



# **ALCANCES Y PROPUESTAS JURÍDICAS PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA INFANCIA EN CHILE**

*Análisis normativo de políticas, prestaciones y programas públicos  
dirigidos a niñas y niños de tres meses a diez años de edad*

**Ximena Moreno (Coord.)**

**Elaine Acosta**

**Héctor Hernández**

**Enrique Rajevic**

**Hugo Rojas**

**María Paz Valdivieso**

**Nelson Vargas**

**SANTIAGO, JUNIO 2006**

Este documento ha sido preparado por los investigadores de la Universidad Alberto Hurtado, Ximena Moreno (Coordinadora), Elaine Acosta, Héctor Hernández, Enrique Rajevic, Hugo Rojas y María Paz Valdivieso, con la participación de Nelson Vargas (Facultad de Medicina de la Universidad de Chile).

Las opiniones expresadas en este informe, que no ha sido sometido a revisión editorial por parte del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las del Gobierno de Chile.

---

**Junio 2006 © Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia**

Palacio La Moneda, Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente este texto debe solicitarse formalmente al Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia.

## Indice

|                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------|------------|
| <b>PRESENTACIÓN</b>                                            | <b>5</b>   |
| <b>I. SALUD</b>                                                | <b>7</b>   |
| A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA DIMENSIÓN IDENTIDAD             | 7          |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA SALUD               | 14         |
| C) PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES                                | 19         |
| D) CONCLUSIÓN                                                  | 22         |
| <b>II. IDENTIDAD</b>                                           | <b>25</b>  |
| A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA DIMENSIÓN IDENTIDAD             | 25         |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA IDENTIDAD           | 33         |
| C) RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS                                 | 37         |
| D) CONCLUSIONES                                                | 39         |
| <b>III. APRENDIZAJE</b>                                        | <b>41</b>  |
| A) DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE                         | 41         |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE                    | 54         |
| C) PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES                                | 69         |
| <b>IV. ENTORNO FAMILIAR</b>                                    | <b>73</b>  |
| A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA SOBRE EL ENTORNO FAMILIAR             | 73         |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE                    | 78         |
| C) PROPUESTAS                                                  | 97         |
| <b>V. HABITABILIDAD</b>                                        | <b>99</b>  |
| A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA                                       | 99         |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA SOBRE HABITABILIDAD        | 108        |
| C) RECOMENDACIONES                                             | 115        |
| D) CONCLUSIONES                                                | 117        |
| <b>VI. TRABAJO E INTEGRACIÓN</b>                               | <b>121</b> |
| A) DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE                         | 121        |
| B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE                    | 143        |
| C) RECOMENDACIONES                                             | 150        |
| <b>VII. RÉGIMEN JURÍDICO-PENAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA</b> | <b>155</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b>                                            | <b>177</b> |



# PRESENTACIÓN

La Presidenta de la República, Michelle Bachelet, constituyó el *Consejo Asesor para la Reforma de las Políticas de Infancia*, el 30 de marzo de 2006, con la finalidad de generar propuestas de políticas públicas y programas que, integrados en un sistema de coordinación, contribuyan a asegurar a todas las niñas y niños un proceso de desarrollo pleno y equilibrado durante sus primeros años de vida.

Este documento –elaborado por un equipo interdisciplinario de investigadores de la Universidad Alberto Hurtado<sup>1</sup>– se inserta en dicho esfuerzo, pues ofrece una mirada crítico-reflexiva del ordenamiento jurídico vigente en el país sobre seis dimensiones claves para el desarrollo integral de niñas y niños de tres meses a diez años de edad: 1) salud, 2) identidad, 3) aprendizaje, 4) entorno familiar, 5) habitabilidad, y 6) trabajo e integración social<sup>2</sup>.

El objeto de estudio corresponde a una revisión y análisis de todas las normas de rango constitucional, de ley y tratados internacionales ratificados por Chile, de importancia para tales dimensiones<sup>3</sup>.

En cuanto a la estructura del texto, en cada una de las dimensiones se ofrece: (a) una descripción sobre la normativa vigente<sup>4</sup>, (b) una mirada crítica sobre la coherencia y pertinencia de tal normativa, (c) un conjunto de recomendaciones legislativas y de

---

<sup>1</sup> Los autores agradecen el trabajo de recopilación normativa efectuado por los ayudantes Ignacio Alarcón, Ana Bascuñán, Catalina Bravo, Sebastián Salazar, Rocío Salgado, Natalia Sánchez, Francisca Terminié y Manuel Torres, estudiantes de derecho en la Universidad Alberto Hurtado. También agradecen los aportes de Vivian Bergman (Universidad del Desarrollo) en la formulación de propuestas referidas al sector salud.

<sup>2</sup> Las dimensiones seleccionadas corresponden a los criterios utilizados por Mideplan-Fosis. Mayores antecedentes en “Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia (2001-2010)”, “Manejo Social del Riesgo: Enfoque orientador de la intervención e inversión” (Fosis, 2002), y “Sistema de Protección Integral a la Infancia” (Mideplan). En la elaboración del texto solicitado por Mideplan-Fosis, los autores clasificaron la información normativa en base a los mismos indicadores. Por cierto, Mideplan ha distinguido las siguientes fases de crecimiento: a) desde la gestación hasta los tres primeros meses de vida; b) de tres meses a tres años; c) de cuatro a cinco años; y d) de seis a diez años.

<sup>3</sup> Se trata de un texto autónomo, aunque las materias que se abordan y metodologías empleadas pueden ser complementadas con lo sostenido en una investigación previa de los autores solicitada por Mideplan-Fosis. Mayores antecedentes en MORENO, Ximena, et al.: *Análisis Normativo de Políticas, Programas y Prestaciones Públicas referidos al Desarrollo Integral de la Infancia. Primera Etapa: Desde la Gestación hasta los Tres Meses de Edad*. Universidad Alberto Hurtado, Mideplan, Fosis, Santiago, mayo de 2006.

<sup>4</sup> Toda la normativa recopilada ha sido registrada en formato digital e impreso. La presentación de la información se ha hecho identificando los cuerpos normativos principales, de modo que el interesado pueda comprender rápidamente el contenido normativo vigente asociado a cada una de las dimensiones. Sólo en aquellos casos en que ha parecido necesario reproducir el articulado de una norma, se citan en este informe los extractos normativos pertinentes.

políticas públicas que pudieran perfeccionar un sistema de desarrollo integral de la infancia, y (d) comentarios finales.

***Cuadro analítico de las dimensiones que conforman un sistema de desarrollo integral de niñas y niños de tres meses a diez años.***

|                                                                   | Salud | Identidad | Aprendizaje | Entorno Familiar | Habitabilidad | Trabajo e Integración |
|-------------------------------------------------------------------|-------|-----------|-------------|------------------|---------------|-----------------------|
| Descripción de normas constitucionales, Internacionales y legales |       |           |             |                  |               |                       |
| Análisis crítico sobre la normativa vigente                       |       |           |             |                  |               |                       |
| Propuestas y sugerencias de actualización normativa               |       |           |             |                  |               |                       |

En estricto rigor, el régimen jurídico-penal no debiera ser considerado en una investigación sobre el desarrollo integral de la infancia, aunque por su relevancia en el debate público se ha optado por incorporar un capítulo final en el cual se analizan específicamente las problemáticas penales<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Los temas abordados en dicho capítulo son los siguientes: 1) Protección penal del que está por nacer, 2) Especial consideración de la (inexistente) regulación sobre manipulación genética, 3) Protección penal de la vida de niñas y niños menores de diez años, 4) Protección penal de la salud y la integridad corporal de niñas y niños menores de diez años, 5) Especial consideración del maltrato infantil (también psíquico) como hipótesis de violencia intrafamiliar, 6) Consideración especial de los delitos de abandono de niñas y niños, 7) Protección de la seguridad y libertad ambulatoria de niñas y niños menores de diez años, 8) Protección penal del estado civil de niñas y niños menores de diez años, 9) Protección de la indemnidad sexual de niñas y niños menores de diez años, 10) Delitos contra niñas y niños previstos en la Ley de Menores, 11) Delitos y circunstancias relativas a niñas y niños en la Ley de Drogas, 12) Aspectos procesales de la protección penal de niñas y niños, y 13) Niñas y niños como infractores de la ley penal.

# I. SALUD

## A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA DIMENSIÓN IDENTIDAD

### ***Normas de rango constitucional***

La salud de niñas y niños se encuentra protegida en la Constitución Política de la República (CPR), a partir del art. 1° inc. 1° (todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos), y del art. 1° inc. 4 (el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común). Además, el art. 19° inc. 1° establece que todas las personas tienen el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

### ***Normas de rango internacional***

*El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en lo sucesivo PIDESC, D.O. 27.05.1989) establece que la familia debe recibir amplia protección y asistencia, en especial mientras sea responsable de cuidar y educar a los hijos (art. 10)<sup>6</sup>. El PIDESC, entre otras materias, afirma que las madres merecen especial protección durante el período anterior y posterior al parto; los Estados deben adoptar medidas para reducir la mortalidad infantil, prevenir y tratar las enfermedades, y crear las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12). En su art. 10 también prohíbe que los menores sean empleados en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.

Por otra parte, la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante CDN, D.O. 27.09.1990), prescribe que los niños tienen derecho al más alto nivel posible de salud y acceso a servicios médicos y de rehabilitación, siendo obligación del Estado tomar medidas para abolir prácticas tradicionales perjudiciales para su salud (art. 24)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Recuérdese que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (D.O. 29.04.1989) señala en su art. 23.1 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

<sup>7</sup> El Decreto N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño el 14 de agosto de 1990, siendo publicado en el D.O. el 27 de septiembre de 1990. Posteriormente, el Decreto N° 1.183, del Ministerio de Relaciones Exteriores, establece un acuerdo de cooperación técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), promulgado el 30 de julio de 1997 y publicado en el D.O. el 22 de octubre de 1997. En su art. 2° fija un compromiso para implementar dicha Convención y ejecutar el Plan de Acción en favor de la Infancia, elaborado a partir de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, adoptada por la Cumbre Mundial en favor de la Infancia el 30 de septiembre de 1990. El Gobierno encargó al Ministerio de Planificación y Cooperación llevar a cabo políticas en tal sentido, en conformidad a la Ley N° 18.989, obligándose a informar, sensibilizar y movilizar a la sociedad chilena sobre los derechos del niño y la niña y promover la coordinación de acciones destinadas a asegurar la satisfacción de sus derechos y reducir las inequidades que los afecten, con un enfoque de desarrollo humano (art. 2° letra h). El Decreto N° 248, del Ministerio de Relaciones

La *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CETFDICM) establece que los Estados partes deben garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de hijas e hijos, en la inteligencia que el interés de los menores constituye la consideración primordial en todos los casos (art. 5º). Los Estados partes se han obligado a garantizar a la mujer servicios en el embarazo, parto y período posterior al parto, incluso gratuitos cuando fuere necesario; además le deben asegurar una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12).

La *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias* compromete a los Estados partes a respetar y asegurar ciertos derechos (art. 7). Entre ellos, ofrecer atención médica urgente cuando sea necesaria para preservar la vida de los trabajadores migratorios o evitar daños irreparables a la salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales.

Por su parte, la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) adopta un conjunto de convenios relevantes para la dimensión salud, destacando el permiso de lactancia, que autoriza a la madre que trabaja para interrumpir su trabajo con este fin, uno o varios lapsos de tiempo, cuya duración ha de ser determinada por la legislación interna o nacional. Así, el *Convenio sobre la Protección de la Maternidad* (D.O. 03.03.1999) señala en su art. 3.6 el derecho a prolongar el descanso puerperal, y en su art. 5º reconoce el permiso de lactancia<sup>8</sup>.

### ***Normas con rango de ley***

Existe un número importante de normas con rango de ley que ameritan ser descritas para comprender la manera en que la salud de niñas y niños ha sido regulada por el legislador.

---

Exteriores, promulga el Protocolo facultativo de esta Convención, relativo a la participación de niñas y niños en conflictos armados, promulgado el 9 de septiembre de 2003 y publicado en el D.O. el 17 de diciembre de 2003.

