



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**TRABAJO INFANTIL Vs DERECHO A LA EDUCACION: IMPLICANCIAS
DE LA REGULACION DEL TRABAJO INFANTIL.
LEY 20.189 DE 2007**

**Memoria de Título para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Alumno: **Marcello Limone Muñoz**
Profesor Guía: **Ricardo Juri Sabag**

**SANTIAGO - CHILE
DICIEMBRE 2007**

INDICE

TRABAJO INFANTIL Vs DERECHO A LA EDUCACION: IMPLICACIONES DE LA REGULACION DEL TRABAJO INFANTIL. LEY 20.189 DE 2007

RESUMEN	5
INTRODUCCION	6
CAPITULO I	8
LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION	8
1. LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN	8
1.1. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL	8
1.1.1 El derecho internacional y su protección al menor	8
1.1.1.1. Declaración universal de derechos humanos de las naciones unidas (1948)	10
1.1.1.2. Convención sobre los derechos del niño (1989)	11
1.1.1.3. Declaración de Ginebra (1924)	15
1.1.1.4. Los derechos del niño y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (Roma 1950)	16
1.1.1.5. La Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959	16
1.1.1.6. Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	17
1.1.1.7. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional	19
1.1.2. Los derechos del niño en los instrumentos regionales americanos	19
1.1.2.1. Convención americana derechos humanos. Pacto de San José de costa rica (1969)	19
1.2. CONCEPTO DE MENOR	22
CAPITULO II	24
LA PROTECCION AL MENOR EN LA LEGISLACION CHILENA	24
1. GENERALIDADES	24
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE PROTECCION AL MENOR	25

1.1.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD	28
1.1.3. PROTECCION LEGAL DEL MENOR EN EL CODIGO CIVIL CHILENO	33
1.1.4. PROTECCION LEGAL DEL MENOR EN EL CODIGO DE COMERCIO CHILENO	37
CAPITULO III	39
EL MENOR Y EL DERECHO A LA EDUCACION EN CHILE	39
1. GENERALIDADES	39
1.1. LEGISLACIÓN RELATIVA AL DERECHO A LA EDUCACIÓN	40
1.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la educación	47
1.1.2. El derecho a la educación preescolar	48
1.1.3. Proyecciones del Derecho a la Educación en Chile	50
CAPITULO IV	53
TRABAJO INFANTIL.	53
REGULACION NORMATIVA	53
1. DEFINICION DE TRABAJO INFANTIL	53
1.1. CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA ERRADICACION DEL TRABAJO INFANTIL	58
1.1.1 Los convenios internacionales y la erradicación del trabajo infantil en Chile	63
1.2 LEY NUM. 20.189 MODIFICA EL CODIGO DEL TRABAJO, EN LO RELATIVO A LA ADMISION AL EMPLEO DE LOS MENORES DE EDAD Y AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESCOLAR	65
1.2.1. Historia de la Ley 20.189	65
1 2.1.1. Análisis de la Iniciativa: Moción parlamentaria	65
1.2.1.2 Primer Trámite Constitucional: Senado	66
1.2.1.3. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados	68
1.2.1.4. Tercer Trámite Constitucional: Senado	77
1.2.1.5. Trámite Comisión Mixta	79
1.2.1.6 Trámite Comisión Mixta: Senado	81
1.2.1.7 Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados	84
1.2.1.8. Trámite Veto Presidencial : Senado	85
1.2.1.9 Trámite Veto Presidencial: Cámara de Diputados	87

1.2.1.10	<i>Promulgación y Publicación de la ley 20.189</i>	88
1.2.2.	<i>Análisis de la ley 20.189</i>	88
1.2.3.	<i>Decreto N°50 Ministerio del Trabajo: Reglamento Ley 20.189</i>	92
1.3.	<i>Cifras de trabajo infantil</i>	93
	CONCLUSIONES	95
	BIBLIOGRAFIA	97

RESUMEN

Estudiar y trabajar han demostrado ser actividades incompatibles en los menores de edad; en efecto, las estadísticas, la historia y el aumento de la pobreza, son índices claros de que niños y niñas que trabajan, no pueden estudiar y en el mejor de los casos, por razones obvias no obtienen buenos resultados. Aunado a ello, las jornadas laborales no les permiten tener tiempo para descansar y obtener un aprendizaje fluido y claro de conceptos, por lo que la erradicación del trabajo infantil, en especial de sus peores formas es un objetivo necesario y esencial para resguardar el derecho a la educación y la consecuente calidad de vida de los menores.

.Nuestro país ha dado importantes avances en esto, sobretodo con la reforma constitucional de la educación al establecer doce años de escolaridad obligatoria. En la práctica ha significado la dictación de una serie de normas que se adecuan a la reforma mencionada, dentro de las cuales se destaca en materia laboral, la promulgación de la Ley 20.189, que será analizada en detalle.

INTRODUCCION

A no dudarlo, resulta de vital importancia dentro del ordenamiento constitucional, el principio según el cual como núcleo fundamental de la sociedad; la familia tiene que cumplir junto con la sociedad y el Estado, deberes como los de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el artículo 1º de la Constitución Política.

Derechos como la vida, la educación, la salud y la familia deben ser plenamente respetados, dadas las limitaciones propias de su condición humana, mientras adquieren suficiente desarrollo físico y mental, por lo que quiere el legislador protegerlos de manera plena a fin de alcanzar niveles de mejoramiento de las sociedades del futuro.

Y si como afirma la convención sobre los derechos del niño, debidamente ratificada por Chile; que un niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado; así mismo, se reconoce que el niño tiene una serie de necesidades que evolucionan y cambian con la edad, por lo que se trata de equilibrar los deberes de los padres, correlativamente con dichas necesidades.

Así la educación recibida desde el hogar, sobre la convivencia humana, se manifestarán en forma positiva o negativa, la que se prolonga en el tiempo en las instituciones parvularias, primarias y secundarias, como una obligación estatal de suplencia hasta los 21 años de edad, según lo manda nuestra carta fundamental en su artículo 19 número 10; sin embargo, tal

prurito de derechos inalienables de la persona humana, son desconocidos de manera flagrante por aquellos que ostentan la obligación frente al menor, ya que se ha impuesto con legitimidad mediante reglamentación normativa, el trabajo infantil, olvidando que no solo constituye una forma de violencia el maltrato físico, también el abandono y la negligencia a sus necesidades físicas, morales e intelectuales.

De manera que no puede desconocerse que el maltrato físico también se manifiesta mediante la explotación del menor como mano de obra y modo de adquisición de sustento diario propio y de sus congéneres, circunstancia que impone estudiar las normatividades que regulan el trabajo infantil, ya que su proliferación se encuentra entre los más serios, complejos y sonrojantes problemas de la sociedad moderna, de manera que la calidad de vida de numerosos menores se encuentra profundamente deteriorada por los oficios que experimentan en el entorno familiar y social, cuyas consecuencias pueden repercutir en un problema social de primera magnitud. En efecto, la imposibilidad de poder interactuar el menor en la vida laboral y educativa, desconocen preceptos constitucionales y tratados internacionales suscritos por Chile, en torno a la obligación que el Estado, la sociedad y los padres tienen al interior del núcleo familiar.

En la presente investigación, se pretenderá exponer los principales lineamientos internacionales y nacionales que amparan los derechos del menor, para confluir en la ley 20.189 de 2007 que regula el trabajo infantil, la implicancia de la nueva jornada escolar y los preceptos de orden Constitucional frente al derecho a la educación del menor y; hasta donde la legitimación del trabajo infantil, repercute en forma negativa en su erradicación, ya que impide su persecución y al contrario la auspicia, cuando es claro que educación y trabajo infantil difícilmente logran conciliarse a favor de la calidad de vida del menor adolescente.

CAPITULO I

LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION

1. LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

1.1. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

En América Latina se ha dado el nombre de Doctrina de la Protección Integral “al conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas para la protección de los derechos de la Infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño constituye la culminación de un proceso de reconocimiento de los derechos de las personas menores de dieciocho años que se inicia en 1924 con la Declaración de Ginebra y pasa por la Declaración de Derechos del Niño de 1959.”¹

1.1.1 El derecho internacional y su protección al menor

Es importante resaltar que si estimamos que los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, como los del menor, poseen rango constitucional; por la importancia de este tipo de convenios, en caso de discrepar su contenido con una norma de otro nivel, el único camino

¹ FERNÁNDEZ Rojas Hernán, Bases Jurídicas para la Intervención en Maltrato Infantil. Servicio Nacional de Menores, año 1999.

para resolver el conflicto es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional; de estimarse lo contrario, que los tratados carecen de rango constitucional por cuanto su aprobación sigue la misma tramitación de las leyes, se discute, en caso de pugna con una norma legal, si el tratado rige *in actum* o debe adaptarse el ordenamiento jurídico a su contenido.

En nuestro país, el artículo 5° de la Constitución Política, impone como deber a los órganos del Estado el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes. Atendido el contexto de la disposición constitucional, en Chile se sustenta una posición ecléctica en relación a la aplicación de los tratados, de manera que se distingue si hay una disposición del Derecho Internacional incorporada a nuestra legislación, esta se aplica.

En ausencia de una disposición en nuestra legislación interna, nuestra jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que es válida la disposición internacional contemplada en el tratado. Si por el contrario, *“existe contradicción dentro de las normas del Derecho Internacional y el Derecho Interno, este último debe ser reformado, como recientemente ocurriera con la dictación de las leyes de filiación y adopción; no obstante, cabe señalar que se abre paso en la jurisprudencia a un cambio motivado por el respeto al principio del interés superior del niño que ha preconizado las Convenciones internacionales que nuestro país ha ratificado.”*².

Recién en el siglo XX *“se produce en la comunidad internacional un desarrollo efectivo de instrumentos específicos para su protección, Antes de*

² BAVESTRELLO Bonita, Irma. Derecho de Menores. Chile. Lexis Nexis, 2002, p. 30.

ello, no tenían reconocimiento en textos de derecho positivo o se encontraban dispersos en diferentes instrumentos internacionales.”³.

La importancia de la positivización de los derechos humanos ha sido estudiada y puesta de manifiesto por diversos autores, situación que en el caso de los niños y jóvenes adquiere un mayor valor, ya que a ellos, por lo general, se les reconoce en las legislaciones nacionales una capacidad jurídica limitada. Por la positivización, los derechos humanos se convierten en derechos subjetivos puesto que su contenido, su alcance y su límite, así como su garantía y tutela quedan determinados. En consecuencia, al reconocer derechos humanos específicos a los niños y jóvenes, se les está constituyendo como sujetos jurídicos con derechos subjetivos frente a los adultos y al Estado.

1.1.1.1. Declaración universal de derechos humanos de las naciones unidas (1948)

Después de la Segunda Guerra Mundial se forman las Naciones Unidas, cuya Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 12 de diciembre de 1948. Los derechos contemplados en la Declaración son aplicables a todos los hombres, incluidos los niños, en virtud del principio de no-discriminación e igual protección ante la ley.

La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla derechos y garantías vinculados a la aplicación del sistema penal que debieran

³ LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS. En: *Facultad de Derecho ICADE. Universidad Pontificia de Comillas*, Madrid, 1994. p 90.

considerarse en la legislación de infancia y que han sido posteriormente recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito específico de la niñez, la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene disposiciones destinadas a la protección de la familia que es considerada el elemento natural y fundamental de la sociedad, el derecho a cuidados y asistencias especiales y a la igual protección social de los hijos nacidos dentro ó, fuera del matrimonio. La declaración reconoce a la infancia el derecho a cuidados y asistencia especiales.

1.1.1.2. Convención sobre los derechos del niño (1989)

*“La Convención sobre los Derechos del Niño es un convenio de las Naciones Unidas que describe la gama de derechos que tienen todos los niños y establece las normas básicas para su bienestar en diferentes etapas de su desarrollo. Los países que ratifican la Convención y, por consiguiente, se convierten en Estados Partes de la misma, aceptan someterse legalmente a sus estipulaciones e informan regularmente a un Comité de Derechos del Niño sobre sus avances”.*⁴

La Convención es un tratado internacional que reúne los derechos del niño y que es el mayor aporte a la materia en toda la historia. Agrupa todos los asuntos pertinentes a los derechos del niño, los cuales pueden dividirse en cuatro amplias categorías: “no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño.”⁵

⁴⁻⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Unicef [en línea] <<http://www.unicef.org/spanish/crc>> [consulta : 12 Noviembre 2008]

A lo largo de la Convención se especifican los derechos esenciales del niño que garantizan su desarrollo como ser humano; estos derechos no sólo están relacionados con la vida, la integridad, el nombre y la nacionalidad, sino que también hacen del niño sujeto de derecho, *“en la medida en que por medio de la familia, la Sociedad y el Estado le asegura la salud, la educación y la cultura. Ello por cuanto el niño no puede ser considerado como un ser aislado. Es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Estas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellos, lo cual hace evidente que el niño es un ser en alto grado indefenso y frágil.”*⁶

Los niños de manera especial deben recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad y amor y comprensión y ser preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de valores fundamentales, y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y, que en todos los países hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles que requieren especial atención, con medios como la defensa y protección de la tradición y valores culturales de cada pueblo.

La Convención, profundiza la doctrina de los Derechos Humanos, contenida en los instrumentos internacionales que, *“en lugar de buscar diferenciar sujetos, señala estrictamente los atributos positivos comunes de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el sólo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo, u otra condición.”*⁷

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500-93. Considerando Cuarto. 1993. Colombia

⁷ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de principios. Uruguay, 1995. p 3.

Pero además, el bienestar de la infancia incluye el reconocimiento de otros derechos; el derecho a ser oídos, a la libertad de expresión, de pensamiento, de asociación, el derecho a un adecuado nivel de vida que permita su desarrollo físico, mental, espiritual, considera simultáneamente el derecho de la infancia a ser protegida de modo especial, en razón de constituir un grupo humano especialmente vulnerable, y el derecho de los niños a ejercer como sujetos de derecho.

Afirma la convención dentro de los principios que un *“niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado. Así mismo, se reconoce que el niño tiene una serie de necesidades que evolucionan y cambian con la edad, por lo que se trata de equilibrar los deberes de los padres, correlativamente con dichas necesidades.”*⁸

Es claro que a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena. De manera que dispone:

*“Los Estados partes adoptaran todas las medidas legislativas, sociales, y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico y/o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un tutor o cualquier persona que lo tenga a su cuidado”*⁹.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500-93. Considerando Cuarto. 1993. Colombia

⁹ Artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, publicada en el diario oficial el 27 de septiembre de 1990

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la vulnerabilidad especial de los infantes y trata sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos de un conjunto; Reconoce la Convención que el niño tiene una serie de necesidades que evolucionan y cambian con la edad. Por eso trata de equilibrar los deberes de los padres, correlativamente con dichas necesidades.

Consagra en su artículo 3º:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño."

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

Con base en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que la especial protección constitucional dispensada por el constituyente en el artículo 19 numeral 10 en favor de los "niños" cobija a todo menor hasta obtener su mayoría de edad.

Ello por el sentido garantista y proteccionista con el que es considerado el niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los

parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

Chile firmó y suscribió la Convención el 26 de enero de 1990. Ese mismo año, fue aprobada por nuestro Congreso Nacional y ratificada ante Naciones Unidas en agosto del mismo año. Mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio Relaciones Exteriores, la Convención entró en vigencia en Chile.

El Art. 32 de la convención, reconoce *"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 o social."*

1.1.1.3. Declaración de Ginebra (1924)

La Sociedad de Naciones Unidas adoptó, "en su V asamblea el 24 de septiembre de 1924, el primer texto formal sobre derechos de los niños, denominado Declaración de Ginebra; éste texto se basa en el documento Declaración de los Derechos del niño elaborado por Englantine Jeeb, fundadora de distintas organizaciones destinadas a "salvar a los niños"¹⁰. El documento sirvió de base para la Declaración del Niño que formulara en 1959 Naciones Unidas, en la que se establece el "derecho de todo menor, sin

¹⁰ CILLERO Bruñol, Miguel. Niños sus derechos en nuestro derecho, servicio Nacional de Menores, Revista SENAME. 1995. p. 23.

discriminación alguna en cuanto a su origen social o nacional, raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas, posición económica o de otra índole, a un desarrollo integral; un nombre y nacionalidad; seguridad social; alimentación; vivienda; atención médica; educación; crecer bajo amparo de sus padres, siempre que fuera posible; recreación y a protección contra toda forma de abandono, maltrato y practicas discriminatorias.”¹¹

Si bien estos instrumentos utilizan el concepto “derechos de los niños”, ellos contemplan más bien un conjunto de principios humanitarios limitados a establecer indicaciones respecto del trato que los niños deben recibir de parte de la sociedad.

1.1.1.4. Los derechos del niño y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (Roma 1950)

En el ámbito del Consejo de Europa se celebra este Convenio que queda abierto a la ratificación de los países miembros. Es un documento regional de derechos humanos, por cuanto hace referencia a la vinculación de los menores con el sistema penal.

