 (trabajos no industriales), **Convenio número 124** de 1965 (trabajo subterráneo), los cuales prescriben la realización de un examen médico de aptitud a todo menor para ser admitido al trabajo o empleo en estas actividades⁸⁹, el que deberá ser efectuado por un médico calificado y deberá ser certificado en la forma apropiada. Respecto de la exigencia de examen a menores para el empleo en trabajos subterráneos, además de exigirse un examen médico completo de aptitud, se establece que posteriormente deberán realizárseles exámenes periódicos a intervalos que no excedan de un año, ya que por la naturaleza de estos trabajos los menores se ven más expuestos a hechos que afecten su salud y seguridad. En este tema se debe tener en consideración la Recomendación número 125, del año 1965, de la Conferencia General de la OIT, relativa a las condiciones de empleo de los menores para el trabajo subterráneo en las minas; en la cual se define el término “minas”, se señalan los métodos de aplicación de la Recomendación, se recomienda incluir instrucción práctica y teórica acerca de los peligros para la salud y seguridad a que están expuestos los trabajadores de minas, las medidas de higiene y los primeros auxilios, así como las precauciones a tomar para preservar la salud y la seguridad, además, recomienda medidas acerca del descanso semanal y vacaciones anuales pagadas que serían convenientes para este tipo de trabajo.

5.2. Otras normas internacionales

Es necesario señalar que, además de los Convenios emanados del organismo especializado en materia laboral (OIT), tienen aplicación directa otras normas internacionales, las que revisaré en el tema específico que nos ocupa:

⁸⁸ Los convenios número 77, 78 y 124 de la OIT no han sido ratificados por Chile.

⁸⁹ Código del Trabajo Chileno actualizado a 14 de febrero 2007, establece en el artículo 14 inciso 2° que exige examen de aptitud previo para los menores de 21 años, respecto de trabajos subterráneos.

- A. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ratificado por nuestro país, que en su artículo 10.3 establece que los Estados Partes deberán adoptar las medidas necesarias de protección respecto de todos los niños(as) y adolescentes, sin ningún tipo de discriminación y, que deberá protegerse a los niños(as) y adolescentes contra la explotación económica y social. Señalando además, que la ley sancionará cualquier práctica destinada a emplearlos en trabajos nocivos para su moral y salud, o en aquellos que hagan peligrar su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal. Asimismo, los Estados deberán establecer límites de edad, de modo que bajo ese límite quede prohibido y se sancione por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.
- B. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, suscrito por Chile el 16 de diciembre de 1966 y ratificado en 1989, tiene un artículo específico en el cual se prescribe la protección de que deben ser objeto los niños(as), que señala “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”⁹⁰.
- C. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, ratificado por Chile en 1991. En su artículo 19 señala “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”, redacción similar al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con lo cual se abarca un amplio ámbito de obligaciones de parte del Estado respecto de la protección de los menores, que incluye la protección laboral.
- D. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile en 1990; Convención que obedece a la necesidad de otorgar una protección especial a los niños que ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño adoptada por

⁹⁰ Artículo 24 de dicho Pacto Internacional.

la Asamblea General del 20 de noviembre de 1989, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Algunos de los contenidos que reflejan la importancia que tiene esta Convención en materia laboral son: se establece que se entenderá por “niño” todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que según la ley aplicable alcance la mayoría de edad antes, con la cual se reconoce una categoría específica de sujeto de derechos para el niño. Respecto de la seguridad social se reconoce el derecho de todo niño de beneficiarse con ella y también con el seguro social, debiendo los Estados Partes adoptar las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho se verifique plenamente. En el artículo 32 de la Convención se reconoce el derecho que tiene el niño al 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; señalando además, que cada Estado Parte deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la debida aplicación de este artículo, y particularmente deberán fijar una edad o edades mínimas para trabajar, dispondrán la reglamentación apropiada de horarios y condiciones de trabajo, como asimismo, estipular las penalidades u otras sanciones para asegurar la aplicación efectiva de las medidas antes señaladas.

El cambio conceptual que ha sido graficado como el paso de la consideración de las necesidades a la de los derechos, que es explicando perfectamente por A. Baratta señalando que esta idea “se basa en la continuidad conceptual de necesidades reales y Derechos Humanos, o sea, en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos... que permitan al portador de necesidades, percibirse y organizarse como un sujeto de derechos”⁹¹.

⁹¹ Baratta, A. “*La situación de la protección del niño en América Latina*”, en ficha N° 1. Fundación Pibes Unidos. Argentina, 1992.

6. EL DERECHO A LA EDUCACION PARA TODOS LAS PERSONAS CONSAGRADO EN NUESTRA CONSTITUCION

6.1. Análisis del artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República de Chile.

El derecho a la educación tiene carácter y hay en él un agente activo. La comunidad toda, encabezada por el Estado y con la muy importante participación de los padres, que deben brindar educación. En cambio, la libertad de enseñanza es de naturaleza individual o personal, se refiere al derecho de cada uno a impartir educación, y el papel del medio social, y principalmente del Estado, es el de no coartar, restringir o impedir el ejercicio de esta expresión del pensamiento libre. El constituyente de 1980 hizo bien cuando separó en dos garantías el derecho a la educación y la libertad de enseñanza⁹².

Para el estudio de esta normativa, dividiremos la materia en tres párrafos, que sin seguir el orden del precepto constitucional, abarca su contenido⁹³:

- i. El derecho *a la educación* propiamente tal. Acceso a los diferentes niveles,
 - ii. Derecho de los Padres;
 - iii. Objeto de la educación y deberes consiguientes del Estado y de la comunidad.
-
- i. El derecho *a la educación*⁹⁴, como ya se expresó, aparece en el Acta N° 3 y luego en la Constitución de 1980, por primera vez en nuestra historia.

El constituyente de 1980, recogiendo y concretando las tendencias neocontemporáneas que enfatizan la importancia de la consagración constitucional de los derechos del hombre en el medio social, incorporó a nuestra institucionalidad fundamental el derecho a la educación en términos que revelan como una de las fuentes inspiradoras el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

El derecho a la educación, por su naturaleza social, comprende en principio a todos los que precisen acceder a ella, sin que eso signifique que sea para ellos una prestación de cumplimiento forzado. En casi todos los

⁹² Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. (p. 331)

⁹³ Ibid., (p.332 y sgtes)

⁹⁴ Cursiva propia

derechos sociales, en cuya realización en el medio nacional está comprometida la comunidad y, particularmente, el Estado, las disponibilidades financieras, que dependen de la situación general de la economía del país, determinan en gran medida los márgenes de su ejecución. Por ello, el derecho a la educación expresa esencialmente una actitud de la institucionalidad que recoge una necesidad o una aspiración social y abre cauces para su satisfacción. Por lo mismo, este derecho - y en general los de similar naturaleza - no está defendido por un recurso especial, de excepción, que supone la exigencia de una resolución rápida para amparar un derecho actual que ha sido conculcado o desconocido cuando se estaba ejerciendo.

A fin de instalar realmente este derecho al interior de la sociedad civil, el Constituyente encarga al Estado “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles”, y a la comunidad “contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación” (artículo 19 N° 10 incisos 6° y 7°). Se dispone, asimismo que “el Estado promoverá la educación parvularia” y que “la educación básica y media⁹⁵ son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella a toda la población”. Por el contrario Enrique Evans de la Cuadra señala que “la educación es general, la que es obligatoria y parcialmente gratuita, de cargo del Estado”.⁹⁶

- ii. Aceptando una tesis que la doctrina y la cátedra habían sostenido, el constituyente incorpora un criterio fundamental en materia de educación; los primeros educadores son los padres y por ello se le asegura⁹⁷:
 - a) El derecho preferente de educar a sus hijos. Lo que, además, es un deber, y
 - b) La facultad de elegir para ellos el establecimiento de enseñanza que ha de complementar la educación recibida en el medio familiar.

⁹⁵ La obligatoriedad de la educación básica en nuestro país data de 1920 a través de la Ley N° 3654 del 26 de agosto de tal año, que dio el carácter de obligatoria a la educación primaria(básica), principio que reiteró el N° 7 del artículo 10 de la Constitución de 1925. La novedad en la Carta de 1980 es la referencia a la educación parvularia, incorporada en el texto por reforma constitucional de 2 de octubre de 1999. Cabe hacer presente que la incorporación de la educación media como obligatoria, es reciente puesto que obedece a la reforma constitucional de la Ley N° 19.876 de 22 de mayo de 2003.

⁹⁶ Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. (P. 333)

⁹⁷ *Ibid.* (P. 333).

La explícita consagración Constitucional de esta garantía no sólo excluye toda acción o tentativa de dominio o preeminencia de alguna autoridad o de terceros en el ejercicio de esos derechos; el constituyente, además, encarga perentoriamente al Estado brindar protección, en todos los planos para que sea eficaz, el ejercicio que los padres hagan de tales facultades. La inspiración cristiana, humanista, de estos preceptos, que recogen principios de derecho natural, aparece evidente.

- iii. El precepto que nos ocupa fue extremadamente cuidadoso en encomendar tareas y funciones al Estado y la Sociedad para hacer realidad el derecho a la educación. Es así que se declara que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona, lo que exige un medio social en que el Estado impulse la educación, estimule la investigación, fomente la creación artística y tutele el patrimonio cultural de la nación. Son obligaciones que el Estado debe ir cumpliendo en forma paulatina y que si bien no lo son perentoriamente exigibles, comprometen la responsabilidad ética y política de las autoridades ante la opinión pública. Si el Estado abandona o sólo cumple accidental o parcialmente esas funciones, estará comprometido seriamente el desarrollo integral de las personas. *No existe en el ámbito social otro grupo de tareas estatales de mayor trascendencia colectiva*⁹⁸. Para realizar esta verdadera norma declaratoria de principios, el Estado puede requerir la colaboración de la comunidad, que debe prestarla conforme al inciso final de este número.⁹⁹

La educación está estrechamente vinculada con el ejercicio pleno de la ciudadanía y la igualdad de oportunidades. Por ello, el mejoramiento de la calidad de la educación se traduce en un mejoramiento de las oportunidades y de la vida de las personas. Como tal, se considera un derecho básico de carácter universal. Reconocer este derecho implica garantizar a cada niño y niña una formación básica adecuada; diferentes alternativas de educación media que incluyan formación vocacional.