<sup>8</sup> Otras normas internacionales que deben tomarse en cuenta son la *Carta Convenio de Cooperación Técnica para un Programa de Nutrición* (1978), que incluye el propósito de formular un diagnóstico nutricional continuo de la población y de desarrollar un sistema confiable y oportuno de vigilancia epidemiológica en nutrición; el Decreto Nº 467, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba la Carta-Convenio celebrado por el Gobierno de Chile, la Universidad de Chile y la Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud, sobre Cooperación técnica para un proyecto de capacitación en atención primaria de la salud infantil en Chile, promulgado el 12 de julio de 1978; el Decreto Nº 542, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que reconoce el acuerdo entre Chile y el Programa de Socorro a la Infancia de las Naciones Unidas, publicado el 3 de septiembre de 1950.

El primer cuerpo legal que merece ser destacado es el *Código Sanitario* (D.O. 31.01.1968)<sup>9</sup>. En el Código se establece el derecho de la mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento de la hija o hijo, y de la hija o hijo, a la protección y vigilancia del Estado; así como la gratuidad de la atención para los indigentes en todos los establecimientos del Servicio Nacional de Salud. Además se asegura la atención médico-preventiva y dental de los alumnos de los establecimientos de educación.

Otra norma fundamental corresponde al D.F.L. N° 1 (D.O. 24/04/2006). El Cap. I del Libro I regula el conjunto de atribuciones y tareas que corresponden al Ministerio de Salud. También regula el Fondo Nacional de Salud Pública (FONASA, Cap. III), los Servicios de Salud (Cap. II), el Instituto de Salud Pública (Cap. IV), la Central de Abastecimiento (Cap. V), la Superintendencia de Salud (Cap. VIII), las plantas de personal y otras materias (Cap. VI). El art. 1° del D.F.L señala que “Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.” El Libro II del D.F.L. N° 1, regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud<sup>10</sup>.

En tercer término, debe destacarse la Ley N° 19.966 (D.O. 03.09.2004), que establece un Régimen General de Garantías en Salud (conocido como Plan Auge). Dicho régimen determina prestaciones de diversas enfermedades y los programas con que el Fondo Nacional de Salud debe cubrir a sus beneficiarios<sup>11</sup>.

También es relevante para el grupo etario analizado la Ley N° 17.301, sobre la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI, D.O. 07.03.1970, al establecer la creación y construcción de jardines infantiles y las modalidades para la alimentación y la atención médico-sanitaria de párvulos<sup>12</sup>. Además señala que toda institución, servicio, empresa o establecimiento, que ocupe veinte o más trabajadoras, debe tener salas-cunas, anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén laborando (art. 33).

Otra norma importante corresponde a la Ley N° 18.933 (D.O. 09.03.1990), que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, y norma el otorgamiento de prestaciones por las Isapres.

---

<sup>9</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 725, del Ministerio de Salud, promulgado el 11 de diciembre de 1967, y publicado en el D.O. el 31 de enero de 1968. Su última modificación corresponde a la Ley N° 20.029 (D.O. 13.07.2005).

<sup>10</sup> Cfr. Ley N° 18.469, sobre el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y el régimen de prestaciones de salud, D.O. 23.11.1985.

<sup>11</sup> La Resolución Exenta N° 344 (Ministerio de Salud, 23.06.2005), aprueba las normas técnicas, médicas y administrativas para el Cumplimiento de las Garantías de la Ley, y la aplicación del arancel del Régimen de Garantías de dicha ley. El Decreto N° 170 (Ministerio de Salud, 28.01.2005), aprueba las Garantías Explícitas del Régimen.

<sup>12</sup> El Decreto N° 1.574 (Ministerio de Educación, 29.07.1971), aprueba el Reglamento de la Ley 17.301 y prescribe sobre construcción de edificios, condiciones higiénicas y supervigilancia de la organización y el funcionamiento de los jardines infantiles.

Por último, también deben considerarse otras normas con rango de ley a la hora de evaluar la pertinencia de la regulación en el ámbito de la salud:

- Ley N° 18.290, de Tránsito (D.O. 07.02.1984). Los conductores de vehículos son responsables del uso obligatorio de sillas para menores de cuatro años que viajen en asientos traseros de vehículos livianos. Se exceptúan de la obligación los servicios de transporte de pasajeros en taxis, en cualquiera de sus modalidades.
- Ley N° 19.284 (D.O. 14.01.1994), establece normas para la plena integración social de discapacitados y prescribe que la prevención y rehabilitación de las discapacidades constituyen obligación del Estado y un derecho y deber de las personas con discapacidad, de su familia y de la sociedad. En su art. 27 establece que el sistema de educación debe incorporar innovaciones y adecuaciones necesarias para permitir y facilitar, a las personas con necesidades educativas especiales, el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles la enseñanza complementaria que requieran, para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema o en escuelas especiales.
- Ley N° 18.600 (D.O. 30.01.1987), sobre deficientes mentales, indica en sus arts. 7°, 18 y 19, que las personas naturales que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, pueden postular al subsidio familiar que establece la Ley N° 18.020, y siempre que se encuentren bajo su cuidado permanente.
- Ley N° 19.325 (D.O. 27.08.1994), sobre violencia intrafamiliar. En el caso de menores o discapacitados, el abogado o procurador que lo represente será su curador *ad litem* por el solo ministerio de la ley.
- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640 (D.O. 15.10.1999) prescribe en sus arts. 1°, 17, 20, 32, 34 y 66 N° 2, las funciones y principios que orientan su actuación, debiendo velar por la protección de la maternidad y la prevención del consumo indebido de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas.
- Ley N° 19.419 (D.O. 09.10.1995), se refiere al consumo del tabaco, estableciendo en su art. 7° que en la mayoría de los lugares públicos o en aquellos en que se preste atención al público está prohibido fumar.
- Ley N° 19.541 (D.O. 10.04.1996), sobre Trasplantes y Donación de Órganos, señala en sus arts. 18 y 22 que puede efectuarse el trasplante de órganos de personas menores de edad e incapaces, siempre que exista autorización de su representante legal y, a falta de ello, por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes, de grado más próximo en la línea recta o, de no haberlos, por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, éstos últimos hasta el tercer grado inclusive.
- Ley N° 19.779 (D.O. 14.12.2001), establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y bonificación fiscal para enfermedades catastróficas.
- Ley N° 19.947 (D.O. 07.05.2004), sobre Matrimonio Civil. Establece que las materias de familia han de ser resueltas velando por el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil (art. 3°). Los arts. 21, 23 y 27 se refieren al cuidado y la relación con los hijos, los arts. 36 y 51 reiteran la filiación y la protección de

los hijos, y art. 54 que reconoce como causal del divorcio el atentar contra la integridad física o psíquica de los hijos, así como el intentar prostituirlos.

- Ley N° 20.000 (D.O. 16.02.2005), sanciona la producción y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- D.F.L. N° 1 (2000), fija el texto refundido de la Ley de Menores. El Servicio Nacional de Menores (Sename) atiende a menores sin tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituye un peligro para su desarrollo normal integral; a los menores que presenten desajustes conductuales; y a los que están en conflicto con la justicia. El decreto fija sus obligaciones, funciones, procedimientos y atribuciones.

### ***Normas de rango inferior***

A modo de complemento de las normas de rango superior, considérense las siguientes normas aprobadas por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su potestad reglamentaria:

- Decreto Supremo N° 114, del Ministerio de Planificación y Cooperación, crea Consejo de Ministros Para la Infancia y la Adolescencia (D.O. 11.07.2002).
- Decreto N° 14, del Ministerio de Educación, Normas sobre prevención de riesgos (D.O. 08.05.1984).
- Reglamento de Protección Radiológica de Instalaciones Radiactiva (Ministerio de Salud, 25.04.1985). Indica los niveles de irradiación para mujeres en edad de procrear, mujeres embarazadas y menores de 18 años.
- Decreto N° 38, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones - Subsecretaría de Transportes, reglamenta el Transporte Remunerado de Escolares (D.O. 14.03.1992).
- Reglamento N° 63 (Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 12.09.2005). Reglamento para aplicar la Ley N° 20.001, que regula el peso máximo de carga humana, con indicaciones específicas para mujeres y menores de 18 años.
- Decreto N° 163, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece la asignación familiar, prestaciones médicas y pensiones de los familiares y los asegurados (D.O. 13.09.1968).
- Decreto Supremo N° 289 (Ministerio de Salud, 13.11.1989), Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educativos.
- Decreto Supremo N° 313 (Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 12.05.1973), incluye a Escolares en Seguro de Accidentes de acuerdo con la Ley N° 16.744.
- Decreto Supremo N° 136 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 06.01.2001). Norma de Calidad para Plomo en el Aire, para proteger la población del país y, en particular, la población infantil. Establece la vigilancia de niveles de plomo en la sangre para la población menor de dos años.
- Decreto N° 86, del Ministerio de Educación. Planes y programas de estudio para niños con trastornos de la comunicación (D.O. 27.03.1990).
- Decreto N° 87, del Ministerio de Educación. Planes y programa de estudio para personas con deficiencia mental (D.O. 07.04.1990).
- Decreto N° 89, del Ministerio de Educación, Planes y programas de estudio para educandos con déficit visual (D.O. 06.04.1990).

- Decreto N° 577 (Ministerio de Educación, 12.04.1991). Normas Técnico-Pedagógicas para Educandos con Trastornos Motores. Establecen un máximo de ocho educandos a nivel de educación parvularia.
- Decreto N° 114 (Ministerio de Salud, 17.06.2005), establece el Reglamento sobre Seguridad de los Juguetes. Además, el Decreto N° 158 (08.08.2003) prohíbe el uso de tolueno en juguetes y artículos de uso infantil.
- Decreto N° 161/82 (Ministerio de Salud, 19.11.1982). Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas.
- Decreto N° 212 (Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, 21.11.1992), fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. Su art. 26 bis prescribe que los servicios de locomoción asegurarán asientos de fácil acceso para personas con discapacidad.
- Decreto N° 233 exento, del Ministerio de Salud. Vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles para la población infantil (D.O. 08.02.2005).
- Decreto N° 239/02 (Ministerio de Salud, 20.06.2003), aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Cosméticos, incluyendo cosméticos, perfumes, lociones y colonias destinadas a menores de seis años.
- Decreto N° 261 (Ministerio de Salud, 03.02.2002), aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Auxiliares de Enfermería. Se detallan las actividades que desempeña el auxiliar de enfermería en el ejercicio libre de su profesión.
- Decreto N° 363, del Ministerio de Educación, aprueba normas técnicas para el funcionamiento de los gabinetes técnicos de las escuelas especiales o diferenciales (D.O. 20.08.1994).
- Decreto N° 374/97 (Ministerio de Salud, 25.08.1997). Límite máximo permisible de plomo en pinturas que indica, incluyendo pinturas de uso infantil y escolar.
- Decreto N° 369/85 (Ministerio de Salud, 02.01.1986), aprueba el Reglamento del Régimen de Prestaciones de Salud y define las circunstancias en que embarazadas y menores de seis años hacen uso de las prestaciones.
- Decreto N° 416 (Ministerio de Salud, 22.07.1999), dispone la vacunación obligatoria contra la rubéola de población femenina que indica.
- Decreto N° 466 (Ministerio de Salud, 12.03.1985). Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados.
- Decreto N° 490, del Ministerio de Educación. Normas para integrar alumnos discapacitados en establecimientos comunes (D.O. 03.09.1990).
- Decreto N° 577, del Ministerio de Educación. Normas técnico-pedagógicas para educandos con trastornos motores (D.O. 12.04.1991).
- Decreto N° 656 (Ministerio de Salud, 17/12/1997). Reglamento de la Ley N° 19.451, que establece Normas sobre Trasplantes y Donaciones de Órganos.
- Decreto N° 754, del Ministerio de Salud, prohíbe el uso de tolueno en adhesivos y pegamentos que indica (D.O. 24.12.1998).
- Decreto N° 815, Ministerio de Educación. Normas tecnicopedagógicas para educandos con graves alteraciones en la capacidad de relación y comunicación (D.O. 07.10.1991).
- Decreto N° 977 (Ministerio de Salud, 13.05.1997), aprueba el Reglamento Sanitario de los Alimentos, que incluye la regulación de la preparación de las fórmulas para lactantes y alimentos infantiles.