1.1.1.5. La Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 surgen infinidad de instrumentos que velan y desarrollan algunos de los derechos enunciados en ella. La situación de la infancia y la protección de la

¹¹ CILLERO Bruñol, Miguel, MADARIAGA Hugo. Infancia, derecho y Justicia. En *facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile*. 1999. p. 34.

familia son objeto de múltiples instrumentos particulares, y hasta el año 1989 “los compromisos para la protección de la infancia se encontraban diseminados en más de 80 tratados y declaraciones internacionales”¹².

La comunidad internacional sostuvo una permanente preocupación por la infancia. Las Naciones Unidas crearon en 1946 el Fondo Internacional de Socorro a la Infancia, que posteriormente pasó a llamarse Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, más conocido como UNICEF. Esta agencia de Naciones Unidas surgió de la fusión de tres organizaciones que habían pertenecido a la Sociedad de las Naciones Unidas y que eran clara muestra de la preocupación internacional por la situación de la infancia que había sido tan abandonada sobre todo en la primera mitad del siglo XX, como consecuencia de las guerras mundiales.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece en el principio 2º:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño."

1.1.1.6. Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Este instrumento adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea general, de 16 de diciembre de 1966, esta destinado a dar plena eficacia jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, con

¹² La Protección de los Derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas, facultad de derecho ICADE, Universidad Pontificia de Comillas. Madrid año 1994. p. 45.

el fin de que sus principios, directrices y derechos adquirieran inequívoca obligatoriedad jurídica a través de la ratificación de los Pactos por los Estados miembros de naciones Unidas.

Se contemplan normas generales que son aplicables a la infancia en virtud del principio de igualdad y algunas disposiciones específicas vinculadas a los derechos de los niños y la familia.

El Pacto vuelve a reconocer que “la familia es el elemento natural fundamental de la Sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹³; reconoce el derecho del niño al nombre, al registro y a la nacionalidad.

Finalmente, especial importancia tiene el artículo 24.1 que establece un principio general de protección:

“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 por la sociedad y el Estado”¹⁴.

Se recoge “un conjunto de derechos de todas las personas y, a la vez, establece normas especiales para los niños; como es lógico, el derecho a la educación tiene como titulares privilegiados a los niños, y, en una medida distinta, igual acontece con el derecho a la salud.”¹⁵

¹³ Véase artículo 23 número 1, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, publicado en el diario oficial el año 1989.

¹⁴ Véase artículo 24 número 1. Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, publicado el año 1989.

¹⁵ Véase capítulo III De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26. Pacto de derechos civiles y políticos.

1.1.1.7. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional

Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, establece que las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

"El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c):... "En el Estado de origen sólo se podrá confiar el niño a los futuros padres adoptivos si:... c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.", antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años."

Con base en lo anterior, en Chile, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, "menores" siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años.

1.1.2. Los derechos del niño en los instrumentos regionales americanos

1.1.2.1. Convención americana derechos humanos. Pacto de San José de costa rica (1969)

El Pacto de San José es un instrumento importantísimo en el reconocimiento de los derechos humanos en los países de la región; además de contener todos los derechos generales, este instrumento consagra

numerosas disposiciones específicas acerca de los niños, tanto en el ámbito penal, como en las relaciones de familia y otras áreas del Derecho.

Referente al sujeto titular de los derechos reconocidos, señala que “persona es todo ser humano”¹⁶, por lo que se comprende al niño.

El artículo 19 contempla expresamente el derecho del niño a la protección, señalando: “*Todo niño tiene derecho a medidas de protección que por su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado*”¹⁷.

El siguiente cuadro, resume sucintamente los principales mecanismos internacionales de protección a la infancia: ¹⁸

<ul style="list-style-type: none">• 1919: La sociedad de las naciones (sdn) crea el comité de protección de la infancia. la existencia de este comité hace que los estados no sean los únicos soberanos en materia de derechos del niño.
<ul style="list-style-type: none">• 1923: Eglantyne Jebb (1876-1928), fundadora de Save the Children, formula junto con la Unión Internacional de Auxilio al Niño la Declaración de los Derechos del Niño, conocida también como la Declaración de Ginebra.
<ul style="list-style-type: none">• 1924: La Sociedad de Naciones adopta la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño.
<ul style="list-style-type: none">• 1927: Durante el IV Congreso Panamericano del Niño, diez países americanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Perú, Uruguay y Venezuela) suscriben el acta de fundación del Instituto Interamericano del Niño (IIN), organismo

¹⁶ Véase artículo 1 número 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹⁷ Véase artículo 19, Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹⁸ CRONOLOGIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Programa Regional para América Latina y el Caribe. Save the Children. [En línea] <<http://www.scslat.org/derechos/cronologia.php>> [consulta : 13 Noviembre 2008]

promotor del bienestar de los niños y sus madres en la región.

- **1934: La SDN aprueba, por segunda vez, la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño.**

- **1946: El Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) recomienda retomar la Declaración de Ginebra. Luego de la Segunda Guerra Mundial, un movimiento internacional se manifiesta a favor de la creación del Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).**

- **1948: La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ella, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes están implícitamente incluidos.**

- **1959: La Declaración de los Derechos del Niño es adoptada por unanimidad. Sin embargo, este texto no es de cumplimiento obligatorio para los Estados.**

- **1979: Se celebra el Año Internacional del Niño. Se realizan actividades conmemorando el vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño.**

- **1983: Diversas organizaciones no gubernamentales se organizan para elaborar una Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, teniendo un estatuto de consulta junto con las Naciones Unidas.**

- **1989: La Convención sobre los Derechos del Niño es adoptada por la Asamblea General de la ONU y abierta a la firma y ratificación por parte de los Estados.**

- **1990: Se celebra la Cumbre Mundial de Presidentes en favor de la infancia. En dicha cumbre se aprueba el Plan de Acción para el decenio 1990-2000, el cual sirve de marco de referencia para los Planes Nacionales de Acción en cada Estado parte de la Convención.**

- **2001: Se celebra el Año Interamericano de la Niñez y la Adolescencia.**

1.2. CONCEPTO DE MENOR

Por "niño", entendemos "ser humano de cierta edad". Pero con esto también los puntos de vista varían; la legislación internacional a través de la Convención para los Derechos del Niño lo define como "todo ser humano menor a dieciocho años, excepto si la mayoría se obtiene antes de acuerdo a la legislación que le es aplicable."

En Bélgica, es la edad de dieciocho, en Austria a los diecinueve se es mayor de edad, en Irán la edad de mayoría es quince. En cuanto a las edades límites para poder trabajar, igual cambia según las culturas; el OIT instituye a quince años la edad límite para que un niño trabaje (14 en los países menos desarrollados), el UNICEF a 12.

Al revisar las más recientes investigaciones jurídicas sobre la materia estudiada se observa que ellas tienen una base común: el cuestionamiento y análisis histórico-crítico acerca de la definición misma de la palabra "menor".

Un análisis desde el punto de vista del lenguaje del vocablo menor se puede establecer como "referido a una persona, muestra que se trata de un concepto que para poder determinar las características que lo definen, es necesario establecer una comparación: siempre se es menor en relación a otro y a determinadas características."¹⁹ Esta diferenciación puede ser signo positivo o negativo, en el sentido que tanto puede establecer privilegios como discriminaciones que pueden importar un menoscabo o segregación de los sujetos a los que se aplica.

¹⁹ CILLERO Bruñol Miguel, Sistema Jurídico y Derechos Humanos, publicación de la Escuela de derecho de la Universidad Diego Portales, año 1996, p 42.

En consecuencia, el concepto jurídico de “menor”, permite distinguir como aquellos niños y jóvenes a los que le son aplicables las leyes especiales de menores. El término menor se aplica, entonces, a personas declaradas legal o judicialmente como incapaces o inimputables.

A partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño, la mayor parte de los países que mantienen legislaciones similares a la chilena han comprendido que sus leyes no son suficientes a la hora de dar plena validez jurídica a los derechos de los niños y han emprendido, en consecuencia, procesos de reforma y adecuación legislativa.

Se ha tendido a reconocer al niño y al adolescente el carácter de persona dotada de los derechos humanos generales y de derechos y protecciones especiales atendido su estado de desarrollo, superando esa distinción tan extrema entre adultos y menores.

En consecuencia la denominación correcta para referirse en esta tesis al sujeto principal que merece toda la protección a sus derechos que son vulnerados cuando es maltratado, es la contenida en la ley 19.968: “Para los efectos de la ley que crea los tribunales de familia ley 19.968, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”²⁰

²⁰ Véase artículo 16 inciso 3º de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia que entró en vigencia el 1º de octubre del 2005.

CAPITULO II

LA PROTECCION AL MENOR EN LA LEGISLACION CHILENA

1. GENERALIDADES

Nuestro ordenamiento jurídico establece en distintos cuerpos legales, normas que vienen a dar protección al menor en distintos ámbitos de la esfera de la vida del niño, poniéndose a tono con las diversas regulaciones internacionales sobre el tema, como ya expusimos en el capítulo anterior.

Es así como en nuestra Carta Fundamental, específicamente dentro del capítulo I, se establecen los principios que orientan la configuración política del Estado. En su artículo 1° señala la importancia y el rol de cada uno de los estamentos que componen el Estado: la persona, la familia, los grupos intermedios y, finalmente, el Estado como estructura Política del poder.

Es por ello que, de este artículo que abre la Constitución Política de la República, podemos desprender la importancia relacionada con la protección del menor, puesto que, “toda acción que realice el Estado para proteger al niño ha de promover el bien común y al mismo tiempo garantizar al niño las condiciones sociales que le permitan su máxima realización espiritual y material. Este artículo refuerza la idea de familia como medio para el desarrollo del niño ya que es en ella donde éste logra su máxima realización material y espiritual”²¹.

²¹ Cillero, Miguel "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile", en: Seminario, el Estado y los niños mirando el tercer milenio, agosto de 1993, pág. 71.

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE PROTECCION AL MENOR

En Chile, siempre ha existido la preocupación por el tema de la infancia en general y por cierto de su protección. Históricamente hay épocas en las que el aporte a la legislación de menores ha sido exigua, sobre todo entre los siglos XVI hasta principios del siglo XX Sin embargo y partir de esta última fecha, se fueron dictando una cantidad importante de leyes que han formado hoy en día un Derecho especializado en relación a los niños.

Durante el siglo XVI, cercano al año 1550 podemos encontrar una ordenanza que crea las primeras escuelas en Chile y que estaban a cargo de la Iglesia y los Cabildos.

Como ya mencionábamos entre el siglo XVI y principios del siglo XX, no hubo mayor avance en relación a elaborar un estatuto o normativa que fueren específicas del menor, aunque con la promulgación y publicación del Código Civil (1885) y del Código Penal (1874), indirectamente se dejaba plantado la semilla para las leyes futuras sobre la materia.

Es durante el siglo XX que toma fuerza y especial atención, la necesidad de protección de los menores. Es así que el Estado en cumplimiento de su rol de garantizar el bien común, va dictando una serie de leyes, en un principio tímidas, que van contribuyendo a reforzar esta idea.

En el año 1912 se promulgó en nuestro país la Ley N° 2.675 sobre protección a la infancia desvalida, que es un primer atisbo que el asunto va calando en nuestra sociedad. Sin embargo, es a partir de la Convención de Ginebra de 1923, que contenía la Declaración de derechos del Niño, que en nuestro país se abre la brecha hacía una preocupación más profunda y un

interés por crear un cuerpo normativo relacionado con la infancia. Es así como se dicta la Ley N° 4.447 del año 1928, la cual, junto con modificar las normas de imputabilidad del menor de edad, crearon los primeros Juzgados de Menores para la atención del menor delincuente, como también la Dirección General de Protección de Menores y la Casa de Menores.

En 1935 se dicta la Ley N° 5.750 sobre Abandono de Familias y Pago de Pensiones Alimentarias, que sumada a la ya señalada, constituyeron la base de la naciente legislación de menores

El D.F.L. N° 6 -4.817 de 1942, crea la Dirección General de Protección a la infancia y adolescencia (PROTINFA), dependiente del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. Ese mismo año se incorpora a Protinfa la Dirección General de Protección de Menores y otros organismos relacionados con la atención de la madre y el niño.

En 1966 la Ley N° 16.520 crea el Consejo Nacional de Menores (CONAME), organismo coordinador de la labor de las instituciones privadas destinadas a la protección del niño.

El avance más significativo en esta materia lo constituye la dictación de la ley N° 16.618 en 1967, que refundiendo la legislación vigente a la época, da origen a la Ley de menores, que dentro de sus aportes crea la Policía de Menores y moderniza el sistema judicial, dándole mayores facultades a los jueces de Menores.

El D.L. N° 2.465 del año 1979 reemplaza el CONAME por el Servicio Nacional de Menores SENAME, organismo ejecutivo y con presupuesto estatal para subvencionar a las instituciones colaboradoras y a quien se le asignó la tarea de administrar las Casas de Menores, que son instituciones

de detención transitoria mientras el Juez decide la medida de protección a aplicar, además las instituciones de rehabilitación.

El Servicio Nacional de Menores (SENAME), vigente en la actualidad realiza el rol proteccionista del Estado en relación a los niños ya que “desarrolla sus actividades de acuerdo a las instrucciones que le indican los diversos tribunales, a través del país. Todas las prestaciones, salvo las Oficinas de Protección de Derechos, están ligadas a la justicia y los niños, niñas y adolescentes que son atendidos han sido enviados directamente por los Tribunales de Familia, vale decir, se encuentran judicializados”²².

En el año 1990 nuestro país ratifica y promulga como ley de la República la Convención sobre Derechos del Niño, lo que marcó la obligación de adecuar la legislación en el sentido de dar una protección integral a los niños. Es así como siguiendo esta línea se dicta en el año 1998 la Ley 19.585, que modifica el estatuto filiativo y termina con odiosa discriminación entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, pasando a llamarse hijos matrimoniales y no matrimoniales, para el solo efecto de la determinación de la paternidad y sus distintas acciones civiles.

Por último en los inicios del siglo XXI, en Chile sigue manteniéndose la tendencia proteccionista mostrada en la década del 90, la dictarse una serie de importantes normativas, dentro de las cuales la que más destaca es la creación en el año 2004 de los Tribunales de Familia, que viene justamente entre otras cosas a reemplazar los Juzgados de Menores y que es un gran avance en materia de protección de menores.

²² SENAME, Nuestra Institución [En línea]
<<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=1>>
[consulta] 16 de Noviembre 2008

1.1.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD

Dentro de la Constitución Política de la República, encontramos diversas disposiciones que vienen a constituir la obligación por parte del Estado de garantizar y velar por una adecuada realización material y espiritual de sus ciudadanos. Sin embargo, no existe ninguna mención expresa respecto a la protección de los derechos de los niños propiamente tal.

Si revisamos el derecho comparado a nivel sudamericano, solamente Ecuador y Colombia han adecuado sus respectivas Cartas fundamentales introduciendo normas específicas relacionadas con el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, a los cuales hay que proteger y resguardar. Es así como la Constitución ecuatoriana señala en su artículo 49 que *“los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.*

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.”

A su vez la Constitución de Colombia expresa en su artículo 44 *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener*

una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta o abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

Al no existir en nuestra Constitución Política una norma como las ya descritas en los párrafos anteriores, se hace necesario recurrir a la interpretación para llegar de manera indirecta hacia el reconocimiento en nuestra Carta Magna del deber del Estado de dar protección a los menores.

En un primer término el artículo 1º en su primer inciso nos dice que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", por lo tanto no es lícito para el Estado hacer ningún tipo de discriminación en relación al nacimiento de los menores.

El inciso 2º del artículo 1º se refiere en especial a la familia, señalando que ella es "el núcleo fundamental de la Sociedad" y que por ende es ahí en donde el Estado pretende que los niños crezcan. Su consideración especial en este inciso, así como los términos de la norma, evidencian la fundamental importancia que se atribuye a la familia, lo que constituye no sólo un principio del ordenamiento jurídico sino también una realidad de nuestra idiosincrasia. El mismo inciso señala que "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios", como es el caso de la familia, y "les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines

específicos”. Por otro lado, la Constitución no señala expresamente “el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, sí lo hace de forma implícita al considerar a la familia como “el núcleo fundamental de la Sociedad”, al establecer el poder-deber de los padres de educar a sus hijos y al imponerle al Estado la obligación de proteger a la familia y de garantizar a los padres el libre ejercicio de su derecho”.²³

Dentro del inciso 3º se nos dice que el “Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, por lo tanto cada acción por parte del Estado en relación a proteger los derechos de los niños debe ser, en definitiva, buscando el bien común y resguardando las condiciones sociales óptimas para su desarrollo normal, tanto en su plano espiritual como material.