Resultan claro los avances que ha experimentado la educación en la última década, aún no supera sus problemas más profundos. Si bien las obligaciones que señala el autor Enrique Evans de la Cuadra en que señala que “el Estado impulse la educación, estimule la investigación, fomente la creación artística y tutele el patrimonio cultural de la nación”, hoy el sistema está fuertemente segmentado e inequitativo, condiciones estructurales que permanecen relativamente inalteradas. Un indicador inequívoco de esta situación son las

⁹⁸ Cursiva propia

⁹⁹ Copiar inc. Final CPE .

abismantes diferencias que persisten –y se acrecientan- el acceso a la educación superior¹⁰⁰: los jóvenes más pobres tienen siete veces menos acceso a ella que los que provienen de sectores de posiciones económicas más altas. También a modo de ejemplo, el esfuerzo hecho por el Estado para asegurar el acceso a la educación prebásica ha resultado insuficiente; si se considera la zona de residencia de las familias, se observa que, si bien el aumento de la cobertura se ha producido tanto en áreas urbanas como rurales¹⁰¹, persisten entre ambas sensibles desigualdades: la asistencia a la educación preescolar en las ciudades es más del doble que en las zonas rurales. En Estas últimas, solo el 15% de los niños y niñas menores de 6 años asiste a algún establecimiento de este nivel escolar, cifra que a pesar de todo, duplica lo logrado a comienzos de la década de los noventa.¹⁰² Entonces hoy el Estado se encuentra en el impulso de la Educación en todos sus niveles, lejos está la investigación, el fomento de la creación artística, entre otras.

6.2. Ley Orgánica Constitucional sobre Enseñanza N° 18.962.

Concluye el N° 11 del artículo 19 de la Constitución de 1980 encargando a una Ley Orgánica Constitucional el establecimiento de los “requisitos mínimos” que serán exigibles a la enseñanza básica y media, debiendo además señalar las normas que permitan al Estado asegurar el cumplimiento de dichos requisitos mínimos. Comprende este encargo, asimismo, la tarea de “establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel” lo que esta vez incluye a la educación superior o universitaria.

El legislador cumplió este mandato a través de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.962 de 10 de marzo de 1990 sobre enseñanza, en la efectivamente se precisan los mencionados requisitos mínimos y el modo de otorgar el reconocimiento oficial del Estado a todos los establecimientos educacionales, incluidos los de carácter superior o universitario.

¹⁰⁰ Encuesta CASEN 1990, 1992, 1994, 1996 MIDEPLAN.

¹⁰¹ El Instituto Nacional de Estadística considera rural toda localidad con mil habitantes o menos y aquellas con mil o dos mil habitantes, siempre que más del 50% de su población económicamente activa esté dedicada a actividades primarias (agricultura, pesca, minería). A partir de 1996 la encuesta CASEN adopta esta misma definición.

¹⁰² Encuesta CASEN 1990, 1992, 1994, 1996 MIDEPLAN.

6.3. El derecho a la educación y su establecimiento en el ordenamiento jurídico chileno.

El derecho a la educación, aparece en el Acta N° 3 y luego en la Constitución de 1980¹⁰³, por vez primera en nuestra historia constitucional^{104 105}. La obligatoriedad de la educación básica es antigua en nuestro país; cabe recordar la Ley N° 3654 de 26 de agosto de 1920 dio el carácter de obligatoria a la educación primaria (básica), posteriormente encontramos una insinuación del tema en la Constitución de 1925 en el N°7 del artículo 10, cuando expresaba que “la educación primaria es obligatoria”, señalando indirectamente que, para cumplir con este deber, existía un derecho a impetrar la educación elemental¹⁰⁶.

Y por último el 07 de mayo de 2003 el Presidente de la República, Ricardo Lagos, Promulgó la Reforma Constitucional que establece la enseñanza media obligatoria y gratuita, entregando al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso a este nivel educacional para todos los chilenos hasta los 21 años de edad. El objetivo es que los niños(as) y adolescentes tengan un mínimo de 12 años de escolaridad, la cual incluye políticas públicas complementarias para abordar situaciones como la deserción escolar y el embarazo adolescente.

¹⁰³ C.E.N.C, sesión N° 139 de 17 de junio de 1975; Sr. Evans “Es decir, la intervención del Estado queda reducida al mínimo: requisitos mínimos de promoción de la enseñanza básica a la enseñanza media y requisitos mínimos de egreso de la enseñanza media. Hasta ahí la intervención del Estado”. “Y cree que es necesario para el país el otorgar a los establecimientos privados la más amplia libertad de enseñanza”.

¹⁰⁴ C.E.N.C sesión N° 141 de 24 de julio de 1975; Sr. Ovalle “Expresa que ha partido de la base de que, íntimamente vinculada la educación con la enseñanza, son sin embargo, dos cosas sutilmente distintas”.

“La educación, prosigue, la ha mirado esencialmente como, un derecho social que la comunidad debe garantizar y otorgar a cada chileno: La educación no impone ni al Estado ni a la comunidad la obligación de abstenerse de intervenir como si fuera una libertad cualquiera. La educación es una obligación que el Estado y la comunidad tienen con respecto de cada uno de sus componentes: tienen la obligación de garantizarle a cada componente el derecho a ser educado”. “En cambio, la libertad de enseñanza se mira desde otro ángulo. ¿En qué consiste? Cree, en esto, interpretar lo que brillantemente dijo don Enrique Evans. La libertad de enseñanza obliga esencialmente a la comunidad, y preferentemente al Estado, a no intervenir, a dejar que cada uno enseñe lo que puede enseñar y lo que quiera enseñar, con la condición esencial de que no altere, de que no viole ni las buenas costumbres, ni la moral, ni el orden público”.

¹⁰⁵ C.E.N.C sesión N° 141 de 24 de julio de 1975; el Sr. Ovalle “Por consiguiente, es fundamental que la Constitución no sólo consagre el derecho a la educación, sino que señale además, la delegación de la comunidad toda para que actúe en función de garantizar que **ese derecho a la educación sea efectivo**”. “De ahí, entonces que en esta parte debiera consignarse la obligación del Estado de proveer el adecuado financiamiento de los requerimientos de la educación y la enseñanza”. (Cursiva propia). Para destacar la importancia que atribuye el Sr. Ovalle de que el establecimiento obligatorio y gratuito de cierto nivel educacional requiere además, del adecuado financiamiento, la participación de la comunidad toda para que ese derecho sea efectivo; tema que fue tratado en el capítulo III punto 3.5.

¹⁰⁶ Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. (p. 332).

6.3.1. Educación Básica Obligatoria

En 1860 la Ley de Instrucción Primaria establece las bases del sistema público de educación; el 26 de agosto de 1920 se promulgó la Ley N° 3654, de educación primaria obligatoria, que aseguró cuatro años de escolaridad para niños y niñas; que se reiteró en el N° 7 del artículo 10 de la Constitución de 1925. En 1929 se elevó la escolaridad a seis años; En 1965 se incrementó a ocho años.

En 1970 su cobertura ya superaba el 90%, en 1980 era más del 95%; y en 1996, el 98.2% de los niños y niñas del país accedía a la educación básica. El ingreso y permanencia en este nivel no se ve mayormente afectado por la situación socioeconómica de las familias. La incorporación a la educación básica de los niños del quintil más pobre de la población es superior al 95%.¹⁰⁷

I quintil	II quintil	III quintil	IV quintil	V quintil
97.2	98.6	98.6	99.3	99.5

- Fuente. Encuesta Casen, 1998, MIDEPLAN.

En la actualidad casi la totalidad de los niños y niñas tienen acceso a la educación básica en Chile. De ahí el desafío actual sea mejorar su calidad y equidad, calidad en los procesos educativos y en la equidad de su distribución entre los diferentes niveles sociales de la población.

6.3.2. La Educación Media Obligatoria

El 26 de agosto de 2002 el Presidente Ricardo Lagos firma y envía el proyecto de Ley que asegura doce años de escolaridad a todos los niños y niñas. Y así el 07 de mayo de 2003, bajo el artículo único de la Ley N° 19.876, el Presidente de la República, don Ricardo Lagos promulgó la reforma constitucional que establece la enseñanza media obligatoria y gratuita, entregando al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso hasta los 21 años de edad¹⁰⁸.

Para concretar esto el país necesita trabajar mancomunadamente; al inicio de los noventa la escolaridad promedio de los chilenos era de 8.7 años, mientras que el año 2000 se elevó a 9.2 años, sin embargo, la escolaridad promedio de los más pobres es de solo 7.8 años. *Se estima que cerca de trescientos mil chilenos menores de 21 años no han*

¹⁰⁷ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNCEF- Chile. Santiago, 2000. (p.31)

¹⁰⁸ La Ley N° 19.876, con su artículo único, fue publicada en el Diario Oficial de 22 de mayo de 2003.

*terminado su enseñanza media, especialmente en los sectores más vulnerables y en situación de pobreza*¹⁰⁹.

La educación media en Chile durante la década de los ochenta fue definida, como de excepción y, en verdad nunca se proyectó como un objetivo de la política. Ya, en los últimos años de la década de los noventa se comenzó a debatir la posibilidad de considerar sus dos primeros años como parte de la educación obligatoria, ampliando de ocho a diez años la escolaridad mínima legal; solo el año 2000 el gobierno se planteó el objetivo de llevar a doce años el promedio de estudio en el país¹¹⁰.

La enseñanza media, además de constituir el puente que lleva a la educación superior, es en la actualidad un requisito básico para ingresar ventajosamente al mercado del trabajo. Por lo tanto, constituye un espacio clave para la distribución de las oportunidades de vida entre los jóvenes en el Chile de hoy¹¹¹.

Durante la década pasada, la diferencia de cobertura de la educación media entre los más ricos (V quintil) y los más pobres (I quintil) se ha mantenido en más de un 20% a favor de quienes provienen de familias de mayores ingresos.

6.3.3. Análisis sobre la educación pre-escolar como parte del proceso educativo que comprende una etapa fundamental dentro del ciclo evolutivo.

Existen evidencias de que la estimulación a temprana edad tiene efectos altamente positivos en el desarrollo personal y en el posterior desempeño escolar de los niños y niñas. La investigación demuestra que la asistencia a algún tipo de establecimiento preescolar, que desarrolle sus capacidades afectivas y cognitivas, tiene más adelante un impacto positivo en los primeros años de educación básica, especialmente entre niños y niñas de familias de escasos recursos. Es decir, la educación preescolar demuestra ser más útil justamente para los sectores más pobres de la población.

¹⁰⁹ Fuente, MINEDUC, 2000. (Cursiva propia)

¹¹⁰ Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile...*(p.38)

¹¹¹ Los análisis realizados por la CEPAL en el “Panorama Social 1997” sobre la transmisión intergeneracional de las oportunidades de bienestar en la actualidad, indican que para América Latina en general; y más acentuadamente en Chile, concluir la educación media forma parte de la “educación fundamental” para efectos de aumentar las oportunidades de empleo, y sobre todo, disminuir las probabilidades de percibir ingresos ubicados por debajo de la línea de la pobreza.

- Cobertura de la educación preescolar en Chile, 1990-1998.

Año	Porcentaje total de niños y niñas.
1990	20.9
1992	24.8
1994	26.9
1996	29.8
1998	30.3

*fuente: CASEN 1990, 1992, 1994, 1996, 1998; MIDEPLAN.