- Decreto N° 1.300, del Ministerio de Educación. Planes y programa de estudio para alumnos con trastornos específicos del lenguaje (D.O. 11.01.2003).
- Resolución Exenta N° 387 (Ministerio de Salud, 09.2.004). Manual del Programa Nacional de Alimentación Complementaria del Niño con Fenilketonuria.
- Resolución Exenta N° 469 (Ministerio de Salud, 18.8.2005). Norma general técnica N° 77, Guía de Alimentación del Niño Menor de 2 años y Guías Alimentarias hasta la Adolescencia, indicando como principales factores de la prevalencia creciente de enfermedades crónicas no transmisibles el consumo de alimentos hipercalóricos y la falta de actividad física.
- Resolución Exenta N° 536 (Ministerio de Salud, 10.09.1993), aprueba la Norma Técnica sobre Manejo Ambulatorio del Niño con Malnutrición.
- Resolución Exenta N° 777 (Ministerio de Salud, 26.07.2004). Normas Generales Técnicas de Estimulación y Evaluación del Desarrollo Psicomotor del Niño y la Niña menor de seis años.
- Resolución Exenta N° 1.186 (Ministerio de Salud, 01.12.1995). Norma General Administrativa N° 4 sobre Derechos del Niño Hospitalizado.
- Resolución Exenta N° 1.832 (Ministerio de Salud, 05.11.1999). Norma General Técnica N° 41 sobre la alimentación del niño menor de dos años.
- Resolución N° 2.444 (Ministerio de Salud, 31.07.1980), referente a la recolección, el transporte y la disposición final de basuras. En su art. 4.6 prohíbe el acceso, permanencia y trabajo de menores de quince años de edad en basurales.
- Ordenanza N° 2C 1.199 (Ministerio de Salud, 01.03.1995), define las Facilidades para el Acceso de Menores de la Red Asistencial del SENAME a los Establecimientos de Salud.
- Circular 2C N° 03 (Ministerio de Salud, 11.01.1988), se refiere a la protección de la mujer embarazada, el recién nacido y niños hasta los 6 años de edad.
- Circular 2C N° 181 (Ministerio de Salud, 05.08.1985), se refiere a los límites de la gratuidad en las prestaciones materno-infantiles en hospitales, consultorios, maternidades y/o servicios de urgencia.
- Ordenanza N° 4F 1.902 (Ministerio de Salud, 17.04.2002), Circular N° 02 (25.01.1996), N° 03 (12.01.1998), N° 3 (25.01.1996), N° 14 (06.03.1996), N° 15 (13.06.2002) y N° 47 (09.08.1993), sobre vigilancia, control y prevención de influenza, cuadros invasivos por *Haemophilus Influenzae*, cólera, coqueluche, tétanos, diarreas e infecciones meningocócicas.
- Circular N° 15AD 31 (Ministerio de Salud, 04.06.2003), se refiere al manejo clínico del Síndrome Respiratorio Agudo Grave.
- Circular N° 15AD 34 (Ministerio de Salud, 12.11.2002), se refiere a la Vigilancia y Control de Hepatitis A y Hepatitis E.
- Manual de Normas Técnicas sobre la Vigilancia de Enfermedades Transmisibles, (Ministerio de Salud, 20.12.1999), describe las enfermedades transmisibles, sus características y la modalidad de vigilancia.

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA SALUD***

Para una mejor y más rápida comprensión del análisis, primero se formularán aclaraciones conceptuales. En segundo término, se explicará la coherencia de la legislación, revisando la articulación de la normativa en torno al propósito de estimular la salud y el desarrollo integral de los niños. Luego se formularán alcances sobre las orientaciones estratégicas de la normativa, con juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados, así como de la forma en que ella se traduce en políticas públicas, tomando en cuenta el contexto del país. A continuación se explicitarán las omisiones normativas detectadas, en cuanto a temas importantes; dejando para el final las conclusiones principales.

### ***Aclaraciones conceptuales***

#### **1. Algunas características relevantes de niñas y niños de tres meses a diez años<sup>13</sup>.**

La proporción de este grupo etario dentro del total de la población nacional ha disminuido, como consecuencia del descenso de la natalidad. La disminución de las muertes en la infancia –con sobrevida de muchos niños– no ha sido capaz de superar la reducción de los nacimientos. A raíz de este hecho se produce una consecuencia positiva: las intervenciones alcanzan costos menores, dado que la proporción de beneficiarios eventuales se reduce. Esto es válido también cuando se mira los números absolutos de menores.

Estos niños se caracterizan por mantener una gran velocidad de crecimiento y desarrollo, en especial durante los dos primeros años de la vida. Ello genera riesgos de desnutrición y carencias –que en Chile han sido neutralizados para las grandes mayorías de niños– y riesgos de alteraciones posturales, agravadas por el sedentarismo de la vida actual. Otra característica de este grupo es su dependencia del cuidado de los adultos. La frecuencia de enfermedad aparente es muy alta en los primeros dos años de la vida y, durante el primero, la inmadurez de varios sistemas orgánicos condiciona un riesgo de muerte mayor. Otra condición central es que estos niños inician y profundizan un contacto intenso con el medio ambiente, tanto biológico como psicosocial. En el área biológica, el mayor contacto se realiza con la atmósfera y se ejerce a través de la vía respiratoria. Esto explica la alta incidencia de cuadros patológicos respiratorios de los dos primeros años de la vida y lleva a la necesidad de considerar esta característica cuando se planean intervenciones con respaldo legal, que apunten a la salud integral. Otra área de gran contacto es el tubo digestivo, lo que justifica la frecuencia de trastornos originados en este contacto. En lo psicosocial, esta edad corresponde a una etapa de aprendizaje incesante e intenso, que incorpora conocimientos, destrezas, actitudes que se ocuparán toda la vida. El aprendizaje es, a la vez, informal y formal. Ambos tipos de aprendizaje, siendo diferentes, aportan al desarrollo integral de los niños. En el área informal es preciso destacar que se realiza

---

<sup>13</sup> Con la finalidad de facilitar la lectura y discusión de este informe, se han omitido las referencias bibliográficas consultadas al elaborar este breve marco teórico. La bibliografía puede revisarse al final.

en el medio familiar; así como en el seno de las instituciones que cuidan niños. En estas últimas, el desarrollo y perfeccionamiento de los programas ha ido transformando el aprendizaje en un proceso cada vez más formal.

Una visión integral de la normativa de esta edad debe incorporar todas estas precisiones. El juego constituye una forma de aprendizaje muy importante, enseñando actitudes, valores, destrezas, incorporación y socialización. Para su buen ejercicio, y para todo aprendizaje, se requiere que tanto la vida de relación como los órganos de los sentidos (sensorio) se encuentren indemnes. Esta observación lleva a la necesidad de pesquisar, precozmente, las fallas eventuales del sensorio y la comunicación; así como a preocuparse del juego, como actividad infantil muy importante. De estas observaciones se desprenden las necesidades de ampliar el respaldo legal para esas pesquisas de todo lo relacionado con el juego.

En el área psicosocial se hacen presentes los riesgos de descuido, maltrato y abuso; que presentan variaciones importantes según edad y sexo.

En Chile, la mayoría de estos niños puede ser ubicada en el sistema escolar y, una proporción importante, en cuidados institucionales de otro tipo. Ello facilita las intervenciones masivas y obliga a fijar normas para ellas y para esos cuidados.

Al analizar la salud de estas niñas y niños es necesario tener presente que la fase siguiente es la adolescencia. Ésta fase de la vida –poco aparente en la antigüedad– ha ido apareciendo cada vez con más fuerza y características propias, en el seno de las sociedades modernas. Antiguamente, los ritos de maduración, en cierta medida, reemplazaban a la adolescencia, que ahora se mira como una etapa de transición muy neta, con riesgos marcados para la salud integral. Esta aclaración es importante cuando se analiza la salud de los niños de tres meses a diez años porque durante estas edades se construyen los cimientos de la salud adolescente.

Ahora bien, la *Salud*, es un estado de origen y condicionantes multisectoriales. Se entiende por *salud y desarrollo integrales* el que ambos se extiendan a las áreas biológica, psicológica y social de los niños, permitiendo la expresión máxima de su potencial genético.

La salud y la enfermedad son expresiones de un equilibrio dinámico entre los susceptibles y los agentes de enfermedad que interactúan en un medio ambiente determinado. Estos tres elementos –susceptible, agente y medio ambiente– conforman la llamada “tríada ecológica” de la salud y enfermedad.

La salud es *un continuo* y sus condicionantes existen desde antes del inicio de la vida individual; tanto para la salud biológica como la mental. La salud de cada etapa de la vida influye en las etapas siguientes.

El proceso salud/enfermedad ocurre en grados evolutivos con sus respectivos niveles de prevención. Se reconocen cinco niveles en una escala de deterioro progresivo de la salud: (1) promoción de la salud, (2) prevención de la enfermedad, (3) diagnóstico

precoz, (4) tratamiento oportuno y (5) rehabilitación (obviamente, en caso que no ocurra la muerte en la fase anterior).

Se puede intervenir con medidas apropiadas en todos estos niveles. En los dos primeros (promoción y prevención) las medidas se ejecutan antes de que aparezca la enfermedad y se reconoce y acepta que las intervenciones resultan más baratas, eficaces y eficientes cuando se actúa en ellos, antes del comienzo de la enfermedad.

Para conseguir el desarrollo y la salud integral, las intervenciones deben ser continuas y cumplir con requisitos como: coherencia, eficacia, y eficiencia.

El buen cuidado y la buena atención de salud exigen que ésta cumpla condiciones determinadas. Se estima en término ideales que, al menos, la atención de la salud sea: universal, continua, integral, adecuada a las necesidades de cada grupo de la población, realizada con participación de la comunidad, realizada considerando la influencia del ambiente sobre la salud, y realizada considerando la bioética. Existen otros dos requisitos que también son importantes: la atención debe ser personalizada, según las características de quien la recibe; e igualitaria, es decir, que se ofrezcan las mismas prestaciones a toda la población.

La transición epidemiológica significó un cambio en el panorama de causas de muerte y enfermedad. Por su parte, la transición demográfica significó, en su primera fase, una reducción importante de mortalidad y natalidad. En una segunda fase aparecen y se profundizan cambios marcados en la familia, muy importantes para la salud de los niños; entre los que cabe mencionar: la conformación de las familias; sus patrones de disolución; sus patrones de reconstitución; y los tipos de sistema familiar predominante. Estos cambios han originado una familia más inestable, reducida en tamaño y sometida a tensiones. En la actualidad se aprecia que niñas y niños interactúan con menos hermanos, pero con una mayor variedad de personas y tipos de cuidado.

En varios países de Europa, y algunos de América, la aparición de nuevos tipos de familias no clásicas, que piden derechos plenos, ha originado nuevas normativas que se han concretado después de polémicos debates públicos e investigaciones sociales. Este debate se encuentra en ciernes en nuestro país, y es de alta probabilidad que se haga presente en los años venideros.

### ***Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación sobre la salud***

En general, la legislación revisada aparece como coherente y sin contradicciones gruesas. No obstante, en esta fase se mantiene cierta incoherencia entre la normativa y la realidad o el manejo de situaciones:

- a) La orientación de la normativa va recogiendo, gradualmente y en forma algo retrasada, los cambios experimentados por el nivel de salud de la población infantil. No se detecta una ideología de intervención que pueda sugerir la necesidad de nuevas normativas antes que los problemas lleguen a tener un gran impacto.

- b) La normativa no acoge la necesidad de incrementar la participación de la población en los esfuerzos destinados a proteger la salud y el desarrollo de los niños.

### ***Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente***

No se detecta una visión integradora, global, que fije las grandes políticas y proporcione un marco a las intervenciones públicas. En cambio, se observa la falta de una formulación general que respalde las intervenciones puntuales. Estas últimas se preocupan de situaciones específicas sin un marco contextual para la intervención.

No existe una regulación totalmente apropiada que tienda a promover la salud y a prevenir las enfermedades; y la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de transición epidemiológica y de perfeccionamiento de la atención de salud. En apoyo de estas tesis se puede argumentar lo siguiente:

1°. La normativa está, en términos generales, orientada a resolver o regular un conjunto de problemas referidos a la dimensión salud, sin una tendencia predominante hacia la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, vale decir, antes de que surja el problema. Por ejemplo, es claro que una normativa moderna debería incorporar disposiciones sobre la reducción del sedentarismo y la prevención del sobrepeso y la obesidad infantiles.