En el caso del inciso final del artículo 1º se señala los fines del Estado y sus deberes más relevantes, señalando que “es deber del Estado... dar protección a la familia”.²⁴

Asimismo, la Constitución en su Artículo 5º inciso segundo nos dice:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Este artículo es fundamental, ya que reconoce como límite al ejercicio de la soberanía “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y la obligación del Estado de “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Lo que

²³ ONU, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al art. 44 de la Convención “Chile”. 2001, p 61.

²⁴ Véase artículo 1º, inciso 5º de la Constitución Política de la República de Chile.

implica que toda la regulación internacional relacionada con la protección de los derechos de los niños que haya sido ratificado o se ratifique en un futuro por Chile tienen y tendrán rango constitucional

Otras disposiciones de la Constitución se refieren indirectamente a los derechos de los niños

El encabezado del Artículo 19, expresa que la Constitución “asegura a todas las personas”:

1º.-El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.

3º.- Asegura a todas las personas “la igual protección en el ejercicio de sus derechos “, reconoce el derecho a la defensa, a las garantías del debido proceso y afirma el principio de legalidad penal.

4º.- Impone al Estado la obligación de respetar y proteger el derecho de la familia a la vida privada y a la honra.

7º.- Garantiza el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual a todas las personas.

10º.- Asegura a todas las personas el derecho a la educación, señalando como objetivo de éste el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Afirma además el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos y la obligación del Estado de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

26º.- Este artículo garantiza a todas las personas que los preceptos que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías que ésta establecen o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no

afecten los derechos en su esencia, ni impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

A pesar de que como decíamos en un principio, no existe norma expresa relacionada con los derechos de los niños que impliquen un reconocimiento constitucional específico de ellos, no debemos olvidar que, es en definitiva la familia como “núcleo de la sociedad” la llamada, en principio, a otorgar al menor la ayuda y orientación necesarias para que logre un desarrollo armónico e integral, sobre ella recae la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para que dicho fin se cumpla. *“Es decir, los padres son los primeros responsables del normal desarrollo del menor y, a ellos corresponde cumplir con los fines impuestos por la Constitución”*.²⁵

No obstante todo lo anterior, existe actualmente un proyecto de reforma constitucional elaborada por un grupo de Diputados, que intenta llenar el gran vacío que actualmente adolece nuestra Carta fundamental en relación al reconocimiento y protección de los derechos de los niños, la cual fue presentada en enero de 2008, cuyo texto sometido a discusión es el siguiente:

“ARTÍCULO ÚNICO: Agrégase un nuevo inciso tercero y un nuevo inciso cuarto al artículo 19 N° 1, de la Constitución Política, pasando los actuales incisos tercero y cuarto a ser quinto y sexto respectivamente:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física y psicológica, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada para su edad, su nombre y nacionalidad, el tener una familia y no ser separado de ella arbitrariamente, el cuidado y amor, la educación y la cultura, el deporte, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta o abuso

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500-93. Considerando Segundo. 1993. Colombia

sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán además, de los demás derechos consagrados en este artículo, en las leyes y en los tratados internacionales que hayan sido suscritos y ratificados por Chile.

Cualquier persona podrá ejercer la acción prevista en el artículo 20 de la Constitución Política en el caso de que los derechos de un niño a los que se refiere este número hayan sido privados perturbados o amenazados por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales²⁶

Este proyecto aún esta en primer trámite constitucional y su aprobación representaría la consagración de la protección de los derechos de los niños en nuestra Constitución Política, poniéndose a tono con el derecho comparado y la relativamente reciente necesidad de otros países de Sudamérica y el mundo por establecer en sus cartas magnas dicho reconocimiento.

1.1.3. PROTECCION LEGAL DEL MENOR EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil contiene diversas normas que dicen relación con los derechos y obligaciones que se derivan del reconocimiento legal de relaciones familiares entre padres e hijos.

Los términos usados por el Código Civil conciben el cuidado personal de los hijos como una institución establecida en favor del hijo y no de los padres. Así en su artículo 222, los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, la preocupación fundamental es el interés superior del hijo, como

²⁶ Boletín N° 5650-07, Proyecto de Ley: Modifica el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República consagrando la protección de los derechos de los niños. 2007

consecuencia de ello, es derecho de los hijos ser criados, educados y protegidos por sus padres.

Art. 222. *Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.*

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Art. 224. *Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.*

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.

Esta relación entre padres e hijos no se considera meramente un asunto privado, por lo tanto este deber-derecho de los padres tampoco es absoluto, ya que existe un interés público comprometido. El Estado reconoce el carácter natural de estos derechos y deberes, pero también asume un papel de promotor y garante de su cumplimiento. Por lo tanto, cuando los padres no cumplan con sus deberes o se vuelven incapaces de velar por el desarrollo integral del niño, el Estado tiene el poder-deber de intervenir, otorgándole la legislación los mecanismos necesarios para ello.

Debido a lo anterior es que muy recientemente se realizó una importante modificación a nuestro Código Civil, específicamente a la “facultad de corregir” a los hijos contenida en el artículo 234, en donde la publicación de la ley 20.286 adecua nuestra legislación a la Convención de Derechos del niño señalando que dicha facultad “excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre Derechos del Niño.”. A esto se agrega que si en el hecho se diere tal menoscabo el juez puede “decretar una o más de las medidas cautelares del artículo 71 de la ley Nº 19.968...”, dichas medidas son acciones concretas que puede determinar el Tribunal de Familia y que se

refieren en el fondo a procurar, tanto la inmediata protección del niño agredido como el alejamiento físico del agresor, sumado a la posibilidad de concurrir a programas especiales de ayuda a la familia.²⁷

Art. 234. *Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.*

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley N° 19.968, con sujeción al procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de la misma ley, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Desde otro punto de vista, dentro del Código Civil a nivel patrimonial y extrapatrimonial se establece una serie de incapacidades, que a pesar de su expresión, son maneras que tiene el legislador civil de dar protección a los niños, poniendo cortapisas y reparos a la autonomía de la voluntad.

De manera que la incapacidad por razón de la edad (los infantes, impúberes y menores adultos) resulta ser una institución protectora del estado de minoridad. Esto es, si el tráfico jurídico de los intereses económicos obedece a la lógica de defender los propios, dicho tráfico no puede darse en condiciones desiguales.

Y si además, la igualdad de condiciones para su ejercicio depende en gran medida de la suficiencia con la que se reflexione y se valoren las consecuencias jurídicas de participar en estas actividades, se hace necesario que las etapas propias del aprendizaje, formación e instrucción según la edad (entre otras variables), sean tenidas en cuenta por el legislador como criterio para diferenciar a los sujetos que pretenden negociar jurídicamente.

²⁷ Véase el artículo 71 de la Ley 19.968

La declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo; no obstante, la regulación jurídica de estas actividades va más allá; por un lado, estipula modalidades de representación (tutelas y curatelas) que ejercen guardadores (tutores y curadores), en favor de los y las menores para hacer valer sus intereses; luego, se trata de una seguridad patrimonial de su actividad negocial.

Estas incapacidades civiles para el ejercicio de los derechos, como las relativas a la incapacidad de los menores de edad, tradicionalmente se han considerado como medidas de protección a favor de quienes padecen tales limitaciones. En efecto, en orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador creó la representación legal a virtud de la cual coloca determinados sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se deriven, como si hubieran contratado ellos mismos.

Así pues, el régimen legal de la incapacidad de ejercicio es la solución general que históricamente el legislador ha adoptado para proteger los derechos de los menores y los demás incapaces en las relaciones jurídicas; de esta manera, el legislador les provee en el representante legal, sea el padre de familia, el tutor o el curador.

Las guardas se clasifican en tutelas y curadurías; corresponden las primeras a los impúberes que por cualquier razón no están bajo la patria potestad de sus padres; están sometidos a curatela general los menores adultos, los dementes los disipadores y los sordomudos que no pueden darse a entender; una persona que supla su inmadurez o sus dificultades cognoscitivas o volitivas cuando actúan obligándose en el mundo jurídico; no

obstante, respecto de algunos actos esta protección general no se considera suficiente, por lo cual la ley civil los reviste de exigencias adicionales.

De todo lo anterior se concluye que en la legislación civil una de las formas de desarrollar la necesaria protección de los menores y los demás incapaces es la institución de la incapacidad de ejercicio; institución jurídica que se acompaña de medidas legislativas complementarias destinadas a la protección del patrimonio del incapaz, particularmente de sus bienes inmuebles, medidas que de manera general exigen que cualquier acto dispositivo sobre esta clase de bienes de los incapaces obtenga la previa autorización judicial.

1.1.4. PROTECCION LEGAL DEL MENOR EN EL CODIGO DE COMERCIO CHILENO

De manera similar a como lo hace el Código Civil, la legislación comercial contiene normas dirigidas a proteger a los incapaces, disponiendo la nulidad, entre otros casos, cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Art. 7. Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

De otra parte el Código de Comercio, remite al Código Civil para todo lo concerniente a las condiciones de validez de los actos y contratos, al decir que los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Art. 96. *Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código.*

En lo que concierne concretamente a la capacidad para ejercer actos de comercio, la norma expresa que toda persona que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio y que las que con arreglo a esas mismas leyes sean incapaces, serán inhábiles para ejecutar actos comerciales.

Agrega la norma que los menores adultos pueden, con autorización de sus representantes legales, ocuparse en actividades mercantiles en nombre o por cuenta de otras personas y bajo la dirección y responsabilidad de éstas.

Art. 10. *Cuando los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional en virtud de la autorización que les confieren los artículos 246 y 439 del Código Civil ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta concurrencia de su peculio y sometidos a las leyes de comercio.*

Art. 18. *El menor comerciante puede comparecer en juicio por sí solo en todas las cuestiones relativas a su comercio.*

Art. 349. *Puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse.*

El menor adulto y la mujer casada que no esté totalmente separada de bienes necesitan autorización especial para celebrar una sociedad colectiva.

La autorización del menor será conferida por la justicia ordinaria...

El código de comercio establece una prohibición a los menores de edad, que la extiende incluso a los 21 años y es la que hace referencia a los corredores, cuando afirma:

Art. 55. *No pueden ser corredores:*

.....

2- *Los menores de veintiún años;...*

CAPITULO III
EL MENOR Y EL DERECHO A LA EDUCACION
EN CHILE

1. GENERALIDADES

En Chile, se considera el derecho a la educación como inherente al ser humano, es así que dentro de la Constitución de la República, éste derecho integra las llamadas garantías constitucionales que enmarca el artículo 19 de la misma.

Lo anterior, tiene absoluta concordancia con los distintos tratados internacionales al respecto, en donde destacan en especial, la Convención de Derechos del Niño y la Convención internacional de Derechos Humanos.

En la primera década del siglo XXI hemos sido testigos de una serie de movimientos sociales de público conocimiento, que sumado a una serie de reformas normativas, demuestran el creciente interés que ocupa dentro de la sociedad chilena la educación de nuestros niños.

A nivel mundial, la educación es mirada como una herramienta sumamente necesaria y esencial en contra de la pobreza y la desigualdad económica, puesto que está absolutamente comprobado que tendrá mas oportunidades de surgir quien haya sido formado en los distintos niveles educativos versus quien no lo haya sido.

Indudablemente que además del derecho humano a la educación no debemos olvidar que de la mano se encuentra el principio de la libertad de

enseñanza, que “incluye tanto el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, como el derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.”²⁸

Hoy en día ha surgido un concepto más moderno del derecho a la educación, llamado “derecho a una educación de calidad para todos”, que lo recoge sustancialmente el proyecto de Ley General de Educación del año 2007, que subraya la idea que sólo se cumple con el rol del Estado de garantizar este derecho, cuando “los alumnos, independiente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los estándares de aprendizaje”²⁹ lo más homogéneos posibles.

1.1. LEGISLACIÓN RELATIVA AL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Dentro de nuestra legislación el derecho a la educación ha sido tratado en tres niveles jurídicos distintos: a nivel constitucional, dentro de los tratados internacionales ratificados por Chile y en diversas normas legales.

En un primer término la Constitución se refiere en su artículo 19 a la especial protección estatal de los menores y adolescentes, al decir que tienen derecho a la protección y a la formación integral y la educación incluso extendida hasta los 21 años, pese a que la mayoría de edad se obtiene a los 18 años; de esta manera, la Carta refuerza los derechos de este segmento de la población menor de edad.

*Constitución Política. **Artículo 19.***
10º El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

²⁸ DERECHO A LA EDUCACION, Resguardo de Derechos. [En línea]
<http://600.mineduc.cl/resguardo/resg_educ/index.php> [consulta : 20 Noviembre 2008]

²⁹ N° Boletón 4970-04. Proyecto de Ley General de Educación. 2004. Actual artículo 3º

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

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.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;”

Dentro del numeral 10 transcrito del artículo 19, se pueden distinguir claramente que el fin último del derecho a la educación implica el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, poniéndose un énfasis claro en que los primeros responsables en educar a sus hijos son los padres, en cuyo favor se establece el derecho-deber de hacerlo. Por otra parte al establecer este “derecho preferente”, queda configurado el rol subsidiario del Estado en esta materia, lo que es perfectamente entendible con relación al principio en que se basó el constituyente al crear la Carta Magna.

Dicha subsidiariedad del Estado se refleja en que “asume constitucionalmente su imposibilidad de hacerse cargo de la tarea educativa en su totalidad, desempeñando un rol complementario y privilegiando a los padres como principales responsables”³⁰ frente al tema.

³⁰ El derecho a la educación en Chile / Jesús Redondo; coordinado por Jesús Redondo - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.

La garantía constitucional del derecho a la educación, sufrió importantes modificaciones en estos últimos años, siendo la más relevante la de la ley 19.876 del año 2003, la cual modificó la obligatoriedad escolar, puesto que su cobertura aumento de ocho a doce años, comprendiendo entonces tanto la educación básica como la educación media. Dicha modificación constitucional, trajo como consecuencia una serie de adecuaciones en materia de ley que tuvo que realizar el legislador, dentro de ellas está precisamente la dictación de la ley N° 20.189, la cual es objeto de esta tesis.

La otra modificación constitucional que sufrió el derecho a la educación fue la dictación en el año 2007 de la ley 20.162, la cual vino a amparar de manera más amplia la formación educativa de nuestros niños, ya que obliga al Estado por un lado a promover la educación parvularia, y por el otro garantiza el acceso gratuito de todos los menores al segundo nivel de transición.

Dentro de este marco regulatorio a nivel constitucional del derecho a la educación, esta unido el principio de la libertad de enseñanza, que se expresa de la siguiente manera:

*Constitución Política **Artículo 19**.....*

***N°11** La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.*

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Según el profesor José Luis Cea, la libertad de enseñanza se define como “el conjunto de medios aplicados a la realización del objetivo de la educación, es decir, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida.”³¹. Por lo tanto, visto así, la educación es anterior a la enseñanza misma, y no puede existir la segunda sin la primera, lo que no significa que una sea más importante que la otra.

De la consagración de la libertad de enseñanza se desprende que esta labor esta en manos de los grupos intermedios a través de los distintos establecimientos educacionales y, dicha libertad debe excluir el inculcar una tendencia política determinada a los menores.

En un segundo tratamiento del derecho a la educación encontramos a los tratados internacionales, que por mandato del inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Magna cuando versan sobre derechos humanos como el aquí expuesto, tienen rango a lo menos supra legal. Por lo tanto y enfocándonos directamente con lo relacionado, nuestra piedra angular serán fundamentalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del niño.

De esta forma, la Declaración Universal DD.HH enuncia el derecho en el siguiente tenor en su artículo 26:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos

³¹ CEA, José Luis. Primer Congreso Nacional de Educación Católica, Auditorium Don Bosco. 2006. Santiago

humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

A su vez, la Convención de los Derechos del Niño, desarrolla este derecho en dos artículos:

El artículo 28 establece:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular, a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

El artículo 29 expresa:

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a. Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b. 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;

c. Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d. Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e. Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Se desprende de estos dos tratados, que el derecho a la educación es inherente al ser humano y por lo tanto los Estados partes al ratificarlos, solamente están reconociendo algo que es anterior a ellos mismos. Además, a diferencia de nuestra Constitución Política, la finalidad de la educación es mucho más amplia, ya que se da énfasis a que a los niños en su proceso de aprendizaje se les debe interiorizar el respeto a los Derechos Humanos, al medio ambiente, a las diversas culturas y etnias, y por último a que cuando llegue a su etapa adulta viva en armonía con la sociedad.

Por último, el derecho a la educación y su forma de aplicarlo se reglamenta en la actualidad a nivel legal por la La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962³² (LOCE) del Ministerio de Educación del 10 de marzo de 1990 que establece los requisitos mínimos que deberán cumplir los niveles de enseñanza básica y enseñanza media, y regula el proceso de reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.

³² Véase Artículo 2°, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (18.962).

En el artículo 2 de dicha ley la educación se conceptualiza como “*el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad*”; asimismo, establece que “la educación es un derecho de todas las personas y corresponde a los padres de familia el derecho y el deber de educar a sus hijos, y al Estado, el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho y resguardar la libertad de enseñanza”.