Como se aprecia en el cuadro, durante la década de los “90 se ha producido un lento pero sostenido aumento de la cobertura de la educación preescolar. En el año 1998, casi un tercio de los niños y niñas asiste a alguna de las instituciones que prestan este servicio: salas cunas, jardines infantiles de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), de Integra o vinculados a escuelas básicas. Al igual que en los análisis anteriores de los otros niveles de la educación en Chile, si se relaciona la asistencia de estos niños y niñas que son atendidos en jardines infantiles, con el nivel de ingresos de sus familias, se evidencia que la cobertura ha sido superior en el quintil de más altos ingresos; cabe mencionar que en todos los estratos sociales se ha producido un aumento en la cobertura preescolar, la desigualdad lejos de disminuir ha aumentado. Mientras los niños y niñas provenientes del quintil de los más altos ingresos (V quintil), que asisten a estos establecimientos, han aumentado en un 16%- pasando de un tercio a casi la mitad de los niños y niñas- el quintil más pobre (I quintil) ha crecido solo en un 5,4%. De este modo, en la actualidad, solo un quinto de los niños y niñas de familias que se encuentran bajo la línea del estado de pobreza¹¹² asiste a un establecimiento de este nivel educacional¹¹³.

Si se considera la zona de residencia de las familias, se observa que si bien el aumento de la cobertura se ha producido tanto en áreas urbanas como rurales¹¹⁴, persisten entre ambas desigualdades: la asistencia a la educación preescolar en las ciudades es más del doble que en las zonas rurales¹¹⁵¹¹⁶.

¹¹² En materia de Desarrollo y para la nueva escuela o escuela moderna del Trabajo Social se apela hoy a que se vive en un estado o situación de pobreza, ya que la gente no es pobre sólo por ser carente en materia de recursos económicos; sino que hoy se asocian otros factores como el acceso a la educación, salud, vivienda e incluso a la información.

¹¹³ Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF Chile. Santiago, 2000.(p.28-29)

¹¹⁴ El INE considera rural toda localidad con 1000 habitantes o menos y aquellas con 1000 a 2000, siempre que más del 50% de su población económicamente activa esté dedicada a actividades primarias (agricultura, minería, pesca). A partir de 1996 la encuesta CASEN adopta esta misma definición.

¹¹⁵ Sobre este punto señaló, en primer lugar lo planteado en numeral 5 del capítulo 3° sobre Libertad de Trabajo y Educación Media Obligatoria y su análisis; ya que aquí vuelve a tomar fuerza la idea que hoy la

Es evidente que el esfuerzo del Estado, y de los gobiernos en democracia han sido importantes en la promoción de la educación parvularia¹¹⁷¹¹⁸; pero siguen siendo insuficientes en los quintiles que viven en estado de pobreza y más aún en las zonas rurales. La respuesta a esto, puede estar, no sólo en que este nivel de enseñanza no es obligatorio y gratuito, sino también porque la mayor parte de las personas cree que la sociabilización en los primeros años de vida es una tarea exclusiva del núcleo familiar. Y apeló nuevamente al nivel de educación de los padres, y más a las familias monoparentales donde es una obligación de vida trabajar para los niños desde muy corta edad, partiendo por el cuidado de los hermanos en casa y tareas domésticas.

6.3.4. Análisis de la educación superior como herramienta primordial para una mejor inserción al mercado del trabajo.

La educación superior¹¹⁹ es un instrumento de gran relevancia para una mayor inserción en el mercado de trabajo y para renovar la especialización del capital humano de los países. Con una cobertura casi universal en la educación básica y con una educación media obligatoria y gratuita, por lo menos en su declaración; el país enfrenta en la actualidad el reto de extender los derechos educativos de la población joven a los niveles superiores de educación¹²⁰.

En Chile, los problemas de cobertura en educación básica y media han sido solucionados casi totalmente. En cambio, mantenemos una profunda deuda en educación preescolar y educación superior, el punto de partida y llegada respectivamente del proceso educativo formal al que todo ciudadano debería poder optar.

En los últimos 20 años, se ha producido un crecimiento vertiginoso en el número de estudiantes que ha ingresado al sistema de educación superior chileno. Los establecimientos privados se han multiplicado y la oferta de carreras y planes de estudio

mayor cobertura en la educación en sus diferentes etapas, y en especial en la preescolar; requiere un esfuerzo de la sociedad civil, del No-Estado; pero también, el Estado tiene que asegurar el acceso gratuito, que implica no solo la apertura de establecimientos o la subvención a los particulares; sino que los costos asociados de lo que significa tomar la decisión para el grupo familiar de enviar a un hijo a estudiar.

¹¹⁶ Ver lo tratado en el capítulo 8.6, referente a por qué no se estableció este nivel educacional como obligatorio con la reforma de la Ley N° 20162, en especial, intervención del senador don Jaime Naranjo y de la ministra doña Yasna Proboste.

¹¹⁷ Agregado a la Constitución de 1980 en el numeral 10 del artículo 19, por el artículo único de la Ley de Reforma Constitucional N° 19634, de 02 de octubre de 1999; que señala en su inciso 4° “El Estado promoverá la educación parvularia”.

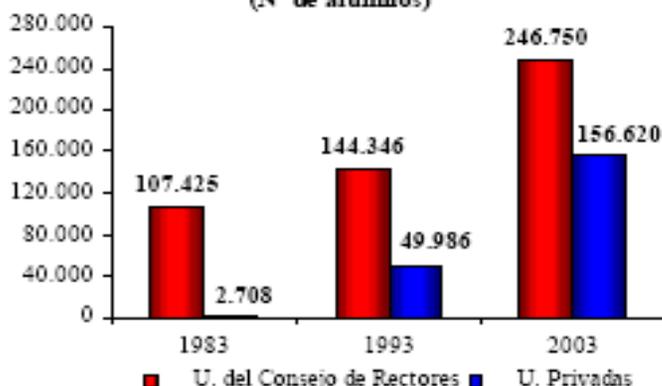
¹¹⁸ Ver capítulo 8.6, referente a Reforma Constitucional ley 20.102.

¹¹⁹ La Encuesta CASEN considera Educación Superior a la educación post-secundaria, lo que incluye Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica. Aunque se ha discutido la pertinencia de considerar a estos últimos como “Educación Superior”, esta definición ha sido adoptada por razones metodológicas, dado las ventajas de utilizar la Encuesta CASEN.

¹²⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF- Chile. Santiago, 2000. (p. 48)

se han convertido en un “producto” fuertemente demandado. El Estado chileno ha abandonado progresivamente su rol -central en décadas pasadas- tanto en la provisión de financiamiento para estas instituciones, como su injerencia en la idea de Universidad y su aplicación a la ciencia y la tecnología. Chile es uno de los países en que el Estado tiene menos que decir en esta materia y en donde el componente privado ha alcanzado grandes dimensiones, en contraposición a la tendencia de los países desarrollados, los cuales cuentan en su mayoría con una sólida y extendida oferta pública¹²¹¹²².

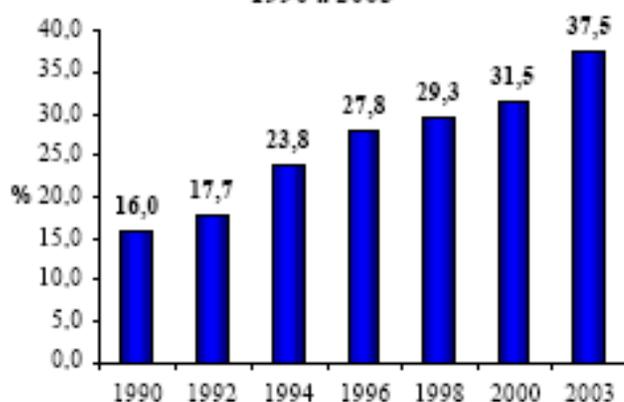
Gráfico 1: Evolución de la Matrícula total por tipo de Universidad entre 1983-2003 (N° de alumnos)



* Fuente, Terram con datos MINEDUC

Este gráfico deja claro el aumento de la matrícula en la educación superior a partir de la década de los “80, y en especial a los establecimientos de educación superior privados.

Gráfico 2: Cobertura Educación Superior 1990 a 2003



* Fuente, MIDEPLAN.

¹²¹ Kremerman S., Marco. *Crisis en el sistema de la Educación Superior en Chile: Análisis y propuestas*. Terram Publicaciones. Santiago, 2005. (p.5)

¹²² Esto tiene relación directa con la libertad de enseñanza, consagrada en nuestra Constitución de 1980 en el numeral 11° del artículo 19; así también lo afirma la C.E.N.C en la sesión N° 139 el Sr. Evans y en la N° 141 el Sr. Ovalle, ya tratado en el capítulo 6.3.

Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que a pesar de haber aumentado la cobertura en educación superior, muchos de los jóvenes chilenos ingresan a alguna de las instituciones del sistema, pero no alcanzan a completar una carrera técnica o profesional. Según estadísticas internacionales, en Chile, sólo el 27,5% de quienes inician un plan de estudio, logran terminarlo a diferencia de los países desarrollados, donde casi la mitad de los jóvenes se gradúan¹²³.

Quizás la excesiva duración de las carreras universitarias y los altos aranceles estarían detrás de esta importante tasa de deserción en el contexto de un país con profundas inequidades y con sueldos muy bajos, que imposibilitan a muchos alumnos concentrarse en sus estudios por un período tan largo de tiempo ante las necesidades de sus hogares¹²⁴.

Se considera que a la educación superior no se logra por derecho propio, sino por mérito: depende de la capacidad de los jóvenes, y económica del grupo familiar. Por lo mismo, se convierte en un excelente indicador de los niveles de desigualdad existentes tanto en el sistema escolar como en la sociedad en su conjunto. En el país, la distribución social de las oportunidades para acceder a la enseñanza superior favorecen claramente a los quintiles más ricos, reflejando nítidamente la dimensión de inequidad social existente. Los jóvenes de mayores recursos son los que más han aumentado su acceso a la educación superior, pasando del 40% al 60% en el curso de la década de los “90; mientras, el quintil más pobre no ha crecido ni siquiera en un 1%, manteniendo una cobertura inferior al 10%. Si a comienzos de la década de los noventa el quintil más rico accedía a la educación superior en una proporción de 5 veces mayor que la del quintil más pobre, hoy día esa relación es de 7 veces superior. Es decir, el aumento de la cobertura de la educación superior se corresponde estrechamente con el nivel de ingresos de las familias¹²⁵.

Disminuir las desigualdades de acceso a este nivel de enseñanza constituye un objetivo ético y político urgente en Chile. Su carácter “meritocrático” no puede convertirse en excusa para no acometer la democratización de su acceso¹²⁶.

¹²³ Ibid., (p.9).