Aspectos importantes de la promoción y prevención aparecen tratados en forma insuficiente en la legislación. Tal como ocurre con el desarrollo psicosocial, la salud mental y la salud familiar; la prevención de las patologías relacionadas con el daño ambiental y de las relacionadas con los estilos de vida.

Considerando a la salud como un fenómeno continuo en la vida, en este grupo etario se debe incluir a las enfermedades crónicas del adulto, que originan el grupo mayor de muertes en el total de la población de Chile. Varias de estas últimas patologías se inician en la infancia y, en consecuencia, se debe empezar a prevenir temprano en la vida. Por ello son susceptibles de mención en este análisis.

Aspectos básicos de promoción y prevención que requieren mayor respaldo legal, son los siguientes:

a) En el contexto de una sociedad que pretende incorporar en mayor medida a la mujer a la fuerza de trabajo, el fomento de la lactancia natural debería estar respaldado por normativas que faciliten, en forma más profunda, su prolongación hasta los doce meses de edad del niño. La situación actual, mejor que en otras décadas, puede aún optimizarse.

b) En lo referente al desarrollo psicosocial, convendría contar con respaldo normativo para la promoción de la salud mental y la prevención de la violencia.

Hay consenso sobre la eficacia y eficiencia de la estimulación y educación en la edad preescolar que, en medida gradual y creciente, se entrega a los niños en cuidado diurno institucional. Sin embargo, se pudiese ampliar la cobertura incluyendo a otros menores conectados al sistema de atención de salud, tanto público como privado. La larga experiencia en el Programa Nacional de Alimentación Complementaria pudiese, por ejemplo, utilizarse para diseñar un hipotético Programa Nacional de Estimulación Preescolar. Este Programa pudiese ejecutarse en el sector salud pero coordinado, conectado y apoyado por otros ámbitos. Dentro de él se pudiesen incluir contenidos de Educación para la Paz y el desarrollo de habilidades útiles para la vida en sociedad. Así, estos aspectos pudiesen introducirse precozmente en la vida de los niños.

Parece interesante revisar el rendimiento de los recursos del Plan Nacional de Alimentación Complementaria y estudiar la posibilidad de desviar parte de ellos a nuevos planes eventuales, vgr., un Plan Nacional de Estimulación del Desarrollo Psicomotor y un Plan Nacional de Estilos de Vida Saludable. Estos deberían iniciar sus intervenciones desde las primeras semanas de la vida y, en especial, desde los tres meses.

2°. La orientación de algunas disposiciones no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de transición epidemiológica y de perfeccionamiento de la atención de salud. Considerando los cambios en las causas de enfermedad y muerte, es necesario prevenir, desde la infancia, las enfermedades de la vida adulta. Algo similar a lo propuesto en el área de salud mental pudiese hacerse con el fomento de los estilos de vida saludable, al menos en seis aspectos: dieta, sedentarismo, comportamiento sexual, manejo de las emociones, consumo de tóxicos e integración a grupos.

La introducción precoz de estos aspectos en el cuidado de niñas y niños es paralela a la formación o modificación de conductas, que se cumplen mejor si los esfuerzos se inician precozmente, aprovechando la permanencia en salas cuna y jardines infantiles.

Se hace presente la importancia de las enfermedades crónicas en la infancia. En ellas se hace necesario diseñar planes específicos de atención integral para afecciones determinadas.

### ***Omisiones normativas o tratamiento incompleto***

La revisión de la legislación vigente detecta omisiones de temas importantes para un buen tratamiento legal de condiciones de salud o determinantes de ésta:

a) El descenso de la mortalidad infantil y la mayor sobrevivencia de nacidos con patología antaño letal significa que una cifra absoluta y una proporción mayor de niños de tres meses a diez años son portadores de enfermedades crónicas o secuelas. Por ejemplo, la Ley N° 19.284 (D.O. 14.01.1994) establece normas para el cuidado e integración de discapacitados, pero no acoge a una larga lista de niños de tres meses a diez años que sufren de otras condiciones crónicas.

b) Persiste un diagnóstico incompleto de los niveles de salud de los niños. Un diagnóstico más acucioso exigiría extender e intensificar los procesos de pesquisa en los recién nacidos y en las edades siguientes, hasta los diez años. Pesquisas básicas que pudiesen incorporarse al sistema ya funcionando son: enfermedades metabólicas e hipoacusia (al nacer), y trastornos de la visión (desde el nacimiento a los diez años). Esta última se puede extender y profundizar con la inclusión de un examen oftalmológico universal antes de los cuatro años y algo más precozmente, en aquellos que tengan factores de riesgo (v. gr., existencia de antecedentes familiares, nacimiento con bajo peso o con síndromes que se asocian a patología visual, como el síndrome de Down). En la actualidad sólo se pesquisan la fenilketonuria y el hipotiroidismo congénito.

Asimismo, parece importante implementar o perfeccionar el sistema de vigilancia y el diagnóstico precoz de varias entidades patológicas que hoy son subdiagnosticadas: fibrosis quística (afección de alta letalidad), enfermedad de Kawasaki (causa de importantes secuelas cardiovasculares), trastornos de la comunicación (incluyendo autismo), malformaciones congénitas, etc.

c) Por último, los adolescentes son un grupo que requiere mayor atención normativa. Por su edad no debieran ser considerados en este análisis pero, por la importancia del concepto de continuidad de la salud, amerita ser mencionado el tema. Por ejemplo, es importante revisar sus derechos a recibir libremente información que apunte a su salud, a asegurar su educación, a no ser discriminada o discriminado, etc. Una normativa de este tipo pudiese proteger, adicionalmente, al producto de embarazos no deseados que ocurren en edad adolescente.

### ***C) PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES***

Estudiar la posibilidad de crear un corpus normativo con rango legal que contribuya a resolver parte de las deficiencias consignadas en este análisis; y en particular a través de la formulación de uno o más proyectos de ley que se refieran a la promoción de la salud, a la prevención de las enfermedades, al diagnóstico precoz, y a los derechos de los enfermos y del personal de salud. Desde un punto de vista de técnica legislativa, pudiera pensarse en la posibilidad de regular los tres primeros asuntos en un solo proyecto, dejando los aspectos sobre los derechos de los enfermos y del personal de la salud para un segundo cuerpo.

En concreto, se propone estudiar la elaboración de dos anteproyectos de ley que actúen en los niveles iniciales del proceso salud/enfermedad. El primero de los textos pudiera abordar temáticas referidas a la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y el diagnóstico precoz; y el segundo, encargarse específicamente de los derechos de los pacientes y del personal de salud.

Un énfasis mayor en la promoción de la salud y prevención de enfermedades, entre muchos beneficios, puede aumentar la eficacia y eficiencia de los esfuerzos públicos,

disminuir la carga de enfermedad y mejorar la calidad de vida. Una buena normativa en el ámbito del diagnóstico precoz puede traducirse en una disminución significativa en los costos de tratamiento –mayores cuando la enfermedad está avanzada–, disminuiría la mortalidad y reduciría las secuelas y el gasto en rehabilitación. Adicionalmente, en muchas entidades patológicas significaría una mejor incorporación social de los niños diagnosticados más precozmente.

Como *indicadores* útiles para evaluar los resultados de las intervenciones pueden considerarse las siguientes mediciones: (1) esperanza de vida al año de edad, (2) años de vida potencial perdidos, (3) años de vida libre de discapacidad, (4) prevalencia de trastornos nutritivos, (5) carga de enfermedad, (6) proporción de niños con secuelas, (7) proporción de niños en escuelas especiales, (8) proporción de niños enfermos con diagnóstico tardío, (9) incidencia y duración de las licencias médicas otorgadas al personal de salud, y (10) nivel de satisfacción laboral del personal de salud.

Para el diseño de los anteproyectos se propone una generación participativa, con intervención de representantes de numerosas instituciones de varios sectores de la actividad nacional, no solo del sector salud. Naturalmente, hay numerosas instituciones estatales fuera del sector salud que también pudiesen aportar en el debate, así como grupos comunitarios que han reunido experiencia en algunos de los temas.

En cuanto a la conveniencia y necesidad de tener y mantener un diagnóstico del nivel de salud constante y actualizado, es imperativo respaldar el desarrollo de los sistemas de vigilancia epidemiológica de afecciones de importancia médico social.

Dada la continuidad de la génesis de la salud y la enfermedad, estas normativas de salud para el grupo de tres meses a diez años debiesen incluir aspectos de la salud del adulto y de niñas y niños adolescentes, considerando los cambios que ha experimentado el proceso reproductivo del país.

En cuanto a las ideas centrales de los proyectos de ley sugeridos:

*Promoción de la Salud.* Un mayor desarrollo de la promoción permitiría impactos favorables en la mortalidad general y la calidad de vida de la población infantil, adolescente y adulta. Este cuerpo normativo debiese incluir especificaciones para actuar sobre las condiciones y características de la población; así como del medio ambiente global y específico; y algunas particularidades de los agentes productores de enfermedad; es decir, hacerse cargo de la denominada *tríada ecológica* (susceptible, agente de enfermedad y ambiente). Esta norma pudiera respaldar legalmente una mayor participación comunitaria en la atención de salud y una coordinación adecuada entre los Ministerios de Educación, Salud, Vivienda y otros organismos públicos. Esta coordinación pudiera traducirse en un tratamiento sistemático y multisectorial de temas referentes a la promoción. En una perspectiva que integre esfuerzos podría, por ejemplo, coordinar las acciones que respaldasen una serie de aspectos reconocidamente favorables para la salud. En el área educacional pudiera cautelar que los currículos incluyesen precozmente en la vida –en distintas instancias, con complejidad y profundidad variables y partiendo desde la sala cuna–, actividades para

educar sobre la importancia y ventajas de la lactancia natural, el ejercicio físico habitual, la alimentación balanceada y equilibrada, el desarrollo de las habilidades para la vida, la educación para la paz, las comunidades saludables, etc.

*Prevención de la Enfermedad.* Esta norma podría acoger y consolidar aportes concretos a la salud de niñas y niños, incluyendo reglas generales para la prevención de afecciones y situaciones muy diversas. En una perspectiva que integre esfuerzos podría, a modo de ejemplo, cautelar que los currículos educacionales incluyesen precozmente en la vida –en distintas instancias y con complejidad y profundidad variables–, actividades para la prevención de embarazos no deseados, consumo de tóxicos lícitos e ilícitos, etc.

*Diagnóstico Precoz y Pesquisa de Enfermedades.* Aprobar normas sobre diagnóstico precoz podría ser el respaldo legal del perfeccionamiento de los sistemas actuales, de la mejor inclusión de aspectos éticos, de calidad de la atención, y del incremento de la participación comunitaria en la atención de salud. Muchas patologías que requieren y pueden ser diagnosticadas en forma rápida pudieran ser incluidas en esta normativa y tratadas con la metodología de plazos fijos, para asegurar la eficacia y eficiencia de la detección. En otras palabras, es posible establecer plazos para efectuar el diagnóstico precoz de numerosas condiciones, siguiendo un esquema como el de la Ley de Garantías Explícitas en Salud. Por ejemplo, para los niños de tres meses a diez años debieran incluirse las pesquisas de: (a) malformaciones congénitas (en especial, cardíacas, gastroenterológicas y del aparato respiratorio), (b) fibrosis quística, (c) hipoacusia, (d) defectos visuales, (e) trastornos de la comunicación, (f) defectos posturales, (g) enfermedades del desarrollo de la cadera, (h) trastornos de la comunicación, (i) retraso del desarrollo psicomotor, y (j) problemas de la salud oral.

*Derechos de los Pacientes y de quienes los atienden.* El 11 de Octubre, 2000 fue presentada una moción con la finalidad de regular los derechos de los pacientes, que se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados (Boletín 2597-11). El 12 de junio de 2001 ingresó a tramitación parlamentaria un proyecto más ambicioso referido a los derechos y deberes de las personas en materia de salud (Boletín 2727-11), el que a pesar de haber sido aprobado en general en la Cámara de Diputados, ha sido archivado a petición del Ejecutivo el 7 de marzo de 2006.