Además, por otro lado la Ley 18.956³³, de 1990, reestructura el Ministerio de Educación, asignándole funciones de proposición y evaluación de políticas educacionales y culturales; de estudio y propuesta de normas generales del sector; de asignación de recursos para desarrollo de actividades educacionales, y de extensión cultural, entre otras.

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley 18.695) establece las funciones y atribuciones de las municipalidades, dentro de las cuales se encuentran las relativas a la educación y la cultura.

En el año 2004 se dicta la Ley 19.979, que modifica el régimen de Jornada Escolar Completa Diurna (JECD) y varios cuerpos legales dentro de los cuales se encuentran el Estatuto Docente y la LOCE. Esta ley además de establecer el nuevo régimen de jornada escolar, introduce una serie de normas destinadas a resguardar los derechos de los usuarios del sistema escolar frente a los establecimientos educacionales.

³³ Vease Ley 18.956, que reestructura el Ministerio de Educación, publicada en el Diario Oficial el 22 de febrero de 1990.

Por su parte nuestro Código Civil también refuerza el interés del legislador de propender la educación, al considerar en su artículo 332 que la obligación de alimentos que recae como derecho-deber sobre los padres se proyecta hasta los 28 años de edad de los hijos, si es que estos se encuentran estudiando una profesión u oficio

Código Civil Art. 332 inciso 2º *“Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia.*

1.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la educación

El derecho a la educación se inscribe en el marco de los derechos inherentes a la persona humana, así se describe en los distintos tratados internacionales de diversa índole. Según un informe de la UNICEF, tratando de explicar la naturaleza misma de este derecho señala que “todos los niños y niñas tienen derecho a la educación libre, gratuita y de calidad adecuada, y que los Estados son responsables de garantizarlo a lo largo de todas las etapas de la vida de los niños y niñas, en sus distintas expresiones -derecho a la escolarización, a una educación de calidad y a un trato justo en las escuelas”³⁴.

Por lo tanto como derecho humano que es, debe ser respetado y asegurado por los Estados a través de su reconocimiento y protección, ya

³⁴ UNICEF, El derecho a la educación: Una tarea pendiente para América Latina y el Caribe. [En línea] <[http://www.unicef.org/mexico/spanish/Desafios_Nro3_Educacion_Ago2006\(2\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/Desafios_Nro3_Educacion_Ago2006(2).pdf)> 2006. p 6 [consulta : 26 Noviembre de 2008]

que “*el pleno derecho a la educación de calidad y pertinencia es condición esencial para superar la pobreza y avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades. El aumento de los niveles educacionales, en especial entre los grupos más pobres, así como la disminución en brechas de género, incrementarían la movilidad social y elevarían los retornos del trabajo y la calidad misma de los recursos humanos. A la vez que permitirían democratizar el acceso pleno a la ciudadanía*”³⁵. Es decir, la educación en sí representa una condición sine qua non para el pleno desarrollo económico de los países y una herramienta de primer orden para la superación de la pobreza.

1.1.2. El derecho a la educación preescolar

En Chile, crecientemente ha tomado relevancia la educación preescolar y la protección que el Estado debe darle, lo que es totalmente lógico si tomamos en consideración que el desarrollo educacional de una persona inicia casi instantáneamente con su nacimiento.

Es así que según la Unicef “*El derecho a la escolarización sobre la base del ciclo de vida pone de relieve la importancia del acceso a la educación preescolar de calidad y armónica con los arreglos familiares. La primera infancia es fundamental para el desarrollo cognitivo y emocional y la salud física y mental; en los primeros 3 años de vida se forman las conexiones neuronales, el cerebro alcanza el 90% de su tamaño adulto y se logran habilidades como la regulación emocional, el apego, el desarrollo del lenguaje y la motricidad*”. Esto quiere decir que mientras más prontamente un niño comience a ser educado, obtendrá mejores resultados y estará más preparado para el inicio de su educación básica.

³⁵ UNICEF, El derecho a la educación: Una tarea pendiente para América Latina y el Caribe. [En línea] <[http://www.unicef.org/mexico/spanish/Desafios_Nro3_Educacion_Ago2006\(2\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/Desafios_Nro3_Educacion_Ago2006(2).pdf)> 2006. p 12 [consulta : 26 Noviembre de 2008]

Contrariamente a lo que se pudiera pensar, los índices de acceso a la educación preescolar son bajos como lo demuestra un estudio realizado por CEPAL en el año 2005: *“En el 2002, el 69,5% de los niños del Caribe accedieron a educación preescolar, mientras que en América Latina, esta cifra llegó a un 42,5%”*

Por tanto, más de la mitad de los niños en Sudamérica no efectúan su educación parvularia, lo que claramente es una falla que según los expertos repercutirá en su desarrollo posterior.

El mismo estudio de CEPAL, señala que *“Los niños en edad de participación en el último grado de la educación preescolar y que pertenecen al quintil superior de ingresos, presentan una tasa de asistencia a la pre-primaria 1,39 veces superior a la de los niños del quintil más pobre; mientras en los urbanos la tasa es 1,21 veces mayor que en sus pares. Las mayores asimetrías por ingresos se aprecian en Costa Rica, Panamá y Perú, y por zona de residencia, en Panamá y Bolivia.”*

En Chile en el año 2007 se promulgó la ley 20.162, que introdujo una importante modificación constitucional, ya que reconoce la prioridad que debe darse a la promoción por parte del Estado de la educación preescolar, incluyéndolo dentro del derecho a la educación, además de garantizar el libre acceso de forma gratuita y financiamiento del segundo nivel de transición, que vulgarmente se le denomina “Kindergarten”

Sin embargo lo anterior y a diferencia de los otros niveles del desarrollo educativo, la modificación constitucional no estableció como obligatoria la educación parvularia, al señalar que ésta no constituye requisito para el ingreso a la educación básica. Por lo tanto y a la luz de la inobjetable e indiscutible trascendencia que tiene para un niño su incorporación a este

nivel es que queda como tarea pendiente para nuestro país una modificación futura a este respecto, en lo relativo a su obligatoriedad.

*“Constitución Política. **Artículo 19.***

***10º** El derecho a la educación.*

..Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica... “

1.1.3 Proyecciones del Derecho a la Educación en Chile

A partir del año 1965 y hasta el 2002, en Chile se reconocía como obligatorio ocho años de educación, lo que implicaba que tan sólo se sustentara la educación básica de un niño, lo que a todas luces era insuficiente. Esto se viene a solucionar luego de la modificación del año 2003 por la reforma constitucional de la ley 19.876, que aumenta la protección estatal a doce años, comprendiendo esta vez a la educación media. Lo que se sumó a la implementación de la jornada escolar completa.

Es decir, podemos decir que en Chile y a diferencia con sus pares latinoamericanos, se da una protección integral a los menores de su desarrollo educativo tanto a nivel básico como medio.

Pese a lo anterior, la cobertura educativa apunta más bien a una “cantidad” de niños que se incorporan al sistema de doce años más que apuntar a una “calidad” educacional de los mismos.

Como respuesta a lo mencionado, en Chile surgió en el año 2006 la popularmente llamada “revolución pingüina”, que fue un movimiento social importante que se caracterizó por ser conformada por adolescentes en

periodo escolar, que salieron a las calles para protestar por un cambio en la educación, específicamente centrados en la derogación de la Ley Orgánica Constitucional de la Educación (L.O.C.E.). Este movimiento ha sido uno de los más importantes que se tiene memoria desde finales de los años ´60 y comienzos del ´70. Pues bien, como resultado de estas manifestaciones que fueron de largo tiempo y por la gran relevancia que generó, el gobierno se vio obligado a tomar medidas dentro de las cuales se incluyeron:

- 1.- Creación de un Consejo Asesor Presidencial de Educación
- 2.- Reforma de la L.O.C.E., en el sentido de consagrar el derecho a la educación de calidad a todos los ciudadanos
- 3.- Becas para estudiantes de Educación Técnica Profesional

El Consejo Asesor Presidencial, estuvo conformado por diversas personalidades de estamentos distintos que evaluarían la realidad actual del país en cuanto a la educación, proponiendo finalmente una reforma del mismo.

Como resultado de las conclusiones de este Consejo, se envió al Congreso Nacional el proyecto de Ley General de la Educación (L.G.E.), que modificará la actual L.O.C.E., y que en la actualidad se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado. Los principios que inspiran esta reforma los señala su artículo tercero:

Artículo 3º.- El sistema educativo chileno se inspira en los siguientes principios:

a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida.

b) Calidad de la educación. La educación debe propender a que todos los alumnos, independiente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.

c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a la integración e inclusión de todos los sectores de la sociedad, estableciendo medidas de discriminación positiva para aquellos colectivos o personas que requieran de protección especial.

d) Participación. Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser considerados en el proceso educativo y en la toma de decisiones.

e) Responsabilidad. Todos los actores del proceso educativo deben ser evaluados y rendir cuenta pública respecto de sus logros educativos.

f) Articulación del sistema educativo. Las personas pueden entrar o salir de él, o cambiarse de modalidad, progresando en el sistema.

g) Transparencia. La información del conjunto del sistema educativo, incluyendo la de los resultados académicos, debe estar a disposición de los ciudadanos.

h) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales.

Por lo tanto, esta reforma legal establecerá un cambio evidentemente profundo en lo relativo a la educación en Chile, puesto que se trata de un mejoramiento de la calidad del mismo, ya que apunta a terminar las diferencias que actualmente existen en aquellos establecimientos educacionales de estratos económicos más bajos versus los que pertenecen a los más altos, estableciendo una calidad lo más igualitaria posible y; en un segundo término, implicará un reforzamiento al principio de la no discriminación, al impedir las discriminaciones ilegítimas y las exclusiones a la hora de ingresar a un colegio.

CAPITULO IV
TRABAJO INFANTIL.
REGULACION NORMATIVA

1. DEFINICION DE TRABAJO INFANTIL

Actualmente, el mundo se encuentra sumido en una vorágine económica donde es más importante el cuanto se tiene materialmente en comparación a otra persona que ninguna otra cosa, dejando de lado la esencia social del ser humano, que implica evidentemente el desarrollo en conjunto de la comunidad en pro de la eliminación de las desigualdades y un crecimiento económico ético que vele por la pobreza y su erradicación.

Pues bien la realidad es contraria a lo anterior, y es aquí donde se hace evidente la existencia del trabajo infantil, ya que debido a situaciones económicas desmejoradas de las familias pobres y la incapacidad actual de los países de acortar las brechas sociales es que los niños y adolescentes se ven en la necesidad de salir a las calles en búsqueda de trabajos como una forma de aportar monetariamente dentro de su hogar, lo que trae aparejado un desmedro de sus posibilidades futuras de desarrollo personal, ya que su formación educativa se ve truncada o gravemente mermada.

Hoy en día existen diversas concepciones o posturas acerca del trabajo infantil, que se debaten en un amplio espectro pasando por aquellas que lo consideran nocivo para el niño, las que lo aceptan cumpliendo ciertos requisitos y por último aquellas que lo ven como algo positivo en el desarrollo de su madurez.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) se adscribe a una postura restrictiva del trabajo infantil, ya que lo considera nocivo para la salud y que debería erradicarse, puesto que vulnera los derechos del niño. Tal es la relevancia que le da a su erradicación, que en el año 1992 crea el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), que pretende la eliminación progresiva de todo trabajo infantil en los países, generando un movimiento mundial de conciencia en contra del mismo. Pues bien, la OIT al dar un concepto de trabajo infantil señala que es *“todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.”*³⁶ Además agrega características del mismo que identifican al trabajo nocivo al mencionar que *“se alude al trabajo que:*

- *es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; e*
- *interfiere con su escolarización puesto que:*
- *les priva de la posibilidad de asistir a clases;*
- *les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o*
- *les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo. “*³⁷

Sin embargo, la OIT a pesar de su visión restrictiva considera que no todo trabajo de los niños es negativo, puesto que *“Por lo general, la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Entre otras actividades, cabe citar la ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero de bolsillo. Este tipo de actividades son provechosas para el desarrollo de los pequeños y el bienestar de la familia; les proporcionan*

³⁶ OIT, IPEC, ¿Qué se entiende por trabajo infantil? [En línea]
<<http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--es/index.htm>> [consulta : 24 de Noviembre 2008]

³⁷ OIT, IPEC, ¿Qué se entiende por trabajo infantil? [En línea]
<<http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--es/index.htm>> [consulta : 24 de Noviembre 2008]

*calificaciones y experiencia, y les ayuda a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta.*³⁸

Claramente la ejemplificación que nos señala la OIT, no se puede enmarcar dentro de lo que podríamos llamar trabajo, puesto que no revisten los caracteres de seriedad para considerarlos como tal, ya que habla de “tareas”, “ayudas”, etc.

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), desarrolla una idea acerca del concepto de trabajo infantil similar a lo que nos dice la OIT, puesto que *“basándose en la Convención de los Derechos del Niño afirma que hay que entender al trabajo infantil en su sentido más amplio y nocivo en cuanto infracción a los derechos humanos en diversos planos”*³⁹. Por lo tanto, UNESCO también reprime y condena cualquier forma de trabajo infantil, al considerarlo un atropello a las garantías humanas tales como suprimirles *“los beneficios liberadores de la educación, tienen amenazados la salud, el crecimiento y el desarrollo, corren el peligro de quedarse sin el amor, la atención y la protección de la familia y no puede disfrutar del esparcimiento y el juego a que todo niño tiene derecho”*⁴⁰

Desde otro punto de vista encontramos a la “Save the Children”, que es una organización sueca no gubernamental de carácter internacional que trabaja por los derechos de los niños hace ya muchos años, y que tiene un concepto del trabajo infantil más ecléctico, ya que considera que *“el trabajo que realizan los niños y niñas no constituye una actividad uniforme, y que tenemos que reconocer que, mientras que algunas formas de trabajo*

³⁸ OIT, IPEC, ¿Qué se entiende por trabajo infantil? [En línea]

<<http://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm>> [consulta : 24 de Noviembre 2008]

³⁹ Contextualización Trabajo Infantil en Chile, ACHNU. Asociación Chilena Pro Naciones Unidas, 2005, Chile p 5.

⁴⁰ UNICEF. "Eliminar el trabajo infantil afirmando los derechos de niños".2001. p 4

*vulneran los derechos de la niñez, otras formas de trabajo no lo hacen*⁴¹. Aseguran además que cada forma de trabajo contiene en si misma elementos positivos y negativos para el desarrollo normal de la infancia, por lo que puede por tanto ser perjudicial o provechoso para la misma. Es por esta razón que consideran que *“no aceptamos ni las prohibiciones generalizadas de todas las formas de trabajo infantil ni un enfoque que promueva inequívocamente el trabajo de los niños y niñas. Creemos que distintas respuestas son apropiadas para distintas formas de trabajo, y para distintos niños y niñas trabajadores.”*⁴². Dicha organización entonces, considera que para prohibir alguna forma de trabajo infantil, habría que analizar caso a caso y más bien lo que se debe prohibir es únicamente el trabajo nocivo.

Como una posición más alejada a las ya anteriormente citadas, encontramos a Manfred Liebel, que apunta su enfoque en el niño mismo, luego de trabajar varios años con menores en situación de pobreza en diversas partes del mundo, rescatando lo que los niños trabajadores pensaban acerca de sus labores.

Liebel señala que *“el trabajo infantil no equivale necesariamente a la explotación y el abuso, por tanto, se deben rescatar sus aspectos positivos y la posibilidad que tiene para fomentar la condición de sujetos de niños y niñas, además conciben a los niños y niñas trabajadores como actores sociales que mediante su trabajo contribuyen a la conservación y desarrollo de la sociedad y merecen reconocimiento social por ello.”*⁴³

Además critica el concepto general que existe en el mundo acerca del tema, destacando que la función positiva del mismo no es valorado deliberadamente, ya que *“la visión hasta ahora predominante sobre el trabajo*

⁴¹ SAVE THE CHILDREN, “La niñez y el trabajo” 2001. Reino Unido p 3

⁴² SAVE THE CHILDREN, “La niñez y el trabajo” 2001. Reino Unido p 2

⁴³ LIEBEL, Manfred. “Infancia y Trabajo” Ifejant. 2003 p 18

infantil no permite ver estos aspectos ya que esta marcada por un concepto de trabajo, que sólo lo relaciona con esfuerzo, fatiga y sacrificio. Así, el trabajo de niños o niñas es visto como un peligro, un riesgo, que necesariamente los perjudica en su desarrollo y les despoja de su infancia”⁴⁴

Por lo tanto, y luego de revisar las posturas citadas respecto al concepto de “trabajo infantil”, para obtener una definición del mismo debemos atender a que es lo que buscamos evitar. Por un lado a todas luces y según prácticamente la unanimidad de las corrientes mundiales, un niño que trabaja la mayoría del tiempo lo hace obligado por una necesidad económica derivada de la situación familiar, debido a ello es que sus posibilidades formativas en varios ámbitos se ve disminuida. Sin embargo, también es cierto que existen labores positivas en las cuales un menor puede desempeñarse y la cual le será provechosa, como es el caso de la ayuda en las labores domésticas o trabajos veraniegos, todo lo anterior partiendo del supuesto que no interfiere con su educación.