¹²⁴ Ibid., (p.9)

¹²⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNCEF- Chile. Santiago, 2000. (p.48-49)

¹²⁶ Esta idea se apoya en una de las falencias de nuestro sistema de educación en esta etapa, cual es la desigualdad e inequidad. Es pertinente y necesario destacar que nuestro país es una de las diez economías con peor distribución del ingreso en el mundo, sólo superado por las naciones más pobres de África y Centroamérica. Según las últimas cifras entregadas por Mideplan, la diferencia entre el 10% más rico y el 10% más pobre alcanza una brecha de 34,5 veces, cifra que si bien es levemente inferior en relación al año 2000, representa uno de los niveles más altos de desigualdad en los últimos 14 años. Al ver los resultados en pesos, los niveles de desigualdad quedan aún más al descubierto. Mientras una persona que pertenece al decil más pobre cuenta sólo con \$14.818 para sobrevivir, una persona perteneciente al 10% más rico de la población recibe \$769.345 para destinar a sus gastos, vale decir, 52 veces más. Cfr. Informe Desarrollo

7. ANÁLISIS CUALITATIVO SOBRE EL IMPACTO QUE BUSCA ALCANZAR LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

7.1. Tránsito desde el enfoque de los niños en situación irregular a la protección integral de los derechos del niño.

En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulan la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la *Convención Internacional* pertenecen a lo que se ha llamado la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en palabras de Antonio Gomes da Costa, “una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces”.

En líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones¹²⁷:

- Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia, son para *los menores*¹²⁸.
- Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del Derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares¹²⁹, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.
- En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

Humano 2004, PNUD, en www.undp.org. Cfr. Kremerman S., Marco. *Crisis en el sistema de la Educación Superior en Chile: Análisis y propuestas*. Terram Publicaciones. Santiago, 2005. (p.9-10)

¹²⁷ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.13 y sgtes.)

¹²⁸ Cursiva propia

¹²⁹ Sobre este punto es interesante señalar que las leyes de situación irregular no solo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, se agrega una cláusula que establece que se encuentra en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida según los parámetros del juez que se trata.

- A partir de esta concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/ tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (“los menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes –como se señaló- no se aplica. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia, un grupo de personas “*los menores*¹³⁰” son intervenidos por la justicia de menores, en tanto que otro grupo, probablemente, si hay intervención judicial, será intervenido por la justicia de familia¹³¹.
- También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son *objeto de protección*.
- Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos. Aquí toma importancia, el argumento de la tutela. Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños(as) y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo se reprodujera y ampliara la violencia y la marginalidad de que se pretendía evitar con la intervención protectora del Estado¹³².
- Aparece también la idea de incapacidad.
- Vinculada con esta última, la opinión del niño o niña es irrelevante.
- En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe de ocuparse no solo de las cuestiones típicamente judiciales, sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas. Por eso se espera que el juez actúe como un “*buen padre de familia*¹³³” en su misión de encargado del patronato del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño o niña.

¹³⁰ Cursiva propia

¹³¹ Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere en el marco de las leyes de la situación irregular y de un modo similar al del juzgado de menores. *Hoy en Chile*, los juzgados de familia, en sí los jueces de familia tienen competencia para conocer de las infracciones que cometan niños, niñas y adolescentes que no tengan responsabilidad penal. Los jueces deben tomar medidas y acciones para intentar su rehabilitación y reinserción social, además de otras materias de los ex juzgados de menores.

¹³² Blanco, Félix. *Los Salvadores de los Niños o la Invención de la Delincuencia*. Editorial Siglo XXI. México, 1982. Traducción al español en segunda edición de Cfr. Platt, Anthony. *The Chile Salvagers, The Invention of Delinquency*. The University of Chicago Press. Chicago, 1969.

¹³³ Destacado propio.

- Todo está centralizado.
- Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños(as) y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “*secuestro y judicialización de los problemas sociales*”¹³⁴”.
- De este modo es que también se instala la categoría del *menor abandonado/delincuente* y se inventa la *delincuencia juvenil*¹³⁵. Se relaciona con este punto con la profecía autocumplida: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le pegue esa etiqueta de desviado y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.
- Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (*No solo a las personas adultas*¹³⁶).
- Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados –tanto para los infractores de la ley penal, cuanto para víctimas o para los protegidos- es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempo indeterminado. Lo que refleja criterios criminológicos del positivismo de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores o potenciales infractores de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.
- Se consideran a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño(a) o joven se encuentre en estado de riesgo.

¹³⁴ Cursiva propia

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

El sistema de la situación irregular entró en crisis en la década de los “60 en los Estados Unidos¹³⁷ y en la década de los “80 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989*, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “salvadores del niño” que concebía la protección en términos segregativos, y se inauguró la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

El sistema de la protección integral de derechos de los niños(as) surge de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, de instrumentos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas – y devienen obligatorios en la medida en que se convierten en costumbre internacional- Estos instrumentos son:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como *reglas de Beijing*¹³⁸ aprobadas por la Asamblea General cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹³⁹.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh¹⁴⁰.

No es posible dar una definición acabada de Protección Integral de los derechos de los niños(as). De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación

¹³⁷ Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional y no aparece en el ámbito europeo o norteamericano.

¹³⁸ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

¹³⁹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

¹⁴⁰ Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

irregular como modelos de protección integral de la infancia. Sin embargo, sí es posible afirmar *que protección integral es protección de derechos.*¹⁴¹

Básicamente, el cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En términos generales es posible afirmar que una ley se encuentra en un marco de protección integral de derechos de los niños(as) cuando aparecen las características que se mencionan a continuación¹⁴².

- Se definen los derechos de los niños(as) y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos, cuanto judiciales, si así corresponde.
- Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “*riesgo*” “*peligro moral o material*”, “*circunstancias especialmente difíciles*”, “*situación irregular*”¹⁴³, etcétera.
- Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “*situación irregular*”¹⁴⁴ cuando el derecho de un niño(a) o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).
- Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento e los derechos de los niños(as) y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales¹⁴⁵.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.

¹⁴¹ Cursiva propia. Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.17)

¹⁴² Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p. 18 y sgtes.)

¹⁴³ Cursiva propia.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Aquí es donde debemos vincular las políticas sociales desde el Estado a la comunidad civil, al no Estado, como ente participante tanto, en el ámbito educacional, cultural, etc. En especial, en las políticas educacionales que hoy solo regulan requisitos mínimos en la creación de establecimientos educacionales en los distintos niveles, y nada consideran en la calidad que se entrega, menos el acceso igualitario y equitativo para los miembros de la comunidad toda, queda sólo entregado a la meritocracia y a la capacidad económica familiar.

- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho¹⁴⁶.
- Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.
- La protección es de los derechos del niño(a) y/o adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño(a) o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños(as) y adolescentes.
- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. *Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas*¹⁴⁷, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
 - De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño(a) a ser oído y a que sus opiniones sean tenida en cuenta.
- Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
- En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños(as) todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos pertinentes; más garantías

¹⁴⁶ También se elimina el término menores, y se reemplaza a partir de la Convención Internacional, por el término niño o niña, y/o adolescente.

¹⁴⁷ Cursiva propia

específicas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se expresa en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.

- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven –un catálogo de medidas- en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben, eso sí, dictarse por tiempo determinado.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave¹⁴⁸.

Puede decirse que en América Latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia. La primera, de principios del siglo XX, de 1919 a 1939, que introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores. Una segunda etapa, la cual comienza con la ratificación de la Convención Internacional, y continúa abierta y en evolución hasta nuestros días. Hoy en Chile con la creación de los juzgados de familia a partir 01 de octubre de 2005, instaura una nueva justicia de familia, con procedimientos orales, transparentes e imparciales; con una estructura orgánica totalmente distinta a los antiguos y desgastados juzgados de menores. En la que creemos está el paso al sistema de protección integral, ya que si bien con la creación de estos juzgados especializados, todavía falta para alcanzar las características antes mencionadas, y no sólo en estos; sino también en las instituciones que colaboran y auxilian en esta nueva etapa.

¹⁴⁸ Los delitos graves deben estar taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones de la palabra “grave”, que afecten el principio de excepcionalidad.

8. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA LEGISLACIÓN INTERNA.

8.1. Tratamiento en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño fue adoptada en 1989 y establece los derechos fundamentales del niño. Esta Convención es el instrumento internacional que ha recibido más ratificaciones; a noviembre del año 2000 no lo habían ratificado solo dos países, estos eran Somalia y Estados Unidos.

Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989 luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos¹⁴⁹.

La Convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños(as) a la que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello, sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

En términos generales, es posible sostener que ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos a tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. La razón que explica tal generalizada aceptación se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños¹⁵⁰ son consideradas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que requieren protección específica.

En muchos países de América Latina la incorporación de la Convención Internacional a los sistemas jurídicos nacionales ha tenido lugar en contextos de transición o consolidación democráticas. Así, la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encaradas desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión de ciudadanía y derechos. Esta transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral; que en otros términos significa pasar de una concepción de “los

¹⁴⁹ La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El status y tratamiento de los niños (as) han sido por largo tiempo asuntos considerados de mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de las naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional en recoger esa idea. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. Cfr. Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.9)

¹⁵⁰ La Convención considera niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Cfr. Art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

menores” – una parte del universo de la infancia – como objeto de tutela y protección segregativa, a considerar a niños (as) y jóvenes como sujetos de derecho¹⁵¹.

Resulta claro que el proceso de reconocimiento de derechos a los niños (as) en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos a partir del proceso de reformas con el fallo Gault en 1967 por la Corte Suprema¹⁵².

8.1.1. Trabajo de los niños (as) y/o adolescentes y su protección.

El artículo 32 de la Convención, referente al trabajo infantil, señala: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para el desarrollo físico, mental, espiritual, social o moral”¹⁵³.

Lo indiscutible es que cualquier posición jurídicamente defendible en la materia, debe apoyarse en el consenso universal formulado en la Convención, que se incorpora al ordenamiento jurídico chileno con rango constitucional en 1990, en cuanto consagra a la infancia – adolescencia derechos fundamentales de acuerdo al artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de 1980.

En relación a las obligaciones que contraen los Estados Partes para garantizar lo señalado, se hace referencia a la adopción de medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales¹⁵⁴.

En particular se señalan: a) las obligaciones de fijar una edad o edades mínimas para trabajar; b) reglamentar adecuadamente los horarios y condiciones de trabajo; c) estipular las penalidades u otras sanciones adecuadas para asegurar la aplicación efectiva de este artículo.

De cualquier manera, la amplitud de estos criterios negativos y la importancia que se otorga a la educación dentro del conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes (sobre todo en los artículos 28 y 29), permiten afirmar que para la Convención la actividad laboral de los niños y niñas, es en general inaceptable pero, es posible concebir formas de trabajo tolerables para adolescentes mayores de 15 años y

¹⁵¹ Ya tratado en el capítulo anterior.

¹⁵² Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nueva América. Santiago, 1999. (p.11). In re Gault, 387 U.S. 1 1967

¹⁵³ Artículo 32. 1 Convención Internacional sobre los derechos del Niño.

¹⁵⁴ Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Plan Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente. (p. 4)

menores de 18 años, siempre que no interfieran con sus derechos a la educación y el desarrollo¹⁵⁵.