Lo relevante es que en nuestro país no existe una norma con rango de ley que establezca cuáles son los derechos de los pacientes. Tampoco se ha aprobado una ley que precise los derechos de los profesionales y funcionarios que se desempeñan en el sector salud, siendo que parece importante preservar y perfeccionar los derechos de quienes ejecutan las tareas de salud, dado que de esta forma se facilita el buen desempeño de sus roles. El trabajo en salud es reconocido como una labor exigente en las áreas del conocimiento, las destrezas y la presión emocional de quienes lo desempeñan.

## *D) CONCLUSIÓN*

La normativa vigente no presenta incoherencias de importancia en lo relativo a la dimensión salud. Adolece, en cambio, de omisiones y de una relativa falta de adecuación a la realidad epidemiológica y demográfica de la salud nacional y de no concentrarse, sino de manera secundaria, en acciones de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad.

Para suplir tales deficiencias, se propone estudiar la posibilidad de aprobar uno o más proyectos de ley que se refieran a la promoción de la salud, a la prevención de las enfermedades, al diagnóstico precoz, y a los derechos de los enfermos y del personal de salud.





## II. IDENTIDAD

La identidad de niñas y niños de tres meses a diez años de edad ha de ser entendida como una variable central en la configuración de un *Sistema de Protección Integral a la Infancia*. En este capítulo se ofrece una descripción panorámica de las normas más importantes en relación con (el derecho a) la identidad. A continuación se hace un análisis crítico de la regulación vigente, prestando atención al déficit normativo, para terminar con un conjunto de recomendaciones prácticas que debieran aportar al diseño, puesta en marcha y revisión de políticas públicas multisectoriales.

### A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA DIMENSIÓN IDENTIDAD

La identidad es un atributo esencial de toda persona. En este apartado interesa comprender cómo ha sido abordada la identidad de niñas y niños entre tres meses y diez años en el ordenamiento jurídico vigente, comprendiendo su conceptualización y características, mecanismos normativos de promoción y protección, y las atribuciones de los organismos públicos que cumplen funciones relacionadas con la identidad de los menores. Desde un punto de vista analítico, y en consideración del principio de supremacía constitucional, se explican las normas de la Constitución que pudieran servir como antecedentes para comprender esta dimensión de la personalidad. A continuación se explican las normas principales de los tratados internacionales ratificados por Chile. Para luego revisar los cuerpos legales más destacados en este ámbito. En otras palabras, se ha optado por un enfoque positivista del fenómeno identidad, pues la estructura jerárquica a partir de la cual se otorga validez a las normas jurídicas está condicionada por su conformidad con las normas de rango superior, tanto en la forma como en el fondo.

#### **Normas constitucionales**

Si bien nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho constitucional a la identidad, bien puede sostenerse que la identidad ha de ser entendida como uno de los atributos de la personalidad y que, en cuanto personas, todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1° inc. 1° de la Constitución). En otras palabras, los principios de igualdad, libertad y reconocimiento de la dignidad no pueden ser entendidos sin incorporar la dimensión identidad<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En el derecho comparado se ha venido gestando un interesante debate sobre el derecho constitucional a la identidad. Al respecto véase CECCHERINI, Eleonora: "El Derecho a la Identidad Cultural: tendencias y problemas en las constituciones recientes", en *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, 12-15 febrero 2002, disponible en World Wide Web <[http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir\\_eco/COMPARATO/ceccherini.rtf](http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/ceccherini.rtf)>; GARCÍA FALCONÍ, José C.: "El Derecho Constitucional a la Identidad", en *Revista Judicial*, disponible en World Wide Web <<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Menores.63.htm>>. En un plano normativo, considérese el art. 89 de la Constitución de Nicaragua (derecho a la identidad cultural de la comunidad de la Costa Atlántica), el reconocimiento de los pueblos indígenas en la mayoría de las

El derecho a la identidad puede ser concebido como un derecho esencial de la persona, consistente en el conjunto de cualidades, atributos y rasgos que configuran sus aspectos físicos y su personalidad. Entre las características de la identidad no sólo deben comprenderse los rasgos psicológicos y culturales, sino que además los aspectos biológicos, incluyendo los antecedentes genéticos. Expresiones de la identidad son la nacionalidad, el estado civil, la lengua, la raza, etnia, pueblo o grupo social al cual se pertenece, el género u orientación sexual, la profesión, oficio o actividad, las costumbres y tradiciones, las creencias religiosas, ideologías y pensamientos morales, la imagen y los rasgos físicos (edad, sexo, contextura, etc.), el domicilio, los bienes y artefactos y creaciones propios (incluyendo los comunitarios), etc.

Hemos sostenido que un elemento fundamental de la identidad de las personas consiste precisamente en la nacionalidad, es decir, en el vínculo que une a un sujeto con un Estado determinado. Nuestra Constitución acoge tres criterios en base a los cuales se adquiere la nacionalidad chilena: *ius solis*, *ius sanguinis*, y nacionalización. Esta última acoge dos modalidades: a) en virtud de una carta de nacionalización otorgada por la autoridad administrativa a un extranjero interesado, y b) por gracia, en cuyo caso se requiere de la aprobación de un proyecto de ley, en consideración de los méritos personales o servicios otorgados a la República.

El art. 10 de la Constitución señala quiénes son chilenos: 1) los nacidos en el territorio de Chile, cuyos padres sean nacionales o extranjeros, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena en su momento; 2) los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero; 3) los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley; y 4) los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley. Cabe advertir que con ocasión de la última reforma constitucional se modificó la exigencia del *ius sanguinis*: por lo menos uno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado debe haber adquirido la nacionalidad en virtud de alguno de los otros medios que franquea la Constitución<sup>15</sup>. Nótese además que la reglamentación de los procedimientos para nacionalizarse como chileno se encuentra entregada a la ley. El otorgamiento de la nacionalidad, su rechazo y la cancelación de las cartas de nacionalización y los registros asociados al proceso se encuentran establecidos en el D.S. N° 5.142 (13.10.1960)<sup>16</sup>, siendo el Departamento de Extranjería del Ministerio del

---

constituciones latinoamericanas (v. gr., Colombia, Argentina, Brasil, México, Ecuador, etc.), el reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas y religiosas en la mayoría de las nuevas constituciones de los países de Europa Oriental (v. gr., Bielorusia, Polonia, Estonia, Hungría). También véanse las constituciones de Canadá (art. 35) y Sudáfrica, entre otras.

<sup>15</sup> Ley N° 20.050 (D.O. 26.08.2005), reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.

<sup>16</sup> El D.S. N° 5.142 fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, contenidas en la Ley N° 13.955 (09.07.1960) y el D.L. N° 747 (15.12.1925), cuyo texto fue fijado en el D.S. N° 3.690 (16.07.1941, Interior). Ha sido modificado mediante el D.L. N° 1.432 (20.05.1976), Ley N° 18.005 (D.O. 25.06.1981). El Decreto Supremo N° 597 (14.06.1984) contiene el Nuevo

Interior el organismo encargado de la nacionalización de extranjeros, mientras que el Servicio de Registro Civil e Identificación es el llamado a llevar al día los registros de los extranjeros (nacionalizados o no) en el país.

### ***Normas de rango internacional***

Los tratados internacionales ratificados por Chile y que directa e indirectamente se refieren a la identidad de niñas y niños son los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, D.O. 29.04.1989), Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, D.O. 29.04.1989), Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN, D.O. 27.09.1990), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPDTMF, D.O. 08.06.2005), y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (D.O. 09.12.1989). Además deben considerarse la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADDH), y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

La ratificación de estos instrumentos ha permitido incorporar en nuestro ordenamiento, por aplicación del art. 5° de la Constitución, los siguientes derechos de niñas y niños, en lo que a la dimensión identidad interesa: (a) *derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica* (arts. 6° DUDH, 17 DADDH, 16 PIDCP, 3° CADH y 24 CIPDTMF); b) *derecho a la nacionalidad* (arts. 15.1 DUDH, 19 DADDH, 24.3 PIDCP, 20 CADH, 29 CIPDTMF y 7° CDN); c) *derecho a la no privación arbitraria de la nacionalidad* (art. 15.2 DUDH); d) *derecho a la inscripción del nacimiento* (arts. 7° CDN y 24.2 PIDCP); e) *derecho al nombre* (arts. 7° CDN, 24.2 PIDCP, 18 CADH y 29 CIPDTMF); y f) *derecho a la propia identidad cultural* (arts. 27 PIDCP y 12.4 CADH), aunque este último todavía es conceptualizado en términos difusos y requiere de ulteriores aclaraciones en la comunidad internacional.

Como protección de estos derechos se garantiza su obligatoriedad incluso en situaciones de excepción (v. gr., art. 27 CADH). Además, la Convención de Derechos del Niño señala que cuando un menor es privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deben prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2).

Por último, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece normas que si bien no se refieren directamente al menor de edad, oblicuamente lo protegen. Así, a modo de ejemplo, la madre tiene garantizados los mismos derechos que el padre con respecto a la nacionalidad de sus hijos (art. 9.2),

---

Reglamento de Extranjería. Para nacionalizarse chileno se requiere ser mayor de 21 años, con cinco de residencia en Chile, o mayor de 18 en casos especiales. El sistema está diseñado para los mayores de edad. Los menores de edad solo son tomados en consideración como complemento a las informaciones relativas al estado civil y relaciones familiares del solicitante.

como también, los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos (art. 16 letra f).

### **Normas con rango de ley**

En este nivel normativo destacan las leyes sobre Registro Civil, de Cambio de Nombres y Apellidos, de Adopción de Menores, el D.F.L. de Inmigración y el D.L. de Extranjería. La descripción que a continuación se hace prefiere la identificación de temas importantes, sobre la explicación de cada fuente formal por separado.

#### **1. Inscripción del Nacimiento del Recién Nacido**

La Ley de Registro Civil<sup>17</sup> obliga a los padres a inscribir al recién nacido dentro de los treinta días posteriores al nacimiento del menor (art. 30). Transcurrido ese plazo, la ley obliga a las siguientes personas a efectuar dicha inscripción antes de los sesenta días del nacimiento (arts. 28 a 30): a) el pariente más próximo mayor de dieciocho años, que viviere en la casa en que hubiere ocurrido el nacimiento; b) el médico o partera que haya asistido al parto, o en su defecto, cualquiera persona mayor de dieciocho años; c) el jefe del establecimiento público o el dueño de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si éste ocurriere en sitio distinto de la habitación de los padres; d) la persona que haya recogido al recién nacido abandonado; y e) el dueño de la casa o jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto se haya efectuado la exposición de algún expósito (en caso que el menor sea confiado a un establecimiento benéfico).

El organismo encargado de llevar este registro es el Servicio de Registro Civil e Identificación<sup>18</sup>, el que entre sus múltiples obligaciones debe llevar un registro de los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas, además de otorgar los documentos oficiales que los acrediten. No obstante la obligatoriedad de inscribir a los menores de forma inmediata a su nacimiento, en ciertas situaciones ello puede ocurrir con posterioridad en el evento que el Oficial del Registro Civil tome conocimiento de la falta de inscripción, hipótesis regulada en el art. 51 de la Ley de Registro Civil, en relación con el art. 33 de la Ley N° 19.477 (D.O. 19.10.1996).

En conformidad al art. 3° de la Ley de Registro Civil, en el Libro de Nacimientos que debe llevar este servicio se deben inscribir: a) los nacimientos que ocurran en el territorio de cada comuna; b) los nacimientos que ocurran en viaje dentro del territorio de la República o en el mar, en la comuna en que termine el viaje o en la del primer puerto de arribada; c) los nacimientos de hijos de chilenos ocurridos en el extranjero,

---

<sup>17</sup> Ley sobre Registro Civil N° 4.808, de 10 de febrero de 1930, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el DFL N° 1 del Ministerio de Justicia, promulgado el 16.05.2000 y publicado en el D.O. el 30.05.2000 (última modificación: Ley 20.094 de 18.01.2006).