Según Marlen Eizagirre, para buscar un concepto de trabajo infantil debiéramos utilizar el criterio de la edad ya que, *“la determinación de una edad mínima para trabajar, límite que suele reflejar la opinión que tiene una determinada sociedad sobre la evolución de las capacidades y responsabilidades de los niños”⁴⁵*. Además, la misma autora nos dice que dentro de dicho concepto, existen diversas categorías que son muy variadas, ya que van desde *“explotación laboral infantil, cuando las condiciones de trabajo dificultan la escolarización, y cuando son abusivas, peligrosas o nocivas para su bienestar y, en definitiva, afectan a su desarrollo físico, mental, social o espiritual. Por el contrario, algunas otras actividades pueden ser beneficiosas y estimuladoras del desarrollo del niño en todos esos*

⁴⁴ LIEBEL, Manfred. “Infancia y Trabajo” Ifejant. 2003 p 19

⁴⁵ EIZAGIRRE, Marlen. “Trabajo Infantil” Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. [En línea] < <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/218>> [consulta : 2 de Diciembre 2008]

planos, sin interferir en su escolarización”⁴⁶. Por lo tanto es claro que hay algunos trabajos aceptables para ser realizados por los niños y otros que simplemente no lo son y son considerados inaceptables.

En definitiva, un concepto que señale lo que significa el trabajo infantil podría ser: aquel que es desarrollado por niños y adolescentes, que se encuentran en edad escolar y que implica su ocupación en diversas labores, que pueden ser aceptables, ya que no interfieren con su desarrollo formativo y educacional, e inaceptables, tanto por ser nocivos para su salud, como mermadores de su formación intelectual.

1.1. CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA ERRADICACION DEL TRABAJO INFANTIL

En materia internacional el tema del trabajo infantil ha tomado una real importancia hace ya varias décadas, lo que se plasma con la dictación de diversos convenios en relación al tema, sin embargo el interés por erradicar este problema no es nuevo, ya que históricamente en menor o mayor medida ha sido tratado o considerada en el concierto mundial.

El ente encargado de velar y promover los derechos laborales es la OIT (Organización Internacional del Trabajo), que fue fundada en el año 1919 y cuyo rol es *“la promoción de oportunidades de trabajo decente y productivo para mujeres y hombres, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. Sus objetivos principales son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la*

⁴⁶ EIZAGIRRE, Marlen. “Trabajo Infantil” Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. [En línea] < <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/218>> [consulta : 2 de Diciembre 2008]

protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo.”⁴⁷

Fue a inicios del siglo XX recién pasado que se dicta el “Convenio N°5 sobre edad mínima en Industria” (1919), que fue el primer instrumento relacionado con el trabajo infantil, en donde se establecía que la edad mínima para poder trabajar en empresas industriales era de catorce años, sin embargo se señalaba que podían contratarse a niños de doce años, siempre y cuando éstos hubiesen terminado su educación primaria. Además consideraba un sistema de registro en que se debían ir anotando todos aquellos niños menores de dieciséis años que estuviesen trabajando seguido de su fecha de nacimiento.

Seguidamente ese mismo año se dicta el “Convenio N°6 sobre el trabajo nocturno de los menores”, que prohíbe el trabajo de menores de dieciocho años desde las veintidós horas a las cinco de la mañana en empresas públicas o privadas.

Luego de este incipiente comienzo, se promulgaron una serie de Convenios relacionados con la edad mínima o con la prohibición del trabajo nocturno de los niños, pero expandido a otro tipo de empresas, como las no industriales, faenas agrícolas, trabajos subterráneos, pescadores y empresas familiares.

No fue hasta el año 1973, que la OIT da un salto cualitativo en la protección de los derechos del menor en lo relativo al trabajo infantil, ya que se dicta el “Convenio N°138 sobre la edad mínima de admisión al empleo”, vigente hasta la fecha, que subsume todos los Convenios erigidos hasta ese día y señala que su intención es abolir definitivamente el trabajo de los niños.

⁴⁷ OIT, Página de Entrada, Acerca de la OIT [En línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm> [consulta : 4 de Diciembre 2008]

En efecto, dicho convenio es el primero que establece como principio básico que *“todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.”*⁴⁸ Es decir, se habla de una “política nacional”, tendiente a que todo Estado Miembro que ratifique dicho Convenio, establezca dentro de sus directrices gubernamentales la erradicación del trabajo infantil, además de enfatizar en que los niños tengan un crecimiento lo más normal posible que, pese a no mencionarlo, sólo se logra con el aseguramiento de su derecho a la educación.

El Convenio N°138, además agrega que *“La autoridad competente deberá prever todas las medidas necesarias, incluso el establecimiento de sanciones apropiadas, para asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio.”*⁴⁹ Lo que implica por cierto la obligación de *“determinar las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones que den efecto al presente Convenio.”*⁵⁰

Sin duda, además de lo ya señalado, lo esencial del Convenio N° 138, es establecer una edad mínima para ingresar al empleo por parte de los niños, la cual se fija en quince años o en su defecto una edad no inferior a aquella en que cesa su obligación escolar, lógicamente si esta es superior. Por otro lado manifiesta que cuando se trata de trabajos peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, la edad mínima de ingreso no debe ser inferior a los dieciocho años. Finalmente agrega que, en el caso de los trabajos ligeros, los niños de trece a quince años pueden ser empleados sujetos a que no perjudiquen su salud o desarrollo y su asistencia escolar.

⁴⁸ Artículo 1° Convenio 138 OIT

⁴⁹ Artículo 9° n 1 Convenio 138 OIT

⁵⁰ Artículo 9° n 2 Convenio 138 OIT

Por otra parte esta Convención es complementada por la “Recomendación N° 146 sobre la edad mínima de admisión al empleo”, que en síntesis constituye una serie de observaciones que se hacen en relación al Convenio 138, y que deberían adoptar a modo de consejo el resto de los países. Entre los aspectos más destacados se señala que los Estados deberían cambiar su política nacional con miras a proveer las necesidades de los niños en sus distintos ámbitos de vida. Por otra parte insta como objetivo de los Estados parte el subir a dieciséis años la edad mínima de admisión al empleo.

Tuvieron que pasar dos décadas para que la OIT dictara un nuevo Convenio de importancia, fue específicamente el año 1999 con la aprobación del Convenio 182 “sobre las peores formas de trabajo infantil”. Como su nombre lo señala se trata de un acuerdo adoptado en relación con labores desempeñada por menores que deben prohibirse para resguardar su integridad física, salud y su desarrollo como seres humanos, todo esto en aras de la erradicación definitiva del trabajo infantil.

Es así que como este Convenio comienza en su artículo 1º señalando que *“Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”*, destacando la celeridad con que los países que adopten en su legislación interna este Convenio deberían actuar.

Luego define al niño como “todo menor de dieciocho años”, evidentemente para darle un carácter más proteccionista a los menores, por cuanto la costumbre y las legislaciones nacionales hacen una diferencia clara entre adolescente y niño.

Ya en su artículo 3º el Convenio N° 182 hace una clasificación de las peores formas de trabajo infantil, las que pueden ser descritas de la siguiente manera:

- a) Esclavitud: En todas sus formas posibles, lo que incluye entre otras: la trata de niños, trabajos por obligación, etc.
- b) Prostitución: Todo lo que revista la utilización de menores en actos de de prostitución o pornografía.
- c) Actividades ilícitas: Emplear niños para la comisión de delitos, dentro de las cuales se destaca, el tráfico de estupefacientes y su producción.
- d) Trabajos peligrosos: Tanto la naturaleza o las condiciones de las labores, que en definitiva implique un riesgo para la seguridad, salud o moralidad de los niños.

En este último caso, el Convenio nos señala que cada Estado que ratifique el mismo, debe fijar por legislación interna la definición de aquellos trabajos considerados peligrosos. En este orden de cosas, Chile al promulgar el Decreto 50 del Ministerio del Trabajo del año 2007 por orden de la ley 20.189, da cumplimiento a este mandato, al establecer por reglamento cuales son dichos trabajos peligrosos.

En los siguientes artículos del Convenio en cuestión, se refuerza la idea de que los Estados partes deben actuar con la mayor prontitud posible para salvaguardar y proteger los derechos de los niños. Es así como el artículo 6º nos señala que cada país debe *“elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil.”*, a su vez el artículo 7º, parte de la base que para superar la pobreza, que es la principal causa del trabajo infantil, se debe poner énfasis en la educación propugnando su desarrollo y cumplimiento.

El mismo año 1999, la OIT complementa el Convenio N° 182 con la Recomendación N° 190 “sobre las peores formas de trabajo infantil”, el cual no es más que establecer una serie de consejos que los Estados Partes deben seguir para dar cumplimiento al Convenio indicado, dando realce a la manera de desarrollar los programas de acción que menciona el artículo 6° del mismo y la forma de determinar los trabajos peligrosos para los niños.

1.1.1 Los convenios internacionales y la erradicación del trabajo infantil en Chile

Nuestro país desde hace mucho tiempo se encuentra en la misma sintonía que el concierto mundial acerca de la erradicación del trabajo infantil, es por ello que para tal efecto ha ratificado una gama de convenios internacionales. Por otra parte ha promulgado varias leyes relacionadas con el trabajo infantil y su eliminación.

Dentro de los convenios y tratados internacionales se puede destacar:

1. Los Convenios de OIT N° 5 y 6 de 1919, sobre edad mínima de admisión a trabajos industriales y horario nocturno.
2. El Convenio de OIT N° 7 de 1920, sobre edad mínima en el trabajo marítimo.
3. Los Convenios de OIT N° 10, 15 y 16 de 1921, que se refieren a exigencias de edad mínima en el trabajo agrícola, de pañoleros y fogoneros y examen médico obligatorio de menores de edad empleados a bordo de buques, respectivamente.
4. El Convenio N° 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo que fue ratificado en febrero de 1999. El año 2000 producto de esta ratificación, se dicta la Ley

19.684, la cual aumenta la edad mínima de admisión a empleo, de 14 a 15 años.

5. En el 2001 ratifica el Convenio N° 182 de la OIT; que fue latamente explicado en el título anterior, dando como resultado la dictación de la ley 20.189 y su reglamento sobre los trabajos peligrosos, que debe actualizarse cada dos años.

Coincidente con la ratificación de los tratados descritos es que, como política de gobierno en 1996 se crea la “Comisión de Erradicación del Trabajo Infantil”, que lógicamente es dependiente del Ministerio del Trabajo, la cual tiene como función coordinar a nivel de país un “*Plan de Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y adolescente en Chile*”, que forma parte de la Política Nacional de Infancia 2001-2010, “*que tiene por sentido ser una herramienta para el diseño de acciones y programa coherentes y que a su vez puedan mejorar la protección de los adolescentes que trabajan al amparo de la ley*”⁵¹

Este plan consiste en una serie de acciones que se deben tomar, tratando de integrar un amplio campo de acción que incluye: reformas legislativas, elaboración de estadísticas acerca del trabajo infantil y propuestas efectivas para el mejoramiento de la calidad de dicho sector laboral. El propósito final es que en la próxima década Chile haya asegurado en forma concreta los derechos de los menores.

⁵¹ Contextualización Trabajo Infantil en Chile, ACHNU. Asociación Chilena Pro Naciones Unidas, 2005, Chile p 7

1.2 LEY NUM. 20.189 MODIFICA EL CODIGO DEL TRABAJO, EN LO RELATIVO A LA ADMISION AL EMPLEO DE LOS MENORES DE EDAD Y AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESCOLAR

1.2.1. Historia de la Ley 20.189

1 2.1.1. Análisis de la Iniciativa: Moción parlamentaria

La génesis de la ley 20.189, se encuentra en una moción parlamentaria del ex senador José Ruiz de Giorgio, de Mayo del 2003. Esto porque la dictación de la ley 19.876, modificó la Constitución en lo relativo a la obligatoriedad escolar, ampliándola de ocho a doce años, con lo cual la normativa laboral con relación a la admisión al empleo de los menores de edad, resultaba superada y obsoleta.

Esto mismo fue lo que tuvo como fundamento el creador de la iniciativa, apuntado principalmente al, en su momento, actual artículo 13 inciso tercero del Código del Trabajo, que señalaba “*Los menores de dieciséis años y mayores de quince pueden contratar la prestación de sus servicios, siempre que cuenten con la autorización indicada en el inciso anterior, hayan cumplido con la obligación escolar, y sólo realicen trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, que no impidan su asistencia a la escuela y su participación en programas educativos o de formación.*”⁵². Pues bien, de la lectura de este derogado inciso se desprende que con la obligatoriedad para todo menor en Chile de realizar la educación media, el espectro de edad a proteger por el legislador debía aumentar, por lo mismo ya no tan sólo se trataba de los menores de dieciséis y mayores de quince, sino que ahora lo correcto era resguardar a aquellos niños mayores de quince y menores de dieciocho años, exigiéndoles el cumplimiento de su

⁵² Código del Trabajo, Artículo 13 anterior a la modificación de la ley 20.189

obligación escolar y, estableciendo cortapisas para aquellos que quisiesen trabajar y que no hubiesen aún cumplido con dicho mandato.

Evidentemente para la elaboración de este proyecto de ley, se tuvo a la vista las recomendaciones de la O.I.T. acerca de la admisibilidad al empleo de los menores de edad y, es así como se menciona en los fundamentos de la moción presentada por el ex senador.

En definitiva, el proyecto original del ex senador Ruiz de Giorgio era el siguiente:

“Artículo único. Sustitúyase los incisos segundo y tercero del artículo 13 del Código del Trabajo, por los siguientes:

“Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que hayan cumplido con la obligación escolar y que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso precedente, los menores de dieciocho años y mayores de quince que no hayan completado la educación media podrán celebrar contratos de trabajo de las características y con la autorización exigida en el inciso precedente, siempre que sus servicios sean de una naturaleza y jornada que no impidan o perjudiquen la continuación de sus estudios en la educación media ni su participación en programas educativos o de formación.”.

1.2.1.2 Primer Trámite Constitucional: Senado

La tramitación de la ley 20.189, comienza en el Senado con la moción parlamentaria ya mencionada. Luego de dos años, la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, termina el primer informe acerca del proyecto, en donde se da cuenta de los fundamentos del mismo y se recomienda que sea visto en sala tanto en general y particular dado su relevancia. El

proyecto es aprobado por unanimidad por dicha comisión. Dentro de este informe el creador de la iniciativa señala que *“preferiría que los menores de edad no trabajaran, pero la realidad de nuestro país demuestra que hay familias de escasos recursos que necesitan que ello ocurra, para cubrir sus necesidades básicas. En todo caso, debe asegurarse que si los menores trabajan lo hagan sujetándose a las normas protectoras correspondientes, garantizándose que cumplirán con su obligación escolar.”*⁵³. Es decir, da cuenta de una lamentable realidad que hoy en día existe en el mundo y del que nuestro país no escapa: la pobreza es uno de las principales causas del trabajo infantil y una de las formas de romper ese círculo es precisamente una adecuada educación.

Posteriormente el proyecto se ve en Sala, en donde en la intervención del senador Ruiz, introduce una modificación al proyecto original, que tiene que ver con la mujer casada, ya que al cambiar el inciso segundo del artículo 13, el inciso sexto del mismo era incongruente puesto que rezaba de esta manera: *“Lo dispuesto en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se registrará al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil”*. Por lo tanto propone cambiar las dos primeras palabras “Lo dispuesto” por “La autorización exigida”. Se acuerda de esta manera y el proyecto es aprobado en general y en lo particular en la Sala, dando por terminada la discusión del mismo.

Cabe destacar que posterior a la aprobación, el senador Andrés Zaldivar, deja una constancia acerca de la autorización requerida para que los menores trabajen, en el sentido que existían ciertas Inspecciones del Trabajo que demandaban que dicha autorización fuese visada por un Notario, lo que representaba un claro desmedro para los padres de región, ya que señala *“son obligados a viajar 60, 70 o más kilómetros para otorgar la*

⁵³ Boletín 3235-13. Intervención del Senador Di Giorgio. Historia de la ley 20.189, p 10

*autorización en una notaría*⁵⁴. Se resuelve finalmente oficiar en nombre del Senado a la Dirección del Trabajo, para que dicha autorización fuese otorgada por el Registro Civil o Carabineros en aquellas zonas donde no existiese una Notaría cercana.

1.2.1.3. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados

El proyecto luego, es enviado a la Cámara Revisora, que pasa primero por la Comisión del Trabajo y Previsión Social, quien emite su informe en Agosto de 2005, en el cual se realiza una serie de importantes adecuaciones a la ya mencionada en el primer trámite constitucional, ya que se trata de reforzar la importancia del cumplimiento de la escolaridad. Debido a esto es que los diputados informantes recogen las ideas propuestas en otros proyectos de ley que en dicha época se estaban tramitando.