El artículo 32 de la Convención, debe ser considerado también en relación con los principios de no discriminación (art. 2), interés superior del niño (art.3), el derecho a la vida y a la supervivencia (art. 6), el derecho a un adecuado nivel de vida (art. 27), derecho a la educación (art.28), derecho al descanso, cultura, juego y recreación (art.31), derecho contra la explotación sexual (art. 34), y el derecho a los cuidados y rehabilitación de los niños, niñas y adolescentes víctimas (art. 39).

Los principios rectores del ordenamiento nacional en esta materia son: *el interés superior del niño como consideración primordial, la autonomía progresiva en el ejercicio de derechos y la garantía de la efectividad de los derechos*¹⁵⁶, todos ellos elementos contenidos en la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y Adolescencia 2001-2010, puesto en marcha por el Gobierno el año 2001¹⁵⁷.

8.1.2. Educación como derecho básico y universal de los niños (as) y/o adolescentes.

En su artículo 29, la Convención establece un conjunto de principios rectores que deben ser la base de toda enseñanza. De esta manera, nos señala que la educación del niño(a) deberá estar encaminada a¹⁵⁸:

- Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de posibilidades;
- Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

Los artículos 42 y 44.6 de la Convención recogen también la misma idea, imponiendo a los Estados Partes la obligación de dar a conocer los principios de la Convención.

¹⁵⁵ Ibid., (p.4 -5)

¹⁵⁶ Cursiva propia

¹⁵⁷ Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Plan Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente. (p. 5)

¹⁵⁸ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.164 y sgtes)

- Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y de sus valores nacionales del país en que vive el niño, del país de que sea originario y de las civilizaciones distinta a la suya;
- Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de sexo y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Como medida final para asegurar el cumplimiento del derecho a la educación, se alienta a los Estados Partes a fomentar la cooperación internacional en materia de educación, con el propósito de terminar con la ignorancia y el analfabetismo en el mundo, así como también para facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza¹⁵⁹.

Como hemos visto, el artículo 28 habla de conseguir la realización de este derecho “*en condiciones de igualdad de oportunidades*”. Esta igualdad de oportunidades no sólo ha de darse en el acceso a la enseñanza, sino también en la permanencia y calidad de la enseñanza.

En cuanto al acceso y permanencia, el principal problema que se plantea en los países en vías de desarrollo es el de la discriminación en razón del sexo. Es muy frecuente, especialmente en los sectores agrarios, que los padres envíen a los niños y no a las niñas a la escuela o que si surgen problemas económicos en la familia y no se pueden mantener a todos los hijos en la escuela, se opte porque sea la niña la que abandone sus estudios¹⁶⁰.

En cuanto a la igualdad de oportunidades en relación a la calidad de enseñanza, se han planteado problemas de equidad social grave. Así, las escuelas que atienden niños de grupos socioeconómicos más pobres tienen nivel de educación más bajo. Ello repercute, directamente, en las posibilidades de acceso a la universidad y que los niños de estas escuelas generalmente obtienen resultados más bajos en las pruebas de selección universitaria y se encuentran peor calificados para el trabajo^{161 162}.

¹⁵⁹ Ibid., (p.165)

¹⁶⁰ Ibid., (p.165)

¹⁶¹ Ibid., (p.165)

¹⁶² Tratado en el capítulo 6.3.

8.2.Tratamiento en la Constitución Política de la República sobre los derechos del niño(a) y/o adolescente.

La Constitución política de 1980 no hace referencia directa al respecto. Sí indirectamente, habla de la forma en que se debe regular el trabajo en la infancia y la adolescencia¹⁶³: Esto es teniendo en cuenta -la familia es el núcleo fundamental de la sociedad- así lo señala el artículo 1º de la Constitución en su inciso 2º “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”¹⁶⁴; además en su inciso 4º “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que está constitución establece*”^{165 166}.

Así también, el artículo 19 N° 16, “*La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de trabajo y su protección. {Inciso 3º Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos}*”¹⁶⁷.

8.3.Los derechos del niño(a) y/o adolescente en el Código del Trabajo y otros cuerpos legales.

En cuanto a las normas de origen interno, la regulación del trabajo infantil se encuentra contenida principalmente en el Código del Trabajo, que tras ser modificado por la Ley 19.864 de junio de 2000 -que adaptó esta normativa al Convenio 138 ya mencionado- establece tres grupos de edad a efectos de la incorporación de niños(as) y adolescentes al mercado de trabajo¹⁶⁸:

¹⁶³ Cfr. Ministerio de Justicia, Servicio Nacional de Menores y otros. *Niños y Adolescentes: Sus Derechos en Nuestro Derecho*. Editorial SENAME. Santiago, 1995. (p.152)

¹⁶⁴ Cursiva propia.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ En este inciso 4º del artículo 1º, en el capítulo I de la Constitución de 1980 “Bases de la Institucionalidad”, se establece como finalidad superior el bien común, para lo cual el Estado de contribuir a crear condiciones, el verbo rector es contribuir, por lo que invita a la participación del No Estado, de la sociedad civil, y para nuestro tema en el mejoramiento de las condiciones de la educación y en especial el respeto de las normas laborales que regulan el trabajo infante-adolescente; ya que son parte de “la mayor realización espiritual y material posible”. Sobre la participación de la sociedad civil sigo a lo planteado por el profesor José Luis Cea. Cea Egaña, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile”. Editorial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Santiago 1999, (p.124)

¹⁶⁷ En concordancia con el artículo 32 N° 2 letra a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño “*Los Estados partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;...*” cursiva propia.

¹⁶⁸ Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Plan Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente. (p. 13-14)

- a. Por debajo de los 15 años el trabajo está siempre prohibido (excepto en la situación especialísima de niños(as) que en casos calificados puedan ser autorizados a que trabajen en teatros, cine, televisión o actividades similares)¹⁶⁹.
- b. Entre los 15 y 16 años, se requiere de autorización de los padres, tutores o del inspector del trabajo; que los niños(as) hayan cumplido con su obligación escolar, que realicen únicamente trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, no impidan su asistencia a la escuela ni su participación en programas educativos o de formación.
- c. Entre los 16 y 18 años, se requiere autorización de los padres, tutores o del inspector del trabajo. Respecto de todos los adolescentes menores de 18 años, se prohíben los trabajos riesgosos, además de ciertas restricciones horarias y de tipo de actividad. La edad de capacidad plena para contratar son los 18 años¹⁷⁰.

En general, cuando se analiza el marco normativo del trabajo infantil en Chile, se suele señalar que con las modificaciones introducidas por la Ley 19.864, éste sería plenamente concordante con los requerimientos de la normativa de origen internacional. Sin embargo, atendiendo a la Convención y en relación con el Convenio 138 de la OIT, la legislación es insuficiente ya que el Código de Trabajo es, por definición aplicable sólo al sector formal de la economía, y cuando existe trabajo remunerado bajo vínculo de subordinación y dependencia, situación que sería minoritaria en las actividades laborales desarrollada por los niños(as) y adolescentes. Asimismo, la normativa no regula adecuadamente la protección del derecho a la educación y el cumplimiento de la obligación escolar de todos los adolescentes¹⁷¹.

¹⁶⁹ Entonces, en este primer nivel no está prohibido siempre, ya que el Convenio 138 sobre la edad mínima, exige que los Estados miembros se comprometen a seguir una política nacional que garantice la abolición efectiva del trabajo infantil. Establece una edad mínima de admisión al empleo, que no debe ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, de modo de hacer posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores antes de incorporarse a la fuerza de trabajo (en concordancia con el inciso 4º del artículo 1º de la Constitución de 1980). Además, se debe tener presente *el artículo 19 N° 10 de la Constitución de 1980 que en su inciso 5º “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”*. (cursiva propia).

¹⁷⁰ Todo lo anterior tratado en el capítulo 4.2.

¹⁷¹ Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Plan Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente. (p. 14)

Respecto de las otras formas del trabajo infantil el problema es grave, ya que la Ley de Menores vigente, no protege adecuadamente los derechos de los niños(as) y adolescentes¹⁷².

Aunque la mayoría de las normas responden a las exigencias de la OIT, quedan algunos problemas pendientes o normas en blanco, cuya falta impide caminar hacia el objetivo a largo plazo, cual es la abolición del trabajo infanto-adolescente perjudicial. Algunos ejemplos son:

- a) Si bien, el trabajo de los niños(as) en actividades culturales o artísticas constituye una costumbre socialmente aceptada y tolerada en nuestro país, pero ello no obsta a que este tipo de trabajo se regule con mayor detención.
- b) El artículo 15 del Código del Trabajo prohíbe el trabajo de los menores de 18 años en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos en vivo, como también en los que expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo establecimiento. Y en su inciso 2° establece una excepción que no lo regula en detalle.
- c) Es importante el establecimiento de un examen médico anual para todos los que desarrollen trabajo infanto-adolescente y no sólo, para los menores de 21 años que sean contratados para trabajos mineros subterráneos, como lo establece el artículo 14 inciso 2° del Código del Trabajo.
- d) La Dirección del Trabajo es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales, pero solo tiene competencia para supervisar el trabajo asalariado, dejando fuera de su ámbito de competencia tanto el trabajo por cuenta propia, como el trabajo no asalariado e informal, que es donde se concentra la mayor cantidad de los niños(as) y adolescentes¹⁷³.
- e) Una ley que busca proteger a los niños(as) que trabajan puede significar que éstos se vean obligados a trabajar clandestinamente.

¹⁷² Ibid., (p.14).

¹⁷³ En la encuesta CASEN del año 2000, en relación con la situación ocupacional de los niños(as) que trabajan por cuenta propia equivale al 18.6%; el familiar no remunerado a un 17.2% y como empleado u obrero a un 60.0%. Sin embargo, se debe mencionar que está información está potencialmente sesgada, ya que generalmente se cree que el trabajo infantil correspondería en mayor proporción a los tipos por cuenta propia o familiar no remunerado, que son precisamente aquellos que los padres que contestan la encuesta pueden omitir y en consecuencia encontrarse subestimados.

8.4. Nueva Justicia de Familia y sus principales reformas en materia de niños, niñas y adolescentes.

Dentro de las materias que conocen los juzgados de familia relacionadas con el tema en comento se encuentran¹⁷⁴:

- El cuidado personal (ex tuición), que es el derecho y deber que tienen los padres de cuidar, criar y educar a los hijos e hijas. En caso de separación le corresponde a la madre. El juez de familia puede alterar la regla anterior en casos calificados¹⁷⁵.
- Los jueces de familia podrán a solicitud de cualquier persona decretar medidas para proteger y resguardar a un niño, niña o adolescente que se encuentre en situación de vulnerabilidad, ya sea por maltrato, abuso, explotación, abandono, entre otros¹⁷⁶.
- Los jueces de familia tendrán conocimiento de las infracciones que cometan niños, niñas y adolescentes que no tengan responsabilidad penal. Los jueces deberán tomar medidas y acciones para intentar su rehabilitación y reinserción social¹⁷⁷.

8.4.1. Tareas encomendadas por el Estado al SERVICIO NACIONAL DE MENORES y el transito al Sistema de Protección Integral.