<sup>18</sup> Véanse los arts. 3° y 33 inc. 1° de la Ley Orgánica del Servicio del Registro Civil e Identificación, N° 19.447 (D.O. 19.10.1996), que en todo caso deben entenderse en relación con lo sostenido en el D.F.L N° 1 de 2000, en virtud del aforismo *lex posterior derogat legi anteriori*.

estando el padre o madre al servicio de la República<sup>19</sup>; y d) las escrituras públicas de adopción, las que la extinguen y las sentencias ejecutoriadas que le pongan término o declaren su nulidad. Esta norma es complementada mediante los arts. 28 a 33, sobre los nacimientos en particular (Título II de la Ley de Registro Civil), donde se señalan los plazos de inscripción, quiénes están obligados a requerirla ante el Oficial del Registro Civil, las menciones adicionales que debe contener la inscripción y los requisitos esenciales de ésta. Los solicitantes deben acompañar el comprobante de parto, documento que acredita el nacimiento de la hija o hijo, extendido por un médico o matrona, y el nombre y RUN de la madre que le dio a luz, con lo que se establece legalmente la filiación respecto de ésta.

De lo anterior queda claro que hay una intención manifiesta del legislador en orden a que ningún menor quede sin ser inscrito, en especial dentro de los sesenta días siguientes al nacimiento. Al momento de la inscripción el Oficial del Registro Civil asigna el Rol Único Nacional (RUN) del recién nacido, número que será el de su Cédula de Identidad cuando la solicite, y que la identificará en los actos jurídicos que realice a través de su vida. El punto conflictivo consiste en determinar qué sucede en los casos en que la persona no es inscrita dentro del plazo que fija la ley. El art. 51 señala que en caso de visitas que hagan los Oficiales del Registro Civil en su comuna a fin de procurar el matrimonio de personas que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes, están facultados para denunciar a quienes no hayan efectuado la inscripciones dentro del plazo fijado en los arts. 28 y 30. No obstante, se descuida este aspecto en la legislación vigente, pues no se precisan las consecuencias jurídicas de la falta de inscripción. En el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, fijado en el Decreto N° 2.128 (10.08.1930), se establecía la aplicación de la pena fijada en el art. 496 N° 3 del Código Penal –por cierto, derogada en 1941– si los padres no efectuaban la inscripción dentro de sesenta días, y en el art. 115 se consignaba que no era posible proceder a la inscripción sin previo decreto de la justicia ordinaria que así lo determinara. Estas normas no serían aplicables pues el Registro Civil se encuentra regulado mediante el D.F.L. N° 1 y la Ley N° 19.477.

En la inscripción del nacimiento debe señalarse: 1º) la hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento; 2º) el sexo del recién nacido; 3º) el nombre y apellido del recién nacido, que indique la persona que requiere la inscripción; y 4º) los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que reconozca o haya reconocido al menor. Son requisitos esenciales de la inscripción de un nacimiento, la fecha de la inscripción, el nombre, apellido y sexo del recién nacido (arts. 31 y 33 de la Ley de Registro Civil).

La ley también hace mención de las subinscripciones que deben realizarse al margen de la inscripción de nacimiento (art. 6º): a) los instrumentos por los cuales se reconoce

---

<sup>19</sup> Aclara la norma que “Estos nacimientos deberán inscribirse ante el Cónsul chileno respectivo, quien remitirá los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual certificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil para los efectos de su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago. Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, que no se encuentren en el caso del inciso anterior, podrán, asimismo, ser inscritos en el Registro Civil chileno en la forma prescrita en dicho inciso”.

un hijo o por los cuales se repudia ese reconocimiento; b) las sentencias que dan lugar a la demanda de desconocimiento de la paternidad del nacido antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio; c) las sentencias que determinen la filiación, o dan lugar a la impugnación de la filiación determinada; d) los acuerdos de los padres relativos al cuidado personal del hijo o al ejercicio de la patria potestad; e) las resoluciones judiciales que disponen el cuidado personal del hijo, decretan la suspensión de la patria potestad o dan lugar a la emancipación judicial; f) las sentencias que anulan el acto de reconocimiento o el de repudiación; y g) los demás documentos que las leyes ordenen subinscribir al margen de la inscripción de nacimiento.

En la hipótesis de fallecimiento del recién nacido, en cuyo caso debe procederse a la inscripción de la defunción, el art. 45 inc. 2º de la Ley de Registro Civil obliga al Oficial competente a indagar si su nacimiento estaba inscrito. En el evento que no se haya efectuado la inscripción de nacimiento, el Oficial debe hacer simultáneamente ambas inscripciones.

## 2. Reconocimiento de paternidad / maternidad

Al momento de inscribir a un menor en el Registro Civil, el padre, la madre o ambos pueden reconocer al menor como hijo o hija (art. 33 de la ley citada). Asimismo, el Oficial del Registro Civil debe hacer saber por escrito a la madre o a la persona que inscriba un hijo de filiación no determinada, los derechos de los hijos para reclamar la determinación legal de la paternidad o maternidad y la forma de hacerlos valer ante los tribunales.

En caso de existencia de hijos comunes nacidos con anterioridad al matrimonio, el Oficial del Registro Civil se encuentra facultado para sugerir –de manera privada– a los contrayentes que reconozcan a tales hijas o hijos (art. 37 a 39).

## 3. Derecho al Nombre

En complemento con lo establecido en el art. 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 31 de la Ley de Registro Civil señala que en la partida de nacimiento se deben mencionar el nombre y apellido del recién nacido, otorgándosele a esta información la calidad de requisito esencial del registro. Aunque no se indica expresamente, se puede colegir que el solicitante tiene derecho a elegir el nombre del menor, con la salvedad de las excepciones contempladas en el art. 31: “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”. En esos casos el Oficial del Registro Civil puede oponerse a la inscripción y sólo en el evento que el solicitante insistiere, entonces la decisión del nombre queda entregada a la justicia ordinaria.

## 4. Cambio de Nombres y Apellidos

La Ley de Cambio de Nombres y Apellidos, N° 17.344, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado mediante el DFL N° 1 (D.O. 30.05.2000), reconoce el derecho a usar los nombres y apellidos con que se haya sido individualizado a la

persona en la respectiva inscripción de nacimiento (art. 1º). En ese mismo artículo se definen taxativamente las causales que permiten el cambio de nombres por única vez en la vida, salvo los casos en que las leyes permiten la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el cambio de nombres y apellidos en casos de legitimación adoptiva o adopción. Las causales contempladas en la ley son las siguientes: cuando sean ridículos, risibles o generen menoscabo moral o material; cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombre o apellidos, o ambos, diferentes de los propios; y en los casos de filiación no matrimonial en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona haya sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales (art. 1º).

En el caso de los menores de edad que carecen de representante legal, o cuando éste se encuentra impedido por cualquier causa o simplemente se niega a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos, el menor tiene el derecho a recurrir ante la justicia ordinaria para que resuelva. En este caso se procede con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del defensor de menores y aún de oficio (art. 1º inc. final).

Es importante destacar que en caso de cambios de nombre, no se ven afectados los nombres de los ascendientes ni se altera la filiación, aunque sí se producen consecuencias respecto de “sus descendientes sujetos a patria potestad, y... los demás descendientes que consientan en ello” (art. 4º inc. 2º), de forma tal que si “el solicitante es casado o tiene descendientes menores de edad, deberá pedir también, en el acto en que se solicite el cambio de apellido, la modificación pertinente en su partida de matrimonio y en las partidas de nacimiento de sus hijos” (art. 4º inc. 3º).

## 5. Identidad de niñas y niños indígenas

La Ley Indígena, N° 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (D.O. 05.10.1993), aborda temas relacionados con la identidad de niñas y niños indígenas. Así el párrafo 2º del Título 1º de la ley se refiere a la “calidad de indígena”<sup>20</sup>, la que se acredita mediante un certificado otorgado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Otro antecedente relevante en la construcción de la identidad de niñas y niños indígenas está asociado al derecho de identificarse con una determinada comunidad indígena<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> El art. 2º indica que se consideran indígenas: a) los que sean hijos de padre o madre indígena, b) los descendientes de las etnias indígenas, siempre que posean a lo menos un apellido indígena, y c) los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena.

<sup>21</sup> El art. 9 señala que se entiende por comunidad indígena a toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) provengan de un mismo tronco familiar, b) reconozcan jefatura tradicional, c) posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) provengan de un mismo poblado antiguo.

Dicha ley además contempla una situación de tratamiento especial en lo que a la inscripción del nombre se refiere, para el caso de los descendientes de la etnia Rapa Nui. El art. 71 señala autoriza a los rapa nui a rectificar su partida de nacimiento: 1) anteponiendo el apellido de la madre al del padre cuando ello tenga por objeto preservar un patronímico de la etnia Rapa Nui o pascuense, 2) rectificando sus apellidos originales rapa nui cuando se les hubiere privado de éstos, cualquiera sea la razón de la privación, y sólo para recuperarlos. El proceso de tramitación de rectificación se efectúa conforme al procedimiento indicado en la Ley de Cambio de Nombres y Apellidos, directamente por el interesado o por su representante legal. Salvo que se trate de la inscripción de un recién nacido, en cuyo caso bastará que el padre y la madre así lo informen al Oficial del Registro Civil sobre la situación, para que éste proceda a anteponer el apellido materno al paterno.

## 6. Situación especial del menor adoptado

Si bien la adopción como modificador de la filiación es objeto de otro capítulo de este informe, no pueden dejarse de lado las implicancias de esta institución en la identidad de los menores. En breve, el art. 26 de la Ley de Adopción de Menores, N° 19.620 (D.O. 05.08.1999), señala que la sentencia que declare la adopción debe ordenar:

1. Que se oficie a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación, los que serán agregados al proceso.
2. Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes. Esta inscripción deberá practicarse a requerimiento de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre. Cuando se acoja la adopción de dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas fuere inferior a doscientos setenta días, la sentencia, al precisar la fecha de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre sus fechas de nacimiento el plazo referido. Lo mismo se hará cuando igual situación se presente entre el o los adoptados y los hijos de los adoptantes, procurando en estos casos que exista la diferencia mínima de edad mencionada. Si la diferencia de edad entre los adoptados o entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, de modo que aparezcan nacidos en el mismo día. En caso de que el menor haya nacido antes del matrimonio de los adoptantes, el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha del nacimiento una que concilie la edad que aparente el menor con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes. Estas normas no se aplicarán cuando los solicitantes hubieren renunciado a la reserva del artículo 28, salvo que hubieren pedido expresamente en la solicitud de adopción que se apliquen. La nueva inscripción de nacimiento del adoptado contendrá las indicaciones que señala el artículo 31 de la ley N° 4.808.
3. Que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad.
4. [...]
5. Que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, a fin de que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos al menor de edad adoptado y se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de éste.

De la lectura de esta norma se colige el interés del legislador por individualizar correctamente al adoptado –solicitando cualquier otro antecedente que permita su identificación–, que éste sea inscrito de acuerdo a su nueva filiación, y la reserva de las modificaciones.

## 7. Situación de los extranjeros e inmigrantes

Las leyes de inmigración (D.F.L. N° 69, de 1953) y extranjería (Decreto Ley N° 1.094, D.O. 19.07.1975) en general están diseñadas pensando en mayores de edad, y se refieren a los menores solo en cuanto familiares de inmigrantes, asociando y vinculando su estatuto jurídico (turista, residente sujeto a contrato, residente estudiante, residente temporario, residente con asilo político, residente oficial e inmigrante) al de sus padres.

El art. 14 del Decreto Ley de Extranjería establece que los padres, guardadores o encargados de un menor de 18 años residente en el país, están obligados a impetrar las prórrogas, visas y permisos que requiera el menor. En caso de no existir ninguna de las personas aludidas, el menor puede permanecer en Chile en la misma condición de residencia de su ingreso, hasta cumplir los 18 años.

El art. 16 N° 4 impide la entrada al menor de 18 años que viaje a Chile sin compañía de su padre, madre o guardador, y carezca de la autorización escrita de uno de ellos o del tribunal competente, debidamente refrendada por la autoridad chilena.

La verificación de la identidad de los trabajadores migratorios y sus familiares se realiza conforme a los procedimientos establecidos en la Convención de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Interesa destacar que “ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo” (art. 21).

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA IDENTIDAD***

En nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce el derecho a la identidad tal como ocurre en legislaciones comparadas. Lo que sí se aprecia es que algunos derechos que están asociados con la identidad de niñas y niños han sido tratados por el constituyente y el legislador, en algunos casos con bastante exhaustividad y en otros con menos entusiasmo. Sobre estos puntos nos referiremos en esta mirada crítica a la normativa de rango superior sobre la identidad de niñas y niños.