En primer término los diputados: Adriana Muñoz; Muñoz; Seguel; Tapia, y Urrutia, realizan una indicación, reemplazando el numeral uno del artículo único del proyecto original, agregando un requisito adicional a aquellos menores que deseen trabajar ya que éstos: *“Previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica”*. Lo que implica establecer un método de resguardo tanto para el menor, por razones obvias ya que al encontrarse en esta situación no puede ser obligado a trabajar, como para el empleador, puesto que así esta seguro de que al contratar a un niño esta obrando dentro del marco legal. Además, la indicación presentada amplía este requisito a los menores de quince años, en los casos excepcionalísimos en los que les es permitido trabajar. Finalmente, se agrega un inciso que establece que *“Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su*

⁵⁴ Senado. Legislatura 353, Sesión 01. Intervención Senador Andrés Zaldivar. Junio, 2005 Historia de la Ley 20.189, p 15

Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de veinte horas semanales durante el período escolar.”, es decir se fija un límite a la jornada semanal, lo que más adelante en la discusión parlamentaria será revisado con distintos argumentos.

Estos mismos diputados en otra indicación establecen la necesidad de introducir un artículo 18 bis, que dijera lo siguiente: *“En los casos señalados en los artículos 15, inciso segundo; 16, y 18, deberá cumplirse con lo dispuesto en los incisos segundo, tercero, y séptimo del artículo 13, según la edad y actividad de los menores”*.⁵⁵ Es decir, hacen extensiva la autorización requerida y la acreditación de haber terminado o estar cursando la etapa escolar correspondiente, a todos los casos en los que los menores pueden trabajar.

En segundo término, el ejecutivo también introduce una indicación al señalar la necesidad de dictar un reglamento que estableciese y definiera cuales son aquellos trabajos considerados peligrosos o dañinos para los niños, esto claramente en concordancia al Convenio 182 de la O.I.T.. Además, agrega en dicha indicación que aquellos empleadores que contratasen menores de edad debían registrar dichos contratos y la autorización pertinente en la Inspección del Trabajo respectivo.

Por último por indicación de todos los diputados de la Comisión del Trabajo, se introduce un artículo transitorio que establece un plazo de noventa días para la dictación del reglamento señalado en la indicación del ejecutivo.

⁵⁵ Boletín N° 3235-13-1 Primer Informe Comisión del Trabajo. Segundo Trámite Constitucional. Historia Ley 20.189 p 22

Todas las indicaciones anteriormente descritas, fueron acogidas por unanimidad de los diputados presentes en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social presentes y así consta en este primer informe.

Con posterioridad el proyecto de ley es visto en Sala, en donde hubo dos intervenciones de importancia, que derivaron en nuevas indicaciones a la ley:

En primer término el diputado Monckeberg pone de manifiesto su inquietud en aprobar una ley en los términos expuestos, ya que desde su perspectiva en Chile no existen las condiciones para asegurarle a un menor de escasos recursos que está obligado a trabajar por ser un sustento económico de su familia, que pueda a la vez estudiar. En efecto enfatiza *“esos jóvenes quedarían al margen de la ley y los inspectores del trabajo sancionarían a los empleadores que contrataran a un menor de 18 años o mayor de 15 que no estudie. La situación sería de extrema gravedad, ya que esta modalidad funciona en aquellos países en los que existen muchas facilidades para que estudien y hay una enorme oferta de jornadas flexibles. En ellos el joven puede trabajar de día y estudiar de noche.”*⁵⁶ Por lo tanto, anunció su voto en contra.

A su vez el diputado Salaberry señala estar en desacuerdo con lo manifestado en el párrafo anterior ya que lo importante es avanzar hacia la protección del niño que trabaja en Chile, y a pesar de que existen zonas rurales en el país en donde el trayecto hacia los colegios son de difícil acceso o lejanos, la solución pasaría por darles facilidades.

El mismo diputado Salaberry es quien finalmente realiza una indicación al proyecto de ley, con el fin de mejorar la redacción, quedando de

⁵⁶ Cámara de Diputados. Legislatura 353. Sesión 38. Agosto, 2005 Intervención Diputado Monckeberg. Historia de la Ley 20.189 p 29.

esta manera *“Previamente, deberán acreditar haber culminado su educación básica o media o encontrarse actualmente cursando cualquiera de estas.”*. Es decir añade a nuestro juicio un elemento que no era necesario, puesto que si un niño que quisiese trabajar ya culminó su educación básica no tiene necesidad de comprobarlo, porque evidentemente tendrá que demostrar estar cursando la educación media, sino no podría trabajar.

El proyecto es aprobado en esta etapa, pero como fue objeto de indicaciones tiene que volver a la Comisión del Trabajo de la Cámara, el cual emite un segundo informe en las que se someten a votación una serie de otras indicaciones:

Primeramente, se decide incorporar la palabra “abuela” puesto que existía una discriminación de género al permitir que a falta de los padres, únicamente pudiese autorizar a un niño a trabajar el abuelo materno o paterno.

Luego, se reitera la indicación del diputado Salaberry antes descrita, la cual en su explicación busca *“permitir que los menores de 18 y mayores de 15 años, previamente autorizados, que ya hayan cursado la enseñanza básica no requieran estar cursando la enseñanza media o haberla cursado, para los efectos de celebrar contratos de trabajo, ampliando el espectro de menores que podrán acceder al mercado laboral”*. Dicha indicación es aprobada, pero a nuestro juicio el argumento que se da no es válido, ya que antes de “ampliar el espectro de menores” que puedan trabajar, primeramente es necesario dar cumplimiento al mandato constitucional de cursar doce años de educación escolar, con lo que si un niño que concluyó su educación básica quisiese trabajar, tendría que certificar estar cursando su educación media, esta es la única manera de asegurar su garantía constitucional del derecho a la educación.

La diputada Goic realiza las dos siguientes indicaciones, las cuales fueron aprobadas y dicen relación con enfatizar el carácter restrictivo de la interpretación de la norma, ya que cambia la expresión contenida en el inciso tercero del nuevo artículo 13 de “celebren” por “impiden la celebración”, lo que cambia el sentido de la frase *“Un reglamento determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que **impidan la celebración** de contratos de trabajo”⁵⁷*. La otra fue cambiar la expresión “empresas” por “empleadores”, lo que quiere prevenir es que se considere que sólo las personas jurídicas están obligadas a llevar un registro de los menores contratados en la Inspección del Trabajo respectiva.

Por último en este segundo informe de la Comisión se rechaza la indicación de los diputados Salaberry y Monckeberg de cambiar el límite de la jornada semanal de 20 a 30 horas.

El proyecto vuelve a ser visto en Sala, en donde surgió una nueva interesante discusión, que tuvo que ver con la indicación aprobada en el segundo informe de los diputados Monckeberg y Salaberry, acerca de que los menores de edad no tuviesen que acreditar estar cursando la educación media para poder trabajar, como se explicó en un párrafo anterior.

Al respecto el diputado Monckeberg, precursor de dicha indicación señala *“Hoy, sin que haya cambiado la realidad fáctica socioeconómica de la gente, mediante este proyecto se quiere imponer los mismos requisitos a los alumnos de enseñanza media. Es decir, prohibir el trabajo para los menores de 18 años que no acrediten haber cumplido o estar cumpliendo la enseñanza media. Además, a cualquier evento, establece un límite máximo de veinte horas de trabajo a la semana. Es decir, si sacamos la cuenta, tres*

⁵⁷ Boletín Nº 3235-13-2 Segundo Informe Comisión del Trabajo. Segundo Trámite Constitucional. Historia Ley 20.189 p 38.

horas diarias, incluso en festivos, fines de semana y también en las vacaciones, puesto que no se incluyó expresamente esa excepción".⁵⁸ Es decir, apunta al hecho de que en Chile la realidad y las estadísticas nos muestran que el trabajo infantil, aunque lamentable, es un hecho y propone justamente no prohibirlo, sino que regularlo en forma adecuada.

Siguiendo con su argumentación nos dice que *"Habría aprobado el proyecto inmediatamente si hubiese ido acompañado de medidas sociales, tales como subvencionar con 50 mil pesos a los jóvenes que por obligación deben trabajar, para que no lo hagan y puedan estudiar; aumentar la capacitación para los jóvenes, aumentar la cobertura de los colegios, que sólo es de 30 por ciento -y esto es una realidad-; aumentar la educación vespertina para que se dé en el 80 por ciento de los liceos, porque es más compatible con el trabajo diurno y sólo es ofrecida por el 20 por ciento de las comunas, pues así se estaría dando una herramienta al joven más pobre de los pobres -insisto- para que estudie en horario vespertino y pueda trabajar de día*".⁵⁹

Por otro lado contraria a esa argumentación la diputada Goic hace hincapié en *"Aquí lo que se quiere es que se cumpla con un mínimo de 12 años de escolaridad, debiendo acreditar que han terminado su educación media. Si no aseguramos ese derecho, es imposible hablar de calidad de la educación. Por otro lado, respecto de la restricción a la cantidad de horas que pueden trabajar durante la semana, me llama la atención seguir insistiendo sobre ese punto, porque en el último inciso del N° 1 se establece que no podrán desarrollar labores por más de veinte horas semanales*

⁵⁸ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 32.Junio, 2006 Intervención Diputado Monckeberg. Historia de la Ley 20.189 p 43

⁵⁹ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 32.Junio, 2006 Intervención Diputado Monckeberg. Historia de la Ley 20.189 p 44

*durante el período escolar.*⁶⁰ Es decir la diputada remarca el hecho de la garantía establecida en la Carta Magna, que impone la obligación escolar de doce años y la razón obvia de exigir la acreditación por parte del niño trabajador de estar cursando la etapa educativa correspondiente. Además de zanjear la disyuntiva acerca de la limitante de horas que puede trabajar un menor, ya que precisamente la ley indica “durante el periodo escolar”, con lo que las vacaciones quedarían fuera. La señora Goic, termina su intervención solicitando que el proyecto volviese a la Comisión del Trabajo a fin de que emitiese un informe complementario, precisamente sobre el punto en controversia.

Por su parte el diputado Alinco en su intervención pone énfasis en quienes son los niños que trabajan en Chile, identificando a los más pobres puesto que ellos *“deben contribuir con su familia, trabajando después de las horas de clases. Es obvio que no son precisamente los hijos de los que tienen más, sino de los que más se han empobrecido. Me pregunto ¿por qué nuestros niños pobres están condenados a recibir como una herencia maldita el hecho de no poder estudiar como el resto de los chilenos, de no poder jugar como los demás niños, de no poder compartir en sus casas con sus familias? Quienes hemos sufrido la explotación infantil, sabemos de lo que estamos hablando.*⁶¹ Lo que señala es un hecho público y notorio, es decir la cantidad de niños trabajadores de las clases socialmente más pobres representan casi la totalidad del trabajo infantil en Chile y el Mundo.

Por último el diputado Dittborn nos ofrece una propuesta interesante ya que dentro de su argumentación establece que *“Más que poner una limitación, debemos estimular la idea de que ellos vayan al colegio. Premiar a*

⁶⁰ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 32.Junio, 2006 Intervención Diputada Goic. Historia de la Ley 20.189 p 46

⁶¹ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 32.Junio, 2006 Intervención Diputado Alínco. Historia de la Ley 20.189 p 48

*los jóvenes de entre 15 y 18 años que van al colegio es una política pública propositiva. Competir con el empleo; que el niño o el joven vaya al colegio y no trabaje; a lo mejor, una subvención diferenciada, algún incentivo para que vaya al colegio. Pero prohibir el trabajo no me parece el camino correcto.*⁶²

El fondo de su análisis es una veta que no ha sido desarrollada y que pudiese palear de cierto modo el problema, desde nuestro juicio no es despreciable un incentivo económico a las familias más pobres para que sus hijos no se vean obligados a trabajar y puedan cumplir con su labor escolar.

Finalmente ante el debate propuesto en la Sala, se aprueba que el proyecto vuelva a la Comisión del Trabajo con el fin de que se emita un informe complementario sobre el punto ya descrito.

La Comisión del Trabajo sesionó y de su labor se emitió el informe complementario que aprobó una nueva indicación modificando el sentido de la norma en cuestionamiento, adaptándola en nuestra opinión a la obligatoriedad escolar exigida por nuestra Constitución, quedando de esta manera: *“Previamente, deberán acreditar haber culminado su educación básica y media, o bien encontrarse cursando cualquiera de éstas”*, es decir un simple cambio de la conjunción “o” a la “y”, marca la correcta senda legislativa, ya que la posibilidad de que un menor de dieciocho años pueda trabajar con esa redacción esta supeditado a que esté efectivamente estudiando.

Con dicho informe complementario, el proyecto de ley vuelve por última vez a la discusión en Sala en esta etapa legislativa.

En esta última discusión en Sala, nuevamente se volvió a tocar el tema de la indicación realizada por la Comisión de Trabajo, puesto que no

⁶² Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 32. Junio, 2006 Intervención Diputado Dittborn. Historia de la Ley 20.189 p 50

hubo conformidad en algunas bancadas con el cambio de sentido de la norma.

Es así, que por ejemplo el Diputado Bertolino, señala que *“¿Qué pasa en lugares apartados, donde no existe la enseñanza vespertina para completar estudios?... el proyecto deja automáticamente en la informalidad a ese joven que requiere trabajar, porque sólo un 20 por ciento de ellos tiene la posibilidad de acceder a recibir estudios vespertinos, los cuales se imparten en las grandes ciudades, en las grandes comunas, y no en los lugares apartados”*.⁶³ Este argumento resume la idea de aquellos que finalmente votarían absteniéndose del proyecto, puesto que para ellos el problema de exigir a los niños que acreditaran estar cursando la enseñanza media les impediría trabajar y también estudiar, esto primordialmente en las zonas rurales, donde enfatizaban que no existía cobertura educacional.

En este mismo sentido se refiere la Diputada Alejandra Sepúlveda, al puntualizar que *“hay un tema de fondo distinto que tiene que ver con el acceso a la educación en los sectores rurales. No me refiero a la educación básica, puesto que hoy no existen mayores dificultades en ese nivel, sino a la educación media. Ahí se presenta el problema de las distancias y las dificultades para trasladarse, situación que, además, complica a los alcaldes de esos sectores en su obligación de dar cobertura y educación media de calidad”*.⁶⁴ Lo que señala finalmente es profundizar en el argumento, de que la aprobación de la ley implicaba no reconocer las diferencias del acceso de ciertos menores del país al nivel medio de educación, siendo, según el juicio de quienes se abstuvieron, discriminatorio.

⁶³ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 42. Junio, 2006 Intervención Diputado Bertolino. Historia de la Ley 20.189 p 70

⁶⁴ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 42. Junio, 2006 Intervención Diputada Sepúlveda. Historia de la Ley 20.189 p 79

Sin embargo, el argumento contrario nos señala el diputado Ortiz, quien respondiendo a lo señalado en el párrafo anterior decía que *“cuando se dice que los jóvenes no pueden estudiar por problemas de distancia, no nos olvidemos que hay unidades educativas a lo largo de todo el país, en los lugares más aislados de nuestra patria. Por lo tanto, existe la posibilidad.”*⁶⁵.

La Diputada Adriana Muñoz rebate los argumentos, insistiendo en la obligación impuesta por la Carta Fundamental, y además niega la pretendida posibilidad de que existan zonas donde los niños no puedan estudiar, ya que *“en todas ellas los alumnos rurales tienen escuelas donde asistir. Hay un ciento por ciento de cobertura en el país. Además, existe una reforma que hemos hecho al sistema educacional, la que establece una obligatoriedad de doce años de educación y que los padres tienen el deber de educar a sus hijos.”*⁶⁶

Llegado el momento de votar el proyecto, no se logra el quórum requerido para su aprobación, con lo que finalmente se rechaza y vuelve al Senado.

1.2.1.4. Tercer Trámite Constitucional: Senado

Una vez en esta etapa, es la Comisión del Trabajo del Senado quien toma a su cargo el análisis del proyecto de ley. Pues bien, como en la Cámara de Diputados se habían rechazado los puntos más importantes de la ley en comento, las partes aprobadas por la misma hacían insuficiente la protección y el resguardo que tenía como fin el proyecto original.