La legislación vigente entrega al Estado la responsabilidad de dar protección a la infancia. Para cumplir esta tarea, desde 1928 Chile cuenta con una legislación que considera a los niños, niñas y adolescentes como objeto de

¹⁷⁴ Con la creación de los Juzgados de Familia y las competencias que señalo, nos encaminamos a un sistema de protección integral por las siguientes características: niños(as) y adolescentes sujetos de derechos, infancia integrada, la noción de personas en desarrollo, *es central la opinión del niño*, existen derechos amenazados o violados, juez en actividad jurisdiccional, juez técnico, juez limitado por ciertas garantías, se pretende separar lo asistencial de lo penal, medidas por tiempo determinado.

¹⁷⁵ Referencia a la Ley N° 19.968 que crea Los Tribunales de Familia, que en su artículo 8° señala “Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 1) las causas relativas al derecho al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes;...”. También, en concordancia con artículos 224, 225, 236 del Código Civil Chileno, y en especial con el artículo 18 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

¹⁷⁶ Artículo 8 de la Ley N° 19.968 señala en su numeral 8° “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores...”. En concordancia con los artículos 2, 3, 4, 5, 9, 19, entre otros; de la Convención.

¹⁷⁷ Artículo 8° numeral 10 de la Ley N° 19.968. En concordancia con los artículos 37, 39, 40 de la Convención.

protección, control y represión; tarea que encomienda al Servicio Nacional de Menores, Sename¹⁷⁸.

Esta institución es un servicio especializado, dependiente del Ministerio de Justicia, y estrechamente vinculado al sistema judicial. La piedra angular de esa legislación es la Ley de Menores¹⁷⁹ para dictar medidas de protección, respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación irregular¹⁸⁰.

Las medidas que se aplican a este tipo de niños, niñas y adolescentes, mezclan la protección con el control y la represión; y son decididas por el juez en forma discrecional, según los informes de sus asesores técnicos, los que toman en cuenta circunstancias individuales, familiares y sociales en cada caso. Las medidas son aplicadas normalmente por instituciones de la red SENAME¹⁸¹.

Como consecuencia de la firma y promulgación en Chile de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en 1990 coexisten en el país dos modelos contradictorios de legislación sobre protección de la infancia; el de situación irregular y el de protección integral. Este período, por tanto, se caracteriza por ser una etapa de transición entre un sistema tradicional de tutela y control de la infancia, por un lado, y uno de protección integral de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, por el otro.

En relación al tema del trabajo infanto-adolescente y los convenios ratificados por Chile relacionados con la prevención y erradicación del trabajo infantil, especialmente lo establecido en la Convención como en los Convenios de la OIT ; Convenio N° 138 de 1973, que establece como edad mínima no inferior los 15 años para el empleo y el término de la enseñanza obligatoria, y el Convenio N° 182 de 1999, que aborda específicamente las peores formas de trabajo infantil y llama a la acción inmediata para su erradicación, además de otros acuerdos suscritos por Chile en décadas pasadas. En ese contexto, Sename

¹⁷⁸ Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNCEF- Chile. Santiago, 2000. (p.89)

¹⁷⁹ Su texto definitivo fue fijado por la Ley N° 16618 de 1967, sin perjuicio de las posteriores modificaciones parciales introducidas por otras leyes.

¹⁸⁰ Si bien ha habido avances en materia de Derecho de Familia, en especial con la creación de los Juzgados de Familia, de dar los pasos necesarios desde el sistema de situación irregular al sistema de protección integral; la legislación de menores y en especial La ley de Menores, que desde su denominación ya presenta graves problemas en este tránsito, todavía persisten en el lenguaje denominaciones negativas.

¹⁸¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNCEF- Chile. Santiago, 2000. (p.90)

determinó sus líneas de acción y compromisos de intervención, que se indican a continuación¹⁸²:

- La prioridad de abordar el tema de "las peores formas de trabajo infantil".
- La elaboración de estrategias intersectoriales. Sename se hace parte de los planes y programas intersectoriales que tratan esta problemática y contribuye a propiciar y coordinar políticas de acceso a los servicios que ofrece cada sector.
- El establecimiento de orientaciones generales de políticas de intervención, para implementar y desarrollar en el ámbito de la prevención y reparación.
- En el área de la prevención esto significa la atención de poblaciones específicas, la promoción del ejercicio y defensa de sus derechos, la intervención comunitaria, enfatizar el trabajo grupal, trabajo con familia y la derivación de situaciones complejas.
- En el ámbito de la reparación implica atender la población específica, centrándose en las situaciones de mayor gravedad, a través de proyectos especializados, equipos interdisciplinarios, atención ambulatoria en el ámbito regional-territorial y trabajo con familia.

Respecto de una política pública para abordar la problemática, Sename forma parte del Comité Nacional Asesor para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil –coordinado por el Ministerio de Trabajo-, en el cual participan diversas instituciones estatales, organizaciones sociales y de trabajadores y empresarios y contribuye con acciones a la concreción del respectivo Plan Nacional. En ese marco, en el período 2002-2003, se realizó el "Diagnóstico Nacional del Trabajo Infantil e Identificación y Sistema de Registro de sus Peores Formas", como una iniciativa conjunta del Ministerio del Trabajo, el Instituto Nacional de Estadísticas y el Sename, con el apoyo de IPEC/OIT, para lo cual el INE diseñó y aplicó la Encuesta Nacional de Trabajo Infantil, y Sename generó el Sistema de Registro Único de las Peores Formas, antes señalado. Por otra parte, actualmente Sename cuenta con proyectos de prevención y tratamiento especializado de la problemática de la explotación sexual y comercial infantil.

¹⁸² En www.sename.cl/interior/trabajo/trabajo_003.asp

En relación al tránsito entre los dos modelos ya señalados existe un proyecto ley denominado **Ley de Atención a la niñez y adolescencia por SENAME** que en el mensaje de la Presidente Sra. Michelle Bachelet, además de la constitución **del Consejo Técnico Asesor para la Reforma de las Políticas de Infancia el 30 de marzo de 2006** señaló lo siguiente^{183 184}:

La iniciativa tiene por objeto reemplazar el sistema de atención que se brinda a los niños, niñas y adolescentes por los organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Menores (SENAME). El Mensaje del Presidente de la República que dio origen a esta iniciativa, *plantea que ella constituye un paso fundamental en la necesaria transformación legal e institucional en el campo de la promoción y protección de los derechos y del desarrollo integral de las personas menores de dieciocho años*¹⁸⁵, pues, propone reformar el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, así como el sistema de subvenciones estatales con que se financia dicha red, sobre la base de tres ejes estratégicos:

- a. La aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años;
- b. La promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria del niño o adolescente y su participación social, y
- c. La profundización de la alianza entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado y las municipalidades, en el diseño, ejecución y evaluación de la política pública.

Destaca el Mensaje que un hecho clave, que rompe con el status quo mantenido por décadas en la legislación de menores, es la necesidad de diferenciar la acción que el Estado debe emprender frente a situaciones que vulneran o amenazan los derechos de los niños, normalmente en contextos de marginalidad socioeconómica de sus familias, de la respuesta del Estado frente a la comisión de delitos de cierta gravedad, por parte de adolescentes. Considera que, en el primer caso, la única relación jurídica posible de establecer entre el niño y el Estado es el deber de este último de ofrecer los servicios necesarios para superar la situación de amenaza o vulneración a los derechos del niño. En cambio, sólo respecto de los adolescentes declarados culpables de cometer una infracción penal de cierta gravedad, es aceptable adoptar medidas de carácter sancionatorio. A partir

¹⁸³ En www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=news&file=article&sid=589.

¹⁸⁴ En www.consejoinfancia.cl//documentos/discursopdta.doc

¹⁸⁵ Cursiva propia.

de esta base, señala que los principios que deben guiar una buena política de protección de los derechos de los niños son los siguientes:

- a. **Inclusión**, ya que el Estado debe favorecer la superación de la marginalidad socioeconómica de los niños y sus familias incorporándolos al disfrute de las prestaciones propias de las políticas sociales básicas que permitan y favorezcan la integración del niño en su familia, escuela y barrio;
- b. **Integralidad**, porque la respuesta pública a la situación de amenaza o vulneración a los derechos del niño debe tener en cuenta la complejidad de los factores asociados a ella, integrando los recursos de todos los sectores de la política pública que están involucrados en la superación de esos factores;
- c. **Focalización territorial**, ya que se debe tender hacia un modelo de gestión que entregue más participación a los niveles regional y comunal;
- d. **Participación**, porque debe reconocerse las potencialidades, las capacidades y el derecho de los niños y de sus familias, con apoyo de la comunidad, para identificar las situaciones a superar, para decidir los cursos de acción necesarios y para emprenderlos, poniendo recursos personales, y
- e. **Protección jurisdiccional**, garantía fundamental para los casos extremos, en que se produce un conflicto de derechos (entre el niño y sus padres, o entre aquél o éstos y la administración) que debe ser resuelto en un proceso garantista.

Nos encontramos ante las líneas de acción y los principios que deben guiar la transición final hacia *el sistema de protección integral de niños(as) y adolescentes*, que permitirán efectuar los cambios legislativos necesarios y urgentes en la ya, obsoleta legislación de menores; y que además debe involucrar un cambio en la instituciones colaboradoras del SENAME, en éste y en quienes hoy aplican las leyes, en los tribunales y juzgados relacionados con esta reforma, que permita mirar este sistema, como uno pleno de derechos y garantías.

8.5. Interés Superior del Niño en la legislación civil y su aplicación en otros cuerpos normativos.

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

y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que se encuentran los niños(as)¹⁸⁶.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas¹⁸⁷ (art. 41 de la Convención).

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.

Así, la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención¹⁸⁸. Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico¹⁸⁹.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso orienta al desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño¹⁹⁰, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella¹⁹¹.

Se puede afirmar como dice Lyotard, el consenso es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las

¹⁸⁶ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.45).

¹⁸⁷ *Ibid.*, (p.45).

¹⁸⁸ *Ibid.*, (p.46).

¹⁸⁹ *Ibid.*, (p.46).

¹⁹⁰ Artículo 43.1 de la Convención.

¹⁹¹ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.47).

políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos¹⁹².

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar *que ciertos grupos de personas*¹⁹³ no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección. Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños(as) como personas humanas, y por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño¹⁹⁴.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño(a) con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños(as), y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos. Por esto la Convención es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos¹⁹⁵.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños(as) -incorporados a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños(as), como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños(as); establecer derechos propios de los niños(as) -como los derivados de la relación paterno /filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños(as) o de su

¹⁹² Ibid., (p.47-48).

¹⁹³ Cursiva propia.

¹⁹⁴ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.50)

¹⁹⁵ Cfr. Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.50)

colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia¹⁹⁶.

El reconocimiento jurídico del interés superior del niño tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños(as), en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños(as) y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales¹⁹⁷.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia¹⁹⁸, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de siglo. El principio del *interés superior del niño*¹⁹⁹ fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior²⁰⁰.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien en un primer momento se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños(as), posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños(as). Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños(as) no fueron lo suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia²⁰¹.