En la comunidad internacional se han reconocido al menos seis derechos básicos en lo que a identidad de niñas y niños concierne: el reconocimiento de su personalidad

jurídica; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la no privación arbitraria de la nacionalidad; el derecho a la inscripción de su nacimiento; el derecho al nombre; y el derecho a la propia identidad cultural. La sumatoria de estos y otros derechos pudieran conformar una *legislación sobre la identidad*, o incluso los contornos de un *derecho a la identidad*.

1. *Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*. A pesar de ser un derecho ampliamente reconocido, se aprecian insuficientes resguardos a nivel nacional. Por ejemplo, no se establecen sanciones en caso de desconocimiento, ni acciones legales que permitan su reconocimiento.

2. *Derecho a la nacionalidad*. Este derecho está ampliamente tratado en nuestra normativa, en todos los niveles jurídicos analizados. Especial atención adquiere en este estudio la situación de los hijos de inmigrantes nacidos en territorio nacional, en especial las hipótesis de inmigrantes ilegales, pues todo recién nacido en territorio nacional adquiere la nacionalidad chilena en base al principio del *ius solis*. La Constitución, si bien considera que los nacidos en territorio nacional son chilenos, permite optar por la nacionalidad chilena a los hijos de extranjeros transeúntes<sup>22</sup> que nazcan en Chile y a los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno. En una situación práctica más compleja se encuentran los padres de hijos nacidos en Chile, que ingresaron de manera ilegal a nuestro país. El Estado debiera regular con mayor precisión la manera en que la condición de ilegalidad podría ser superada, facilitando los trámites de regularización.

3. *No privación arbitraria de la nacionalidad*. En este ámbito nuestro ordenamiento sí contempla mecanismos eficientes de protección de este derecho. La Constitución indica en su art. 12 que “la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir por sí, o cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos.” Este recurso especialísimo ante la más alta autoridad judicial nos parece adecuado a la importancia del derecho afectado. Es destacable además que dicho recurso vaya acompañado de una verdadera “orden de no innovar”, lo que tendrá especial importancia cuando el desconocimiento o privación

---

<sup>22</sup> El Informativo M-2 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior señalan los requisitos para optar a la nacionalidad chilena: pueden acceder a la nacionalidad chilena, las personas que habiendo nacido en Chile, tengan la calidad de “Hijo de extranjero transeúntes”. El plazo fatal para solicitar la opción a la nacionalidad es de un año, contado desde que el solicitante cumple los 21 años de edad. Los requisitos son los siguientes: carta dirigida al Jefe Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior, solicitando optar a la nacionalidad chilena; certificado de nacimiento del solicitante N° 10 o Partida de Nacimiento, en el que conste la expresión “Hijo de Extranjero transeúntes”; y fotocopia de la cédula de Identidad si corresponde”. Quien debe dirimir sobre la nacionalidad de los menores nacidos en Chile, es el Jefe del Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior (ver. art. 91 N° 11 del Decreto Ley 1.094). Mayores antecedentes en <<http://www.extranjeria.gov.cl>> (en el mismo sitio se encuentran reguladas distintas solicitudes: Certificado de Nacionalizado y No Nacionalizado; Solicitud de Carta de Nacionalización; Solicitud de Pronunciamiento de Nacionalidad de Extranjero Transeúnte; etc.).

de la nacionalidad conlleva otras consecuencias no deseadas, como la expulsión del país.

4. *Inscripción de su nacimiento.* El legislador ha adoptado una serie de prevenciones para asegurar el cumplimiento de esta inscripción, obligaciones particulares a ciertas personas que deben requerir la inscripción, revisiones ex officio por parte de los Oficiales del Registro Civil, etc. Ahora bien, es lamentable que no se haya dictado un Reglamento más específico y que debiera resolver temas pendientes o fijadas de manera general en el ámbito legal.

Recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico no establece la obligatoriedad de contar con cédula de identidad, no obstante lo cual por su utilidad es indispensable solicitarla en el Registro Civil. Hay un profundo debate en el derecho comparado en cuanto a la conveniencia de establecer registros obligatorios, que en mérito de la extensión de este trabajo no podemos abarcar. Nos limitaremos a señalar que los argumentos centrales de los detractores de la obligatoriedad van básicamente de la mano de una férrea defensa del derecho a la intimidad (en especial en lo que se refiere al Derecho Penal y la posibilidad de contar con bases de datos que se constituyan en elementos probatorios), mientras que, en general los gobiernos argumentan la conveniencia de un conocimiento más detallado de los habitantes de la República, que permita focalizar y controlar mejor los programas y proyectos de atención social (vgr., el Rol Único Tributario es contemplado como pilar del sistema tributario). Hoy en día se suple la ausencia de la Cédula de Identidad de los menores con la exhibición de sus Certificados de Nacimiento.

5. *Derecho al nombre.* Otro derecho ampliamente reconocido, pero con un escaso desarrollo es el derecho al nombre. Si bien la normativa nacional concede amplia libertad al solicitante en cuanto a la elección del nombre con que será inscrito un menor (amén de establecerlo como un requisito esencial de dicha inscripción), la norma es confusa en cuanto a las preferencias y responsabilidades de los solicitantes en la determinación del nombre. Así las cosas, se consagra un sistema en el cual el nombre lo escoge y determina en definitiva la persona que solicita la inscripción.

En la práctica, la madre se encuentra normalmente en una situación de desventaja por cuanto con posterioridad al nacimiento queda en una situación fisiológica que muchas veces le impide realizar esta gestión, quedando en manos de otros familiares la inscripción/elección. Pero no solo la madre puede verse limitada en su derecho a elegir el nombre de su hijo, especialmente en situaciones de paternidad adolescente, suele privarse al padre el ejercicio de este derecho, recayendo en general en los ascendientes de los padres tal determinación.

En cuanto a lo señalado a propósito de la Ley Indígena, no se observan razones para limitar a los integrantes del pueblo rapa nui el beneficio que se les otorga en el citado art. 71.

6. *Derecho a la identidad cultural.* Aparte de lo indicado en la Ley Indígena, el derecho a la identidad cultural no se encuentra suficientemente abordado en la Constitución y en

la legislación nacional. Los especialistas coinciden en que la identidad no se sella y limita en la identificación, sino que abarca muchos más aspectos que la simple inscripción, nacionalidad y nombre del menor. Hablamos de la totalidad de la personalidad de un individuo, como presupuesto de su calidad de persona, y que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, pero además (sin pretender ser un catálogo taxativo y a título meramente ejemplar), sus antecedentes genéticos, el idioma, las costumbres, la cultura, la religión, etc.

En cambio, en la comunidad internacional se aprecia un mayor cuidado por el derecho a la identidad. Por ejemplo, los tratados sobre los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas incluyen normas que reconocen la identidad tanto del sujeto como de la comunidad o colectivo al cual pertenece o con el que se identifica<sup>23</sup>.

En ordenamientos jurídicos comparados se reconoce el derecho a inscribir el nombre indígena conforme a la particular escritura del pueblo que se trate, y no simplemente a la traducción fonética del mismo. Si bien en nuestra legislación nada impide hacerlo, tampoco hay una norma que lo consagre, quedando a criterio del Oficial del Registro Civil representárselo a quien solicite la inscripción del menor, tratando de encasillar dicha situación en alguna de las hipótesis que permiten negarse a la inscripción de un

---

<sup>23</sup> Recuérdese que el art. 20.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que, dentro de los cuidados que deben prestar los Estados a los menores como medidas de protección y asistencia especiales, se contiene la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas a la protección de los menores. Al considerar las soluciones, se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. También su art. 29, al establecer los objetivos de la educación del menor, señala que ésta debe encaminarse a 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 a la suya. Por su parte, el art. 30 complementa lo anterior al decir que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

El art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una norma muy similar al art. 30 de la Convención de Derechos del Niño, pero ahora con vigencia para todas las personas, sin atención a su edad: “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

El art. 12.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El art. 12.4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares destaca la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Además los arts. 45.3 y 45.4 procuran facilitarle a los hijos de trabajadores migrantes el acceso a la enseñanza de su lengua y cultura materna (en asociación con los Estados de origen), para lo cual pueden establecerse planes especiales de enseñanza en lengua materna para dichos menores. Véase además el art. 64.

nombre. A nuestro juicio no cabría en ninguna de ellas, pero es algo que no podemos garantizar.

La identidad cultural, a juicio de algunos, incluye el derecho a conocer la verdad biológica sobre el propio ser. Nuestro ordenamiento consagra medidas para conocer la identidad biológica del adoptado, pero lo hace a medias, solo para los mayores de edad que así lo deseen, y en general está diseñada para mantener en secreto la verdad biológica, en un afán de hacer completamente equiparables las situaciones de hijo biológico o adoptado, fusionando ambas categorías en una única de “hijo” (salvo las limitaciones para contraer matrimonio, y a juicio de algunos penalistas, para ser sujeto del delito de parricidio). Ya mencionamos las adecuaciones que se hacen a los registros (incluidos los registros escolares), en términos de nombres e incluso de edades y fechas de nacimiento, lo que demuestra el interés que pone el legislador en resguardar el secreto de la adopción.

### *C) RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS*

A continuación se propone una serie de medidas encaminadas a perfeccionar la legislación relacionada con la dimensión identidad, tomando en cuenta la compatibilidad de estas propuestas con el desarrollo de un sistema integral de protección de la infancia.

1. Teniendo a la vista las amplias atribuciones que la Ley del Registro Civil entrega a su Director Nacional (arts. 7, 25, 40) y a sus diferentes Subdirecciones, se sugiere una completa reestructuración del sistema registral de los nacimientos, en especial:

a) Aprobación de un nuevo Reglamento Orgánico del Registro Civil, que clarifique aspectos que no han sido del todo desarrollados en la Ley del Registro Civil.

b) Mayor presencia del Registro Civil donde ocurren con más frecuencia los nacimientos, esto es, los hospitales, con la extensión de las Suboficinas que permite la ley.

c) Ampliación del catálogo de obligados a la inscripción al menor, disminuyendo los plazos señalados en la norma, en atención al nivel de desarrollo del país. Se propone discutir la posibilidad de entregar a los facultativos médicos que participan del nacimiento un mayor nivel de responsabilidad en la inscripción del menor.

2. Discutir y aprobar mecanismos jurídicos concretos de protección que contribuyan la eficacia y resguardo oportuno de los derechos consagrados en instrumentos internacionales ratificados por Chile y que atañen a la dimensión identidad – personalidad jurídica, nacionalidad, no privación arbitraria de la nacionalidad, inscripción del nacimiento, derecho al nombre, y derecho a la propia identidad cultural–.

3. Regular los derechos que competen a los padres en la decisión del nombre de sus hijos, garantizando su más completa independencia y autonomía al respecto, incluyendo la determinación del orden de los apellidos, y la escrituración de los mismos conforme a las normas de sintaxis del pueblo al cual se pertenece.
4. Ampliar la norma del art. 71 de la Ley Indígena a todos los pueblos originarios.
5. Analizar la pertinencia de comenzar una discusión sobre el derecho de los adoptados a conocer su verdadera identidad biológica, contemplando mecanismos de ayuda a las familias que deban pasar por este proceso, reconociendo que la reafirmación de la propia identidad debe tener por base la verdad.
6. En pos de contar con mejores registros para efectos asistenciales y de políticas públicas, se debe establecer la obligatoriedad de contar con la Cédula de Identidad.
7. Revisar, precisar y clarificar la situación de los hijos de inmigrantes, su nacionalidad, su estatus migratorio y su inscripción en los registros chilenos. Y en relación con lo anterior, revisar los actuales mecanismos de regularización de la situación de los padres que se encuentran en una situación de ilegalidad.
8. Consagrar el derecho a la identidad cultural, previa delimitación de sus contenidos y estableciendo las garantías, derechos y deberes que sean pertinentes.
9. Creación de una Ley de Protección Integral de los Derechos de los Menores. En este debate bien pueden revisarse cuerpos normativos que han sido aprobados en el derecho comparado<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, los arts. 11 a 13 de la Ley Argentina de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, 21.10.2005) señalan:

Art. 11. DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Artículo 12. GARANTIA ESTATAL DE IDENTIFICACION. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e

## ***D) CONCLUSIONES***

La identidad de niñas y niños de tres meses a diez años de edad ha de ser entendida como una variable central en la configuración de un Sistema de Protección Integral a la Infancia. Tres ámbitos de acción son especialmente relevantes: el reconocimiento normativo del derecho a la identidad, los mecanismos de protección jurídica para proteger las dimensiones de un eventual derecho a la identidad, y el rol del estado en la promoción del derecho a la identidad.