⁶⁵ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 42. Junio, 2006 Intervención Diputado Ortiz. Historia de la Ley 20.189 p 75

⁶⁶ Cámara de Diputados. Legislatura 354. Sesión 42. Junio, 2006 Intervención Diputada Adriana Muñoz. Historia de la Ley 20.189 p 77

Es por esta razón que en la relación que se hace de los argumentos de la Comisión se señala que *“Los miembros estuvieron contestes en que la educación de los niños y jóvenes de nuestro país es un objetivo prioritario y que, dado que no puede ignorarse una realidad que lamentablemente coloca a los menores en la necesidad de trabajar, es imperioso contar con un estatuto legal que regule esta actividad laboral y que, a la vez, les permita completar debidamente su educación tanto básica como media.”*⁶⁷ Debido a lo anterior es que se resuelve que *“previo a adoptar una decisión en torno a las modificaciones incorporadas por la Cámara de Diputados, solicitó al Ejecutivo estudiar una propuesta que permita reordenar el texto para contemplar una normativa que dé respuesta a lo señalado en el párrafo precedente.”*

Por lo anterior, como se señala, se pide al Ejecutivo que en una sesión posterior de la Comisión del Trabajo del Senado presentara las enmiendas que estimara convenientes con el fin de esclarecer el fondo del asunto. Esta solicitud de los miembros de la Comisión apuntaba, entre otras cosas, a que se hiciese un estudio acerca de la cantidad de establecimientos educacionales existentes en Chile y que impartiesen la educación media, ya que precisamente había sido motivo de una ardua discusión entre los diputados. El ejecutivo no alcanzó a tener listo este informe en esta etapa de tramitación.

Por lo expuesto es que en definitiva la única solución posible que quedaba para que la ley analizada fluyese y darle curso progresivo a su aprobación, era que el Senado rechazase las modificaciones de la Cámara, quedando el debate cerrado y por tanto se da paso a la formación de una Comisión Mixta que resolverá en gran parte las discrepancias suscitadas.

⁶⁷ Boletín N° 3235-13 Informe Comisión del Trabajo. Tercer Trámite Constitucional. Historia Ley 20.189 p 97

1.2.1.5. Trámite Comisión Mixta

Como es la regla general en la formación de una Comisión Mixta, fue integrada por parlamentarios de ambas cámaras y además en esta oportunidad contó con asistencia del Ejecutivo, representado con la figura del Ministro del Trabajo. En esta etapa de la tramitación de la ley, prácticamente queda establecido el texto definitivo tal y cual se conoce hoy.

En primer término, se encarga al Ejecutivo la creación de una propuesta que aunase los criterios expuestos en las distintas etapas legislativas.

Es así, que en la sesión respectiva el Ejecutivo presenta a la Comisión el informe que es sometido a discusión de los parlamentarios presentes. Dicha propuesta mantiene el espíritu impuesto en el proyecto original, pero además recoge las ideas que se habían discutido previamente en la Cámara de Diputados.

El acápite más novedoso, es la incorporación de un inciso nuevo al artículo 13 del Código del Trabajo que señalaba:

“El Inspector Comunal del Trabajo podrá autorizar, excepcionalmente la contratación de un menor de dieciocho años, cuando las condiciones geográficas o la falta de transporte impidieren al menor acceder a un establecimiento a fin de cumplir con su obligación escolar. Esta circunstancia, sobre la base de antecedentes recabados del Municipio y la Secretaría Regional Ministerial de Educación, deberá ser fundamentada por el Inspector en la autorización respectiva y ésta deberá ser renovada al inicio del siguiente año lectivo.”

De esta manera se recogía la inquietud de diversos parlamentarios que les preocupaba el tema de las zonas alejadas del país en donde el acceso, principalmente a colegios que impartiesen la educación media, se ve notablemente restringido. En palabras del ejecutivo: *“más allá de que el Estado pueda garantizar el 100% de cobertura para impartir la educación básica y media a todos los estudiantes del país, no es posible garantizar del mismo modo el acceso a los establecimientos educacionales tratándose de localidades aisladas o zonas rurales apartadas geográficamente.”*⁶⁸ Es por lo mismo que la idea de este nuevo inciso era que cuando se daban estos casos de excepción, en que un menor por vivir en ciertas zonas donde el acceso a un establecimiento educacional fuese dificultoso, se permitiese al Inspector del Trabajo respectivo que autorizase a dicho menor a trabajar, obviando su obligación escolar, renovándose dicho permiso anualmente.

Además de lo anterior, se propone incluir una norma que acotase la jornada semanal de los niños trabajadores a veinte horas semanales máximas, puesto que con anterioridad no existía referencia a la misma, solamente en el proyecto se consideraba un límite de ocho horas diarias para el trabajo infantil.

Al final de esta primera sesión y luego de la discusión de los integrantes de la Comisión se propusieron otros cambios que consistieron en:

- 1.- A proposición del Senador Letelier, aumentar la jornada semanal de veinte a treinta horas como máximo.
- 2.- Incluir a la Secretaría Regional Ministerial de Educación en lugar de la Dirección Provincial de Educación, para el caso de la entrega de los antecedentes necesarios para la autorización excepcional del Inspector del Trabajo, como ya se explicó. Esto como manera de que dicho permiso fuese lo más expedito posible.

⁶⁸ Boletín N° 3235-13 Informe de la Comisión Mixta. Trámite Comisión Mixta. Historia Ley 20.189 p 113

3.- Por último se propone reemplazar la inserción del nuevo artículo 18 bis que era una norma de carácter general que imponía la obligación a todos los demás casos de trabajo infantil, como lo son el artículo 15, 16 y 18 del Código del Trabajo, de contar con la debida autorización señalada en el nuevo artículo 13 para que un menor pudiese trabajar. Esto debido a la intención de la Comisión Mixta de dar una señal potente a la sociedad, incluyendo el requisito de la autorización mencionada en cada artículo que dijese relación con trabajo de menores.

En una segunda sesión de la Comisión, y ya con las indicaciones incluidas en la nueva propuesta, son pocas las nuevas enmiendas que se realizan. La de más importancia dice relación con la mencionada por el diputado León, quien señala que la información que debía ser entregada para el evento que un Inspector del Trabajo diese su aprobación para que un menor trabajase en aquellas zonas de difícil acceso a establecimientos educacionales, *“contemple también a las Municipalidades, pero de manera que sea optativo solicitar los antecedentes de la Municipalidad o de la Dirección Provincial de Educación.”*⁶⁹ Es decir, se establece una opción que en el texto anterior no existía.

Finalmente la Comisión Mixta aprueba la propuesta consensuada, con las indicaciones ya vistas, la que pasará ser analizada por ambas Cámaras.

1.2.1.6 Trámite Comisión Mixta: Senado

El proyecto es analizado en esta etapa legislativa a la luz de lo propuesto por la Comisión mixta, en donde surgió una interesante discusión a la luz de la incorporación de la ya explicada autorización excepcional dada

⁶⁹ Boletín N° 3235-13 Informe de la Comisión Mixta. Trámite Comisión Mixta. Historia Ley 20.189 p 124

por el Inspector del Trabajo para que menores que viviesen en zonas geográficas del país en donde el acceso a recintos educacionales fuere de muy difícil acceso, pudieren trabajar a pesar de no cumplir con su obligación escolar.

El senador Gomez inicia la discusión en Sala, señalando su disconformidad con lo expuesto en el párrafo anterior, y que por tanto no puede aprobar un proyecto en estos términos ya que no puede existir *“una norma que establezca claramente que en Chile hay niños que por responsabilidad del Estado, por responsabilidad de todos nosotros, no pueden estudiar pero sí ser objeto de contratos de trabajo sin tener el requisito de escolaridad que otros niños sí deben cumplir.”* Para ello sustenta su argumentación en la Constitución, específicamente en la garantía constitucional del derecho a la educación, enfatizando que *“una disposición de esa naturaleza obliga al Estado, al Gobierno, a los municipios, a quien corresponda, a disponer que, cualquiera que sea el lugar del territorio nacional, todos los niños deben cumplir los mismos requisitos para ser contratados.”*⁷⁰

En esta misma línea estaba el senador Gazmuri, ya que *“dejar estampado en la normativa que estamos liberando al Estado de cumplir una obligación constitucional me parece, como técnica legislativa, equivocado. Y no se venga a decir que, por hacer esta observación, soy partidario de que la situación real no mejore. Todo lo que señalo es que no podemos elaborar leyes que sean contradictorias con la Constitución.”*⁷¹ Es decir, se percibe en el Senado, un posible vicio de constitucionalidad respecto al inciso en cuestión.

⁷⁰ Senado. Legislatura 354, Sesión 85. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Senador Gomez. Historia de la ley 20.189 p 140

⁷¹ Senado. Legislatura 354, Sesión 85. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Senador Gazmuri. Historia de la ley 20.189 p 152

El Senador Muñoz Barra, agrega un elemento más a la discusión, señalando que además de ser dicho inciso contrario a la Carta Fundamental, atenta en contra de los derechos del niño, ya que señala *“se afecta un derecho inalienable de los niños en cuanto a estar protegidos de trabajos que impliquen riesgos o interfieran con su salud o -lo subrayo- con su educación.”*⁷² En síntesis, el que un menor que se encuentra en partes del territorio nacional en donde no existe cobertura educacional adecuada, pueda ser objeto de una autorización especial para que trabaje en desmedro de su educación, es renegar justamente de su derecho a la educación, del que debe encargarse el Estado.

Contrario a esto se mostró el Senador Longueira, ya que *“en el afán de priorizar siempre esa primera necesidad que es la educación, en la Comisión nos pusimos en todos los casos. Y aquí se establece como norma de excepción algo que, como señaló el Presidente de la Comisión de Trabajo, ojala no se aplique nunca. Me parece absurdo que un menor en Chile, por razones geográficas o por las que señala el proyecto, no logre acceder a la educación. Pero, además, que se le impida por ley trabajar. Frente a ese caso se estableció una excepción: sólo la Dirección del Trabajo respectiva puede autorizar que un adolescente, dada la condición que señalé, acceda al mundo laboral”*⁷³

A nuestro juicio a pesar de que se trataba de una norma excepcional, no es correcto subordinar la obligación estatal de entregar educación a nuestros menores, a la aleatoriedad de que ellos vivan en lugares de cobertura educacional prudente, puesto que de darse este hecho, se debe tratar de subsanar por todos los medios necesarios. Es así mismo como concluye el senador Escalona, al puntualizar que *“que las direcciones*

⁷² Senado. Legislatura 354, Sesión 85. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Senador Muñoz Barra. Historia de la ley 20.189 p 141.

⁷³ Senado. Legislatura 354, Sesión 85. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Senador Longueira. Historia de la ley 20.189 p 145

provinciales de educación y los municipios tienen que asegurar que haya transporte, no ponerse en el caso de que él no exista. En consecuencia, se entra a relativizar una afirmación fundamental absolutamente inequívoca -la que leyó el Senador señor Gazmuri-: la del número 10º del capítulo de la Carta atinente a los Derechos y Deberes Constitucionales, que establece que “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.”⁷⁴

Luego de las diversos fundamentos que se dieron en Sala, se llega a la conclusión de que aprobar una norma con este inciso, acarrearía finalmente que dicha alusión a las condiciones geográficas fuese declarada inconstitucional eventualmente. Es por ello que luego de varias mociones, el Ministro del Trabajo se compromete a que si se aprobaba el proyecto en los términos hasta ahí expuestos, el Ejecutivo enviaría un veto supresivo del inciso, mejorando la calidad de redacción del mismo.

Al llegar al acuerdo descrito, se da fin a la discusión en Sala y se aprueba la propuesta de la Comisión Mixta en el Senado.

1.2.1.7 Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados

En la revisión que se hizo de la propuesta en la Cámara de Diputados, no hubo mayor discusión al respecto, sumado a las pocas intervenciones de los diputados, hacen de esta etapa no muy relevante en la historia de la ley analizada, con la excepción de la intervención que hace el Ministro del Trabajo explicando e informando la rica discusión que se dio en el Senado

⁷⁴ Senado. Legislatura 354, Sesión 85. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Senador Escalona. Historia de la ley 20.189 p 157.

acerca del posible vicio de inconstitucionalidad ya descrito en el título anterior.

La explicación del Ministro dice: *“Como se trata de una garantía que está establecida en forma perentoria, surgió la duda en el Senado en cuanto a que, tal como está redactada la disposición, pudiera afectarse el carácter obligatorio que tiene la escolaridad. Por esa razón, el Ejecutivo, a través del ministro que habla, en la sesión correspondiente, anunció la formulación de un veto que intente frasear de otra manera la disposición, a fin de no poner en riesgo la obligatoriedad escolar, que es una de las ideas matrices del proyecto.”*⁷⁵

Por lo tanto informa a la Cámara que se enviaría un veto presidencial que subsanara el vicio expuesto en el Senado.

La propuesta es aprobada por unanimidad en esta etapa.

1.2.1.8. Trámite Veto Presidencial : Senado

El ejecutivo envía un veto presidencial, el cual es remitido al Senado para que la Comisión del Trabajo en un primer término lo analice.

Lo que el ejecutivo en definitiva realiza es proponer la modificación del inciso motivo de diversos cuestionamientos sobretodo en el Senado. La redacción que se propone es la siguiente:

“1) Agrégase al final de su inciso segundo como punto seguido (.), la siguiente frase:

⁷⁵ Cámara de Diputados. Legislatura 354, Sesión 123. Trámite Comisión Mixta. Enero, 2007. Intervención Ministro del Trabajo Señor Andrade. Historia de la ley 20.189 p 170

“A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media.”

2) Suprímase su inciso cuarto”

La explicación que se da, es que la norma en los términos anteriores se encontraba claramente en pugna con nuestra Carta Fundamental, lo que se resume en que *“ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, podrían otorgarse facultades a una entidad pública para establecer una excepción a un mandato constitucional.”* Lo que a nuestro juicio, que ya fue latamente explicado en párrafos anteriores, marca la buena doctrina.

Ahora bien, la interpretación que da de esta modificación es que en el fondo se le da al inspector del trabajo un nuevo antecedente que le permita una mejor fiscalización de todos aquellos niños que se encuentren trabajando y que dichas labores no afectan en su obligación de concurrir al colegio, pero en ningún caso *“puede excepcionar al menor de cumplir con su deber de estudiar.”*

Subrayando esta idea es que el subsecretario del Trabajo, durante la exposición en la Comisión señala que *“la relación laboral reconoce ciertos límites tratándose de los menores de edad y, sobre esa base, es necesario verificar en qué condiciones geográficas y de transporte el joven accede a su educación, porque el contrato de trabajo no debe, en ningún caso, contraponerse con la asistencia regular del menor a clases. El trabajo no puede impedir ni dificultar la concurrencia del menor al colegio, y eso abarca el tiempo que éste ocupa en su trayecto de ida y de vuelta al establecimiento de educación.”*⁷⁶ Por tanto esta es la precisa aplicación del inciso agregado por el veto presidencial, el señalar que a petición de parte se debe entregar

⁷⁶ Boletín N° 3235-13 Informe de la Comisión del Trabajo. Trámite Veto Presidencial. Historia Ley 20.189 p 181

la información necesaria para establecer si la contratación de un menor en faenas laborales, importan un menoscabo de su obligación escolar.

Pues bien, una vez visto en Sala el veto presidencial no hubo discusión alguna y fue aprobada por unanimidad rápidamente.

1.2.1.9 Trámite Veto Presidencial: Cámara de Diputados

El proyecto de ley es enviado ya aprobado por el Senado a su revisión por parte de la Cámara, pasando primeramente por su Comisión del Trabajo, en la que luego de la relación hecha por el Ministro del Trabajo, los diputados presentes estuvieron contestes en aprobar el veto y pasarlo a la discusión de la Sala.

Una vez en Sala, el diputado Monckeberg le solicita al Ministro que señale en el fondo que significa la incorporación del citado inciso, puesto que a su juicio es confuso. Por ello durante la intervención del Ministro del Trabajo, respondiendo a esta duda del diputado mencionado es que vuelve a enfatizar en las explicaciones de la norma que ya hemos visto en títulos anteriores. Lo más relevante es que indica la forma correcta de interpretación del inciso ya que señala: *“Se trata de que cuando un inspector, en un proceso de fiscalización..., sin perjuicio de cautelar otras garantías, como jornada, tipo de trabajo, etcétera, también tenga la posibilidad, por la vía de esos certificados, de verificar si las condiciones geográficas deben ser un factor esencial en la determinación de validar o no la autorización laboral.”*⁷⁷ Es decir claramente se ve que el cambio buscado por el veto presidencial era incorporar un elemento de juicio para el inspector del trabajo respectivo y no darle la facultad de autorizar a modo de excepción el trabajo de un menor en función de la imposibilidad de acceder a la educación por falta de

⁷⁷ Cámara de Diputados. Legislatura 355, Sesión 17. Trámite Veto Presidencial. Abril, 2007. Intervención Ministro del Trabajo Señor Andrade. Historia de la ley 20.189 p 198

establecimientos o difícil acceso a los mismos, como señalaba la norma anteriormente.

Pues bien, el proyecto de ley es aprobado por unanimidad en la Cámara revisora, dando por finalizado su tramitación legislativa.

1.2.1.10 Promulgación y Publicación de la ley 20.189

La ley es promulgada en mayo de 2007 y finalmente es publicada como la conocemos el 13 de junio del mismo año, luego de una larga tramitación de cuatro años en el Congreso.

1.2.2. Análisis de la ley 20.189

En primer término nos señala que los mayores de dieciocho años pueden suscribir todo tipo de contratos de trabajo libremente, ya que son considerados plenamente capaces.