La Convención Contiene “principios” que a falta de otro nombre, se denominan estructurales -entre los que se destaca el de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12), y de protección (art. 3). Estos principios - como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de

¹⁹⁶ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Edit. Nuevamérica. Santiago, 1999. (p.51)

¹⁹⁷ *Ibid.*, (p.51).

¹⁹⁸ Ya tratado en el capítulo 8.5.

¹⁹⁹ Cursiva propia.

²⁰⁰ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.52).

²⁰¹ *Ibid.*, (p.52), referencia a García Méndez, Emilio. *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Editorial Forum Pacis. Bogotá, 1997.

justicia²⁰². Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos²⁰³.

La teoría supone que estos principios, se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia o (contra) ellos. Esto, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio de interés superior del niño, que creen que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de la autoridades. No, este principio lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades²⁰⁴.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisoriamente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida esta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”²⁰⁵. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista²⁰⁶.

Por esto, se superan las expresiones programáticas del interés superior del niño y es posible afirmar que el interés superior del niño *es la plena satisfacción de sus derechos*²⁰⁷. Todo “interés superior” pasa a estar mediado a lo declarado derecho; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser interés superior²⁰⁸.

En las legislaciones pre-Convención, en algunas post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la entrada en vigencia de la Convención, en cambio, éste deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresiva o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista a la autoridad²⁰⁹.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y de evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus

²⁰² Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel Derecho, 2ª edición. Barcelona, 1989.

²⁰³ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.53).

²⁰⁴ *Ibid.*, (p. 53).

²⁰⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Galantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

²⁰⁶ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.54).

²⁰⁷ *Cursiva propia*.

²⁰⁸ Cfr. Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.54).

²⁰⁹ *Ibid.*, (p.55).

derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados de la Convención^{210 211}.

Una concepción garantista de este principio muestra la profunda utilidad de éste en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos del niño, y de estos como sujetos de derecho. No, como una parte de la comunidad que requiere especial protección.

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño(a)²¹².

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño(a) se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños o niñas tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño(a). El ejemplo más característico está dado por el artículo 9º de la Convención relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”²¹³, en el que la Convención -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad judicial de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla; es evidente que este tipo de soluciones puede aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos²¹⁴.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Finalmente algunos autores como Parker sugieren que el interés superior de un niño(a) permitiría llenar

²¹⁰ Ibid., (p.56).

²¹¹ Concepción con la que no concuerdo, ya que al restringir este concepto a una determinada definición no permite que la jurisprudencia de nuestros tribunales permita ir ampliando o innovando este termino, como se ha entendido en los conceptos denominados “válvulas” que se presentan en la carta fundamental de 1980; claro está que en conformidad al artículo 5º inciso 2º de esta Constitución, las normas de la Convención se entienden incorporadas como normas de rango constitucional. Entendiendo estas como normas sobre derechos humanos.

²¹² Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.57).

²¹³ Artículo 37 letra c) de la Convención.

²¹⁴ Unicef y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño...* (p.57).

algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en caso que no exista norma expresa²¹⁵.

Ya en nuestra legislación nacional, es un principio muy destacado en el texto de la Ley N° 19585 de 26 de octubre de 1998; que constituye una novedad en el Código Civil; se ha recogido normativamente en el texto, y al mismo tiempo, es un criterio determinante que deberá tener en cuenta el juez en sus diversas intervenciones.

El artículo 3.1 de la Convención, señala: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Una norma clave en este punto, y referente a lo ya analizado de este principio, es el artículo 242 inciso 2° del Código Civil, ubicado en el título IX del Libro I, “De los derechos y obligaciones entre los Padres y los Hijos”; que dice “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”²¹⁶.

Otras disposiciones que reiteran este principio, son las siguientes: El artículo 222 inciso 2° “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...*”²¹⁷; el artículo 225 inciso 3° “*En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres.*”²¹⁸; el artículo 229 inciso 2° “*Se suspenderá o se restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente*”^{219 220}; el artículo 234 inciso 3° “*Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que...*”^{221 222}; el artículo 240 inciso 2° establece que: “*El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo.*”^{223 224}; el

²¹⁵ Cfr. Ibid., (p.58).

²¹⁶ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, especial para estudiantes; Decimosexta edición oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. (p.48)

²¹⁷ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, especial para estudiantes; Decimosexta edición oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. (p.46)

²¹⁸ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, especial para estudiantes; Decimosexta edición oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. (p.47)

²¹⁹ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, especial para estudiantes; Decimosexta edición oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. (p.47)

²²⁰ Aquí se amplía el concepto del principio del interés superior del niño, que hace referencia al bienestar social del niño o niña, se refiere a la relación directa y regular de los padres con los hijos.

²²¹ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, especial para estudiantes; Decimosexta edición oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. (p.48)

²²² Se refiere este artículo a la facultad de corregir a los hijos.

²²³ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil...* (p.48).

²²⁴ Se refiere al hijo abandonado por sus padres, y alimentado por otra persona, cuyos padres quisieran sacarlo del poder de ella.

artículo 244 inciso 3º, señala “*En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable...*”^{225 226}; el artículo 245 inciso 2º “*Sin embargo, por acuerdo de los padres, o por resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad.*”²²⁷; el artículo 268 inciso 2º, señala: “*El juez en interés del hijo, podrá decretar que el padre o la madre recupere la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivo la suspensión*”²²⁸; y el artículo 272 inciso 2º, prescribe: “... y, además conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo”^{229 230}.

Como he analizado en este punto, el interés superior del niño es un principio que presenta diferentes características, ya analizadas; dentro de las cuales, la de su amplia aplicación en que obliga no sólo al legislador, sino a las autoridades e instituciones públicas y privadas, y en esencia a los padres; da pie para que este principio, que da lugar a derechos fundamentales de los niños(as) como personas humanas y por ende, de sujetos de derecho tenga una aplicación en otras ramas del Derecho, y no sólo al Derecho Civil. Porque la Convención sobre los Derechos del Niño al ser incorporada a la Constitución como norma de rango Constitucional, si nos inclinamos por la teoría que le da este valor, en razón del artículo 5º inciso 2º de nuestra Norma Fundamental de 1980; podrá tener una aplicación en materia laboral, en lo que se refiere al trabajo infanto-adolescente; y no sólo dar lugar a normas protectoras que regulen edades mínimas, peores formas de trabajo, determinadas sanciones, entre otras. Utilizar este principio podría dar lugar a normas que permitan caminar hacia la erradicación del trabajo infantil, y que permita al juez utilizar este principio como norma integradora del derecho y llenar vacíos legales en esta materia, ya que por características propias el Derecho Laboral por esencia es cambiante; además agregó el artículo 3.2, y en especial el artículo 4º de la Convención que dice: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.*”. Por último por el análisis antes expuesto el principio del interés superior del niño debe trascender a otras ramas del Derecho, en el caso en comento, al Derecho Laboral y por ende a las normas que regulan la Educación, y las que establecen como obligatoria y gratuita en los

²²⁵ Cursiva propia. Republica de Chile. Código Civil... (p. 43)

²²⁶ Este artículo se refiere a la patria potestad.

²²⁷ Cursiva propia. República de Chile. *Código Civil...* (p.49).

²²⁸ Ibid., (p.51).

²²⁹ Ibid., (p.52).

²³⁰ Cfr. Servicio Nacional de la Mujer y Universidad de Chile, Fundación de la Facultad de Derecho. *El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la Luz de las Normas y Principios de la Ley N° 19585.* Lom Ediciones Ltda. Santiago, 1999. (p.24 y sgtes.)

niveles básico y medio²³¹; que permitirán caminar con firmeza hacia el modelo de la protección integral de los niños(as).

8.6. Última reforma importante en materia de educación.

Con fecha 22 de enero de 2007 se promulgó Ley N° 20162 sobre reforma Constitucional que establece la obligatoriedad de la educación parvularia en su segundo nivel de transición. Normativa con rango Constitucional que obliga al Estado a financiar el acceso a este nivel de educación preescolar.

La Presidenta de la República, Michelle Bachelet, promulgó la reforma constitucional que consagra el acceso gratuito y universal para el segundo nivel de transición (Kinder), normativa que obliga al Estado a garantizar el financiamiento de este nivel de educación preescolar a todos los niños y niñas del país²³².

En el discurso de la promulgación, Jasna Probst, Ministra de Educación; resalto la importancia de esta nueva ley y explicó que a partir de ahora acceder al Kinder “es voluntario para la familia, pero garantizar su acceso es obligatorio para el Estado. Esto hace consistentes y coherentes las iniciativas en materia de educación que en primera infancia ha señalado la Presidenta en su agenda de gobierno y que nosotros como ministerio estamos contentos de poder llevar adelante”²³³. Y además, “el principal énfasis lo hemos puesto en potenciar la educación en la primera infancia porque sabemos que los aprendizajes en los primeros años marcan efectivamente una diferencia en los éxitos académicos futuros. Hoy uno de cada tres niños(as) de 0 a 5 años asisten a un centro educativo. Hace quince años, era uno de cada cinco”^{234 235}.

Cabe recordar que la iniciativa, que estuvo en tramitación desde 1995, tuvo su origen en dos mociones parlamentarias: una de los senadores Jaime Naranjo y Carlos Ominami, y otra de los senadores Mariano Ruiz-Esquide y los ex senadores Carmen Frei y Sergio Páez²³⁶.

Algunos de los autores de la moción, señalaron lo siguiente: El Senador Jaime Naranjo, destacó la fórmula de consenso que acordó la Comisión Mixta, ya que, “si bien se obliga al Estado a garantizar el acceso gratuito y el financiamiento para los niños que acceden a este nivel se aclaró que no podrá ser un requisito para ingresar a la educación

²³¹ Ver capítulo 8.6 sobre la educación preescolar gratuita y la obligación del Estado.

²³² www.utopia.cl/junji/?navid=d001&id_noticia=100

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ El mensaje de la ministra, en relación con el establecimiento gratuito de este nivel de educación; concuerda como objetivo con lo planteado en el capítulo 6.3.3.

²³⁶ www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20061205/pags/20061205210729.html

básica. Esto, porque algunos lugares de Chile –los más aislados- no se puede contar con este tipo de establecimientos”^{237 238}.

El Senador Mariano Ruiz- Esquide señala: “se genera la seguridad constitucional de que todos los niños podrán acceder a la educación parvularia y el segundo nivel transicional y se mantiene el derecho de las familias a educar a sus hijos”^{239 240}.

Con lo tratado en el capítulo VI, y en especial en el punto 3.3; en el análisis de la educación preescolar; esta reforma permite por lo menos dar el paso material desde su promulgación y posterior publicación; como política social, ya que hace referencia a un DESC²⁴¹, los cuales requieren recursos para su implementación, esto quiere decir aumentar la calidad y la cobertura de este nivel; y así lo ha entendido el Gobierno en este caso con la creación de 800 salas cunas, y en la ampliación en más de 20 mil cupos para el pre-kinder, además de la aprobación en primer trámite legislativo del proyecto de subvención preferencial que otorga mayores recursos a los establecimientos más pobres del país. Lo que no ha ocurrido con la educación media y la jornada escolar completa, ya conocidos, los problemas de infraestructura de muchos establecimientos educacionales, que vimos durante la movilización secundaria el año recién pasado, como ejemplo en las ciudades de Lota y Coronel; además de los problemas con la elección de los cargos de directores de establecimientos por concurso público, se agrega la reticencia a la evaluación docente, entre otros ejemplos.

Por último el día 14 de marzo de 2007²⁴² la Presidenta Michelle Bachelet presentó al país el Sistema de Protección Integral a la Primera Infancia, "Chile Crece Contigo", concebido por el Gobierno como un instrumento orientado a “romper la cadena de reproducción de la pobreza y la desigualdad”. El Plan, contempla diversas medidas destinadas a acompañar y apoyar a los menores y a sus familias en la etapa comprendida desde el control del embarazo de la madre hasta el ingreso de los niños al pre-kinder de modo de asegurar que todas las niñas y niños de Chile tengan igualdad de oportunidades para su desarrollo.

La iniciativa, que será coordinada a nivel municipal, se instalará en fases sucesivas a contar del 1 de enero de 2007 en 100 comunas del país, sumando 250 en 2008, y el resto en 2009. Así, al año 2010 todos los niños y niñas nacidos en el sector

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Creo importante la intervención del Senador Naranjo, ya que está permite la efectividad de este derecho; a este nivel de educación gratuito, contemplando los problemas geográficos y sociales que involucra su implantación.

²³⁹ www.senado.cl...

²⁴⁰ Lo que señala el Senador Ruiz-Esquide, me parece importante, por cuanto señala el objetivo de esta reforma, y además sienta la base de una política educacional desde la Constitución.

²⁴¹ Derechos económicos, sociales y culturales; también llamados de segundo orden.

²⁴² www.segpres.cl/portal/noticias/2006-10/id_1161009401563

público de salud estarán cubiertos por el sistema de protección integral a la primera infancia.

El sistema ofrecerá apoyos diferenciados incluyéndose tanto acciones de carácter universal como acciones específicas para la infancia que es atendida en el sistema público de salud y, de forma especial, a los niños pertenecientes al 40% de los hogares de menores ingresos^{243 244}.

²⁴³ Con este programa de Chile Crece Contigo (CCC), se pretende de aquí al 2010 instalar definitivamente el modelo de protección integral a la infancia.

²⁴⁴ Más información en www.chile.com/tpl/articulo/detalle/masnotas.tpl?cod_articulo=82324; www.gobiernodechile.cl/chile_crece/; www.puntomujer.emol.com/.../noticia/detallenoticia.asp?id=%7B8C32F557-CC44-418D-A236-9BE8FF04A321%7D%20; http://www.gobiernodechile.cl/chile_crece/embarazo.asp; y también en www.cepal.org/celade/noticias/paginas/5/27255/Leiva_ppt.pdf

9. CONCLUSIONES

- En un primer momento la libertad de trabajo sólo se referían a una libertad amplia; posteriormente se reconoce el flagelo del trabajo infantil, y se opta entre regularlo estrictamente o tratarlo como objeto de protección. Hoy se busca la sincronía entre la libertad de trabajo, la libertad de empresa y derechos de una profunda trascendencia social, como el derecho a la educación.
- El trabajo infantil priva a los niños(as), de su infancia, su potencial y su dignidad; por lo que resulta nocivo para su desarrollo físico y mental. Y en última instancia afecta el ejercicio de la ciudadanía y la democracia; porque muchos de estos pequeños trabajadores lo hacen en condiciones deplorables, que vulneran sus derechos básicos; y genera serios efectos negativos, principalmente en los sectores más pobres, al contribuir a reproducir el círculo de la pobreza.
- Hoy y en el futuro, se hará cada día más nítido, que los derechos sociales exigen para su concreta materialización; el esfuerzo de la Sociedad Civil o del no Estado, como una realidad social distinta del Estado-Gobierno, aunque relacionada con él y; sometida a las decisiones legítimas que la autoridad pública adopte en aras del bien común.
- En Chile, el trabajo infanto-adolescente es menos frecuente que en otros países latinoamericanos; por lo mismo, su perfil es generalmente desconocido y la información es parcial y fragmentada. De ahí, la importancia que, cada Estado Parte deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la debida aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- El derecho a la educación se considera un derecho básico universal; por lo tanto, reconocer este derecho implica garantizar a cada niño y niña una formación básica adecuada, diferentes alternativas de educación media que incluyan formación vocacional.
- La estimulación a temprana edad tiene efectos altamente positivos en el desarrollo personal y en el posterior desempeño escolar de los niños y niñas. Por esto resulta de vital importancia la Ley N° 20162, esta reforma no solo considera la declaración programática, sino que además el Estado provee del adecuado financiamiento para su ejecución en el nivel preescolar.
- La enseñanza media, además de constituir el puente que lleva a la educación superior, es en la actualidad un requisito básico para ingresar ventajosamente al mercado de trabajo. Por esto, la tarea hoy, es disminuir la brecha que separa la cobertura entre los sectores más ricos y los más pobres.

- La educación superior, es un instrumento de gran relevancia para una mayor inserción en el mercado de trabajo y, para renovar la especialización del capital humano. Si bien, ha aumentado la cobertura en educación superior, lo que debe preocupar es que: el ingreso a la educación superior hoy, no se logra por derecho propio, sino por mérito, depende de la capacidad de los jóvenes y, económica del grupo familiar; además, la alta tasa de deserción o estudios universitarios incompletos.
- El Estado Chileno, ha abandonado progresivamente su rol central en décadas pasadas; tanto en la provisión de financiamiento para la educación superior, como su ingerencia en la idea de Universidad y su aplicación a la ciencia y la tecnología.
- La doctrina de “la situación irregular”, parte de una definición negativa de los niños, niñas y adolescentes. En cambio, el sistema de “protección integral” reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- El principio del interés superior del niño ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño(a), por lo tanto corresponde que este principio sea interpretado según esta visión. Además, es posible afirmar su aplicación a otros cuerpos normativos, como el Derecho Laboral, que por su propia naturaleza -cambiante- permitiría a través de su función integradora del Derecho, ir cumpliendo las tareas que la Convención y los Convenios de la OIT han encomendados a los Estados.
- Con el Consejo Técnico y el Programa “Chile Crece Contigo”, por lo menos en sus declaraciones, aparece trabajo infantil y educación vinculados entre sí; y con aristas tan importantes como la salud, la recreación, protección a la maternidad, embarazo; que en sus acciones y estructura vincula a la infancia en su integridad.

10. BIBLIOGRAFIA.

- Baratta, A. “*La situación de la protección del niño en América Latina*”, en ficha N° 1. Fundación Pibes Unidos. Argentina, 1992.
- Blanco, Félix. *Los Salvadores de los Niños o la Invención de la Delincuencia*. Editorial Siglo XXI. México, 1982. Traducción al español en segunda edición de Cfr. Platt, Anthony. *The Chile Salvagers, The Invention of Delinquency*. The University of Chicago Press. Chicago, 1969.
- Caballenas, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral, Vol. I*. Ed. Heliasta S.R.L. B. Aires, 1998.
- Cea Egaña, José Luis. “El Sistema Constitucional de Chile”, Editorial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago 1999.
- Código del Trabajo, actualizado a 14 de febrero de 2007 en www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-59096.html#h2_1
- Cigno A. y Rosati F. *Child labor handbook*. Borrador Banco Mundial, Washington D.C.
- *Curso Internacional de especialización para Jueces de Menores y de Familia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1.983.
- Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I y III*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1999.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Boletín de Indicadores: Infancia y Adolescencia en Chile*. Editorial UNICEF Chile. Santiago, 2000.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Ministerio de Justicia. *Justicia y Derechos del Niño*. Editorial Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia oficina de área Argentina, Chile y Uruguay. Santiago. 1999.
- Hurtado Cruchaga S.J, Alberto. *Obras Jurídicas Completas*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- Kremerman S., Marco. *Crisis en el sistema de la Educación Superior en Chile: Análisis y propuestas*. Terram Publicaciones. Santiago, 2005.
- Krotoschin, Ernesto. *Tratado de Derecho del trabajo 2º Ed., Vol. I*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.1965.
- Ministerio de Justicia, Servicio Nacional de Menores y Otros. *Niños y Adolescentes: Sus Derechos en Nuestro Derecho*. Editorial SENAME. Santiago, 1995.

- O.I.T y Ministerio del Trabajo y Previsión Social. *Trabajo Infantil y Adolescente en Cifras, Síntesis de la Primera Encuesta Nacional y Registro de sus Peores Formas*. Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2004.
- Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo Infantil, un Manual para Estudiantes*. Editorial Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2004.
- Primera Encuesta Nacional de Actividades de Niños y Adolescentes y Registro de las Peores Formas de Trabajo Infantil, O.I.T y Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 2003.
- República de Chile. *Código Civil, Edición Oficial, Especial para Estudiantes; Decimosexta Edición Oficial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- Satrústegui, Miguel y otros. *Derecho Constitucional, Tomo I*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- Servicio Nacional de la Mujer y Universidad de Chile, Fundación de la Facultad de Derecho. *El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la Luz de las Normas y Principios de la Ley N° 19585*. Lom Ediciones Ltda. Santiago, 1999.
- Thayer Arteaga, William. *Manual de Derecho de Trabajo, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.
- Thayer y Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo. 3ª ed., Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998.
- UNICEF y Gobierno de Chile. *Trabajo Infantil, Freno al desarrollo*. Editorial UNICEF y Gobierno de Chile, a través del Ministerio del Trabajo. Santiago, 2000.
- UNICEF. *Trabajo Infantil y Educación, documentos de políticas N° 1*. Editorial UNICEF, oficina Regional para América Latina. Bogota, 1996.
- www.dt.gob.cl/legislacion1611article-59096.html#h2_1.zip.
- www.sename.cl/interior/trabajo/trabajo_003.asp
- www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=news&file=article&sid=589.
- www.consejoinfancia.cl//documentos/discursopdta.doc
- www.utopia.cl/junji/?navid=d001&id_noticia=100
- www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20061205/pags/20061205210729.html
- www.segpres.cl/portal/noticias/2006-10/id_1161009401563
- www.chile.com/tpl/articulo/detalle/masnotas.tpl?cod_articulo=82324
- www.gobiernodechile.cl/chile_crece/
- www.puntomujer.emol.com/.../noticia/detallenoticia.asp?id=%7B8C32F557-CC44-418D-A236-9BE8FF04A321%7D%20

- www.puntomujer.emol.com/.../noticia/detallenoticia.asp?id=%7B8C32F557-CC44-418D-A236-9BE8FF04A321%7D%20
- www.cepal.org/celade/noticias/paginas/5/27255/Leiva_ppt.pdf