A su vez los menores de dieciocho y mayores de quince años pueden trabajar, sin embargo a su respecto se aplica una restricción, la cual es que dichas labores deben ser ligeras, es decir como lo explica la norma, no perjudicar su salud y desarrollo. Además para poder ser contratados deben contar con la respectiva autorización expresa, de su padre o madre, de no existir, de su abuelo a abuela tanto los paternos como maternos, a su falta, dicha autorización la debe prestar los guardadores, personas o instituciones que tengan bajo su cuidado al menor, por último y a falta de todos señalados, la ley faculta al inspector del trabajo para otorgarla.

Por su parte y además de las restricciones señaladas, un menor en el rango descrito debe acreditar haber culminado su educación media o en su defecto acreditar estar cursando ésta o la educación básica. De darse este último caso, es decir que el menor se encuentre estudiando en cualquiera de los dos niveles de educación, el trabajo que desempeñe no debe perjudicar en ningún caso su asistencia a clases o su participación en los diversos programas educativos a los que asista.

Para aquellos menores de dieciocho años que estén estudiando, se establece un doble límite: en primer término su jornada diaria no puede exceder las ocho horas y en un segundo término su jornada semanal no puede exceder las treinta horas durante el periodo escolar.

Ahora bien, la norma señala que a petición de parte, (es decir del empleador, del mismo niño trabajador o de sus representantes legales) la Dirección Provincial de Educación o la Municipalidad respectiva, deberá certificar cuales son las condiciones geográficas y de transporte que dicho niño tiene para acceder al nivel educativo que este cursando. Esta es una norma de excepción como se explicó en la historia de la ley, puesto que se trata de salvaguardar los intereses del niño que trabaja en zonas geográficas del país en donde la cobertura escolar es exigua o desmejorada, aportando con dichos antecedentes a la decisión del inspector del trabajo de validar o no el trabajo de un menor en particular, puesto que si dicho empleo es perjudicial para su desarrollo educativo no debe permitirlo.

Con respecto a la autorización entregada por el inspector del trabajo a falta de cualquier otra persona nombrada, debe pasar por la fiscalización del tribunal de familia, puesto que es obligación del inspector respectivo enviarle los antecedentes del caso particular, para que el juez decida la conveniencia o no de que el menor trabaje.

Una vez que los menores se encuentran autorizados para trabajar, se les aplica a su respecto el artículo 246 del Código Civil que señala que mientras una subinscripción relativa al ejercicio de la patria potestad no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros, con lo cual quedan habilitados para ejercer las acciones civiles correspondientes ya que se les considera plenamente capaz para estos efectos.

Las limitaciones vistas para los menores de dieciocho y mayores de quince años analizadas también son aplicables a los menores de quince años, en los casos específicos que ellos pueden trabajar, como es el caso del artículo 15 y 16 del Código del Trabajo.

La norma mandata la dictación de un reglamento que especificase que actividades son peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años, para lo cual estableció un plazo de noventa días al efecto, indicando además que dicho listado debía ser actualizado cada dos años. En la práctica el Ministerio del Trabajo publicó el Decreto 50 el 11 de septiembre de 2007, cumpliendo con el mandato legal.

Por último obliga a que cada empleador que quisiera contratar a un menor deba registrar dicho contrato en la inspección comunal del Trabajo correspondiente.

Artículo 13.- *Para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años.*

Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo.

Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación.

Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media.

Lo establecido en el inciso anterior se aplicará respecto de los menores de quince años, en las situaciones calificadas en que se permite su contratación en los espectáculos y actividades artísticas a que hacen referencia los artículos 15, inciso segundo y 16.

El inspector del trabajo que hubiere autorizado al menor en los casos de los incisos anteriores, pondrá los antecedentes en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda, el que podrá dejar sin efecto la autorización si lo estimare inconveniente para el trabajador.

Otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes. La autorización exigida en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se regirá al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil.

Un reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impidan, en consecuencia, celebrar contratos de trabajo en conformidad a los incisos anteriores, debiendo actualizarse dicho listado cada dos años.

Las empresas que contraten los servicios de menores de dieciocho años, deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo."

Artículo 15, inciso 2º :*"Podrán, sin embargo, cumpliendo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13, actuar en aquellos espectáculos los menores de edad que tengan expresa autorización de su representante legal y del respectivo Tribunal de Familia."*

Artículo 16. *En casos debidamente calificados, cumpliendo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13, y con la autorización de su representante legal o del respectivo Tribunal de Familia, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares."*

Artículo 18, inciso tercero: "A los menores mencionados en este artículo, les será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13."

1.2.3. Decreto N°50 Ministerio del Trabajo: Reglamento Ley 20.189

Por mandato de la ley 20.189 que señala: *"Un reglamento del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impidan, en consecuencia, celebrar contratos de trabajo en conformidad a los incisos anteriores, debiendo actualizarse dicho listado cada dos años."*, se dicta el Decreto Supremo N°50 del año 2007, en donde se realiza un acucioso listado de aquellos trabajos que son nocivos para la salud de los menores o interfieren con su educación y que en definitiva son inaceptables.

Dicho reglamento se puede ordenar de la siguiente manera:

1.- En primer término define lo que es un trabajo peligroso como: *"Toda actividad o forma de trabajo en que las exigencias propias de las labores puedan interferir o comprometer el normal desarrollo físico, psicológico o moral de los menores, o en donde existan factores de riesgo, que puedan provocar, daño a la integridad física y mental de los menores, considerando su mayor vulnerabilidad, falta de formación, capacitación y/o experiencia"*

2.- Luego de definir el trabajo infantil lo clasifica como:

a) Trabajo peligroso por su naturaleza: Es decir aquellas labores que inherentemente son peligrosos y constituyen "un riesgo para la

salud y desarrollo de los menores que la realizan”. Dentro de estos una sucinta enumeración sería:

- Trabajos en faenas forestales
- Trabajos en alta mar
- Trabajos en alturas superiores a dos metros
- Trabajo en condiciones extremas de temperatura
- Trabajos en que se manipule sustancias peligrosas.
- Trabajos en faenas mineras.
- Trabajos en ventas de armas.

b) Trabajo peligroso por sus condiciones: Son aquellos trabajos que “por el contexto ambiental y/u organizacional en que se realiza, pueda provocar perjuicios para la salud y el desarrollo de los menores”. Una enumeración sería la siguiente:

- Trabajo que se desarrolla a la intemperie sin la debida protección.
- Trabajos en condición de aislamiento.
- Trabajos que ponen en riesgo la salud mental.
- Ausencia de medidas de higiene y seguridad laboral

1.3. Cifras de trabajo infantil

Han sido diversos los estudios a nivel mundial que tratan de cuantificar la realidad del trabajo infantil. Es así como la OIT, realizó un estudio⁷⁸ que entrega luces respecto a las cifras reales de niños trabajando. Según sus datos son cerca de 250 millones de menores y adolescentes que se encuentran trabajando, de este impresionante número hay un porcentaje del setenta y cinco por ciento que se desempeñan en aquellas labores consideradas como “peores formas”, dentro de las cuales se incluye: pornografía, esclavitud, prostitución, entre otras.

⁷⁸ OIT, “Un Futuro sin Trabajo Infantil” Conferencia Internacional del Trabajo N° 90. Ginebra, 2002.

En el caso de América Latina el panorama tampoco es alentador, ya que se considera que *“uno de cada cinco niños (20 millones) ente 5 y 14 años trabaja”*⁷⁹ En el caso de nuestro país *“hay más de 196 mil niños y adolescentes trabajadores, de los cuales poco más de 107 mil lo hace en condiciones inaceptables.”* Lo que implica que la mayoría de los niños chilenos que trabajan, lo hacen fuera de todo contexto legal, debido a que en primer término se desempeñan en labores que están prohibidas tanto en materia legal como en tratados internacionales ratificados por Chile. Además de lo anterior evidentemente no concurren a dar cumplimiento a su obligación escolar, lo que significa un desmedro en relación a otros niños de distinto nivel socioeconómico.

Tanto en Chile como a nivel mundial, se debe todavía recorrer un largo camino para que en un futuro ojala no muy lejano se pueda definitivamente superar la pobreza, esta es la única forma para que situaciones como las de aquellos niños que viven en la miseria, no deban verse obligados a trabajar tan tempranamente, mutilando sus sueños, infancia y proyecciones de realizarse como un adulto integral.

⁷⁹ MINISTERIO DEL TRABAJO, Trabajo infantil “Contexto de Chile y el Mundo” [En línea] <http://www.trabajoinfantil.cl/en_chile.html> [consulta : 13 Diciembre 2008]

CONCLUSIONES

1. La participación de los niños en actividades laborales en ámbitos tanto intra y extra familiares es vista como una actividad normal, o dicho de otra manera a lo menos deseable para aquellas personas que forman parte de una unidad socioeconómica en situación de pobreza.

2. Para comprender el fenómeno del trabajo infantil, debe ser puesto dentro del contexto de la realidad que implica la estrategia de sobrevivencia por parte de las familias pobres, dentro de los cuales el aporte económico de dichos niños representa a veces un recurso vital.

3. Lo anterior da como resultado la creación de un verdadero círculo vicioso, puesto que dichos niños trabajadores a pesar de recibir una remuneración por sus labores, a la larga y como ha sido demostrado estadísticamente, no le permitirá surgir de la pobreza en la que viven, ya que verán notablemente restringida sus oportunidades futuras de vida al no haber obtenido la educación a la cual debieron abocarse.

4. A nuestro juicio realizar actividades como estudiar y trabajar a la vez termina siendo incompatible, esto es porque los menores que trabajan casi como regla general no estudian y si lo hacen, en definitiva no logran buenos resultados. Cabe recordar que las jornadas labores de los menores habilitados para trabajar en Chile es de hasta treinta horas semanales, lo que implica trabajar hasta por seis horas diarias, esta situación no les permitirá tener tiempo para descansar y llegar a clases en condiciones de aprender, estar atentos y tener éxito en sus estudios.

5. Nuestro país ha optado por normar el trabajo infantil, siguiendo el lineamiento de la OIT al respecto, sin embargo se ha privilegiado dentro de los requisitos resaltar la edad del menor que accede al trabajo, considerándolo aceptable como regla general para aquellos mayores de quince años, lo que no es correcto, ya que un trabajo aceptable debe ir enfocado a la obligatoriedad del mismo, es decir hay que apuntar al motivo por el cual un menor trabaja. En este contexto será aceptable el trabajo infantil en la medida que un niño lo haga por gusto y no por una obligación familiar impuesta.

6. La obligatoriedad de la educación, es de 12 años, y es el Estado quien esta llamado a velar por su cumplimiento, por lo tanto es imprescindible que dicha garantía constitucional sea efectiva a cabalidad en la totalidad del territorio nacional, ya que resulta inaudito que todavía existan zonas rurales en donde no existe una cobertura de la enseñanza media adecuada.

7. Resulta claro que así como existen formas de trabajo infantil inaceptable, hay otras que son incluso positivas y van formando en los niños la conciencia de que el trabajo dignifica, como es el caso del menor que ayuda en las labores domésticas o de aquel que trabaja en el verano para solventar sus necesidades.

8. Por último es importante destacar que uno de los caminos que tiene Chile para llegar a ser realmente un país desarrollado, es velar porque cada vez sean menos los niños obligados a trabajar por necesidad o por la incapacidad de sus padres de prodigarles alimentos. Nuestra sociedad tiene el compromiso de velar porque este objetivo se cumpla, para de esta manera dar un real cumplimiento a la Convención de Derechos del Niño y los lineamientos de la OIT. Cuando dicho día llegue, nuestros niños no serán más considerados un medio, sino que un fin en si mismo.

BIBLIOGRAFIA

ACHNU. Asociación Chilena Pro Naciones Unidas. "Contextualización Trabajo Infantil en Chile", 2005, Chile p 5.

ANTHONY, P. El trabajo humano y la pérdida del significado." 1980. en: Revista Internacional de Ciencias Sociales, Vol. XXXII, N°3.

ARGUELLO, O. Estrategias de supervivencia: un concepto en busca de su contenido". En: *Demografía y economía*. Vol. XV, N° 2, México. 1981.

ARRIAGADA, I. Familia latinoamericanas: Convergencias y divergencias de modelos y políticas". 1998. En: *Revista de la Cepal*, N°65.

BAVESTRELLO Bonita, Irma. Derecho de Menores. Chile. Lexis Nexis, 2002.

Boletín N° 5650-07, Proyecto de Ley: Modifica el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República consagrando la protección de los derechos de los niños. 2007

BREVES, M et al. (1994) " El menor trabajador del campo en Turrialba". En *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, N° 63.

CEA, José Luis. Primer Congreso Nacional de Educación Católica, Auditorium Don Bosco. 2006. Santiago

CILLERO, Miguel & MADARIAGA Hugo. Maltrato Infantil en Chile, informe de trabajo de Ministerio de salud, año 1991.

CILLERO Bruñol, Miguel. Niños sus derechos en nuestro derecho, servicio Nacional de Menores, Revista SENAME. 1995. p. 23.

CILLERO Bruñol Miguel, Sistema Jurídico y Derechos Humanos, publicación de la Escuela de derecho de la Universidad Diego Portales, año 1996.

CILLERO Miguel, MADARIAGA Hugo. Infancia, derecho y Justicia. En *facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile*. 1999. p. 34.

COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE. *Niños y niñas a la escuela detengamos el trabajo infantil. Sistematización de la investigación*. 2001. Scherping, G et al Colegio de Profesores de Chile A.G. Informe preliminar. Santiago.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22ª edición

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-500-93. Considerando Cuarto. 1993. Colombia

DUQUE, J. Y PASTRANA, E. Las estrategias de supervivencias económica de las unidades familiares del sector urbano: Una investigación exploratoria. 1973. Programa ELAS/CELADE. Chile.

EIZAGIRRE, Marlen. "Trabajo Infantil" Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. [En línea]
<<http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/218>>

FERNÁNDEZ Rojas Hernán, Bases Jurídicas para la Intervención en Maltrato Infantil. Servicio Nacional de Menores, año 1999.

FERRARI Mario, COUSO Jaime & CILLERO Miguel, Internación de niños, el comienzo del fin? Editorial Nigel Cantwell, año 2002.

HISTORIA DE LA LEY 20.189

INFORME DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE GINEBRA/CHILE

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS, facultad de derecho ICADE, Universidad Pontificia de Comillas. Madrid año 1994.

LIEBEL, Manfred. "Infancia y Trabajo" Ifejant. 2003 p 18

MILLÁN, C. Descripción analítica de un grupo de niños y niñas trabajadores...y la distancia como factor de riesgo, en comunas de Santiago. 1999. Informe de Práctica Profesional. Escuela de Antropología. Universidad Austral de Chile.

MUSITO, C. & ROMERO, Gracia. Apoyo social y maltrato infantil: una perspectiva intercultural. Musitu, G. y Gracia, E. (1999). p.20.

NIÑEZ Y TRABAJO EN LIMA METROPOLITANA", diagnóstico participativo sobre necesidades socioeconómicas y laborales de los niños, niñas y adolescentes trabajadores. Centro de Asesoría Laboral del Perú, año 2000.

OIT, "Un Futuro sin Trabajo Infantil" Conferencia Internacional del Trabajo N° 90. Ginebra, 2002.

OIT, IPEC, ¿Qué se entiende por trabajo infantil? [En línea] <<http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--es/index.htm>>

ONU, "Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al art. 44 de la Convención "Chile". 2001, p 61.

REDONDO, Jesús "El derecho a la educación en Chile"; coordinado por Jesús Redondo - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.

ROCHA, M. *El trabajador infantil y la escolaridad*. 1985. En: Amtamnn, C y Moraga, J. Comp). Educación y Desarrollo Rural. Universidad Austral de Chile.

ROJAS, J. Los niños cristaleros: trabajo infantil en la industria. 1996. Chile, 1880 -1950. Vol. X Colección Sociedad y Cultura, DIBAM, Santiago.

SAVE THE CHILDREN, "La niñez y el trabajo" 2001. Reino Unido p 3

SAVE THE CHILDREN, "Cronología de los Derechos del Niño". Programa Regional para América Latina y el Caribe, 2004 [en línea]
<<http://www.scslat.org/derechos/cronologia.php>>

TOKMAN, Andrea, 2004. "Educación y Crecimiento en Chile". Banco Central de Chile. Documentos de Trabajo N°289, Diciembre 2004.

UNICEF. "Eliminar el trabajo infantil afirmando los derechos de niños".2001.

UNICEF, El derecho a la educación: Una tarea pendiente para América Latina y el Caribe. [En línea] <<http://www.unicef.org/mexico>> 2006. p 6

Páginas de Internet más visitadas

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL <www.bcn.cl>
- Ministerio de Educación <www.mineduc.cl>
- Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social <www.mintrab.gob.cl>
- OIT <www.ilo.org/public/spanish/>
- ONU < www.un.org/spanish/>
- SAVE THE CHILDREN < www.scslat.org>
- UNICEF <www.unicef.org>
- UNESCO <www.unesco.org.es>.