### ***Reconocimiento del derecho a la identidad***

Habiendo revisado la normativa vigente en Chile –en los niveles constitucional, legal y tratados internacionales ratificados por nuestro país–, se puede concluir que el derecho a la identidad como tal no se encuentra expresamente reconocido.

En términos operativos, se ha sostenido que el derecho a la identidad bien puede ser concebido como un derecho esencial de la persona, consistente en el conjunto de cualidades, atributos y rasgos que configuran sus aspectos físicos y su personalidad. Entre las características de la identidad no sólo deben comprenderse los rasgos psicológicos y culturales, sino que además los aspectos biológicos, incluyendo los antecedentes genéticos. Expresiones de la identidad son la nacionalidad, el estado civil, la lengua, la raza, etnia, pueblo o grupo social al cual se pertenece, el género u orientación sexual, la profesión, oficio o actividad, las costumbres y tradiciones, las creencias religiosas, ideologías y pensamientos morales, la imagen y los rasgos físicos (edad, sexo, contextura, etc.), el domicilio, los bienes y artefactos y creaciones propios (incluyendo los comunitarios), etc.

Una recomendación que se puede formular al Consejo consiste en contribuir a perfilar, desde un punto de vista normativo, los contornos del derecho a la identidad. Diversos aspectos que forman parte de la identidad ya han sido abordados tanto por el constituyente como por el legislador. Por ejemplo, el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre (y al cambio de nombre), la libertad religiosa, etc., pero aún persisten temas que requieren mayor reforzamiento en el plano legal, por ejemplo, la

---

inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley.

Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente.

Artículo 13. DERECHO A LA DOCUMENTACION. Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas, tienen derecho a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

consagración del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la identidad de los inmigrantes, etc.

### ***Promoción y protección del derecho a la identidad de niñas y niños***

Si se analizan los distintos elementos que pudieran constituir el derecho a la identidad, es posible advertir que algunos de esos elementos cuentan con suficiente protección normativa, a través de la institucionalidad pública y del establecimiento de mecanismos jurídicos que pueden ser aprovechados para garantizar la vigencia de los derechos asociados a la identidad de un sujeto.

Por ejemplo, el derecho constitucional a la nacionalidad chilena se encuentra protegido a través de una acción especial fijada en el art. 12 de la Constitución; el derecho a la privacidad se encuentra reconocido como garantía constitucional en el art. 19 N° 4, estando el afectado facultado para interponer un recurso de protección en caso de privación, perturbación o amenaza.

Ahora bien, hay elementos que requieren de ajustes normativos en lo que a mecanismos de protección se refiere, por ejemplo, se encuentra en tramitación parlamentaria el proyecto de ley contra la discriminación.

### ***El Rol del Estado en la Promoción del Derecho a la Identidad***

El Estado cumple importantes funciones vinculadas con el derecho a la identidad de las personas. El Registro Civil, por ejemplo, se encuentra encargada de la inscripción de los recién nacidos y de actualizar los registros conforme al desarrollo y opciones de las personas. Al Departamento de Extranjería le corresponde conocer de la situación de los inmigrantes y extranjeros transeúntes. A la CONADI le corresponde reforzar los derechos reconocidos a las comunidades indígenas e indígenas en la Ley N° 19.253. A través del trabajo de FONADIS se ha promovido la integración social de las personas con discapacidad, etc.

Con todo, se sugiere a la Consejo revisar el rol que ha asumido el Estado en lo que a promoción y protección de la identidad de niñas y niños concierne.

### III. APRENDIZAJE

En este capítulo se analiza la normativa vigente que regula políticas, programas y prestaciones que inciden en el proceso de aprendizaje de niñas y niños en Chile. La estructura capitular se ha organizado en torno a las siguientes secciones. En primer lugar se describirán las normas relevantes en este ámbito; en segundo término, se realizará un análisis crítico de la normativa vigente. A partir de estas premisas se efectúa un análisis sobre la coherencia de la legislación revisada, esto es, se analiza la articulación de la normativa en relación con lo dispuesto en los distintos niveles en que se expresa. A continuación se formulan los alcances de fondo sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente, lo cual proporciona juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados, así como de la forma en que esta normativa se traduce en políticas públicas. Posteriormente se da cuenta de las omisiones que han sido detectadas, a propósito de la revisión de los temas más relevantes de la dimensión en cuestión. Por último, se expresan las conclusiones principales a la luz de los análisis realizados, para finalizar con las recomendaciones y propuestas específicas que permitan mejorar la normativa en relación con la dimensión aprendizaje.

#### *A) DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE*

##### ***Normas de rango constitucional***

El acceso a la educación se encuentra consagrado en la Constitución de manera indirecta a partir de lo prescrito en el art. 1° inc. 1°, cuando se señala que “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, en relación con las garantías constitucionales del art. 19 N° 10 y 11 (derecho a la educación y la libertad de enseñanza).

Como lo establecen múltiples tratados internacionales la educación es un derecho fundamental de las personas, respecto del cual nuestra carta fundamental expone que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” (art. 19 N° 10 inc. 1°).

La forma en que más tajantemente queda establecida la importancia que para el constituyente tiene la educación se manifiesta en la obligatoriedad progresiva que se le ha concedido durante nuestra historia a los niveles básico y medio de la educación (art. 19 N° 10 inc. 4°). Al respecto vale recordar que desde 1927 la Educación Básica es Obligatoria y la Educación Media lo es desde la promulgación de la Ley N° 19.876 (2003).

En la Constitución el rol principal se entrega a los padres del menor (art. 19 N° 10 inc. 2°), complementado por el Estado, el cual debe fomentar “el desarrollo de la educación

en todos sus niveles” (art. 19 N° 10 inc. 5°), y establecer los requisitos mínimos de cada uno de los niveles de enseñanza obligatoria (art. 19 N° 11 inc. 5°).

La libertad de enseñanza es uno de los principios rectores establecidos en la carta fundamental, junto con el del acceso a la educación. Son los padres a quienes corresponde el derecho de escoger el establecimiento educacional de sus hijos (art. 19 N° 11 inc. 4°). Sin embargo, respecto de estos principios interesa destacar que de los garantizados en los numerales 10 y 11 del art. 19, sólo la libertad de enseñanza se encuentra amparada por la acción constitucional de Protección fijada en el art. 20 de la CPR.

Ahora bien, indirectamente tanto el derecho como la libertad hallan resguardo en el principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N° 3). Hay que mencionar además que cualquier persona afectada por organismos del Estado puede interponer la acción respectiva en los tribunales, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiere afectar al funcionario causante del daño (art. 38 inc. 2°).

### ***Normas de rango internacional***

La pieza fundamental del orden internacional en esta materia es la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que en lo sustantivo confirma lo prescrito en la Constitución, agregando el derecho/deber de los padres (o, en su caso, los representantes legales del menor), de “guiar al niño en el ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, conforme a la evolución de sus facultades” (art. 14).

La Convención considera dentro de las medidas de protección al menor, su educación (art. 19.1). Del mismo modo, se señala que todos los niños deben disponer de información y orientación en materias educacionales, y acceso a ellas (art. 28.1.d), teniendo como finalidad el desarrollo de las capacidades físicas y mentales del menor, hasta su máximo de posibilidades (art. 29.1.a).

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que reafirma el derecho a la educación, su obligatoriedad y gratuidad en el nivel primario y la facultad paterna en la elección del establecimiento, agrega que serán los padres quienes deben decidir sobre la religión en que se educarán sus hijos (art. 13.3).

Una innovación del Pacto está en su art. 10.1, al señalar que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable de la educación de los hijos a su cargo”, haciendo de esta forma, sujeto especial de protección, al grupo familiar mientras los hijos estén en período de educación.

Finalmente en materia internacional, es destacable la *Convención relativa a la Lucha Contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza* (Decreto N° 764, D.O. 30.11.1971). Ella hace presente lo que debe entenderse como discriminación en

materia de enseñanza, señalando hipótesis específicas de discriminación positiva que pueden adoptar los Estados y que no se entenderán como discriminación en la enseñanza a efectos de la Convención (v. gr., la separación por sexos o religión, y la existencia de establecimientos privados, siempre que no signifiquen exclusión, obligatoriedad o inequidades en el nivel académico), obligaciones para los Estados, y la igualdad de posibilidades y trato en materia de enseñanza (arts. 1° a 3°). Especial atención merece el art. 5° letra c) de la Convención, al señalar el derecho de las minorías nacionales a ejercer actividades docentes propias, emplear y enseñar su propio idioma, siempre que ello no vaya en menoscabo de dichas minorías o de su exclusión del sistema nacional concreto.

Siguiendo en el ámbito de la lucha contra la Discriminación, un gran avance lo constituye la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (Decreto N° 789, D.O. 09.12.1989), que en lo pertinente al tema educación contiene disposiciones que hacen referencia a la igualdad que debe existir entre hombres y mujeres en cuanto a su formación (art. 10°), poniendo especial atención en la mujer inserta en las zonas rurales (art. 14°), como a los derechos que como padres tienen en las decisiones sobre la educación de los hijos en común (art. 5° y 16.1.d).

En materia migratoria, la OIT ha fijado pautas para proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias<sup>25</sup>, garantizando a los hijos de trabajadores migratorios la igualdad de trato y el mismo acceso a la educación que el otorgado a los nacionales, estando prohibidas las limitaciones al acceso y permanencia en la educación de los menores por las condiciones de irregularidad en las que puedan incurrir sus padres.

Para finalizar con la descripción de la normativa internacional es importante destacar que las confirmaciones a las normas y principios antes señalados también se encuentran en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en sus arts. 18.1 y 18.4., y en el Acuerdo de Cooperación Técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2001).

### ***Normas con rango de ley***

El art. 19 N° 11, inc. 2°, de la CPR señala que “una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento”. En consonancia, el legislador ha dictado la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (L.O.C.E., 1990, cuyo texto refundido se encuentra en el D.F.L. N° 1 de 2006). En la LOCE se reafirma el derecho a la educación (art. 2°), el deber del Estado de resguardar la libertad de enseñanza (art. 3°), la distinción entre enseñanza formal e informal (art. 4°). Además establece requisitos

---

<sup>25</sup> Decreto N° 84, del Ministerio de Relaciones Exteriores; Organización Internacional del Trabajo; Naciones Unidas, Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, promulgado el 12 de abril de 2005, publicado en el D.O. el 8 de junio de 2005.

específicos que se deben cumplir a la hora de abordar la enseñanza formal, resguardando el principio de libertad de enseñanza y la sujeción a los organismos de supervigilancia de la educación.

La LOCE viene a desarrollar aún más los principios del derecho a la educación y libertad de enseñanza, estableciendo garantías mínimas a los educandos, fundamentalmente en aspectos que se refieren al *acceso* y la *promoción* de la educación parvularia, técnico-profesional y especial.

La institucionalidad creada para estos efectos es el Ministerio de Educación, que es “la secretaría de Estado encargada de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; asegurar a toda la población el acceso a la educación básica; estimular la investigación científica y tecnológica y la creación artística, y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación” (art. 1° de la Ley N° 18.956, D.O. 08.03.1990). Entre sus organismos más relevantes se cuentan las Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMI), las que deberán “planificar, normar y supervisar el desarrollo del proceso educativo en los establecimientos ubicados en su territorio jurisdiccional, cautelando el cumplimiento de los objetivos y políticas educacionales y su correcta adecuación a las necesidades e intereses regionales. Les corresponderán, además, todas las funciones y atribuciones que las normas legales le otorgan, especialmente en materia técnico-pedagógicas y de inspección y control de subvenciones” (art. 15 de la Ley N° 18.956). Por otra parte, tenemos como actor relevante a la División de Educación General, que “es la unidad técnico-normativa responsable del desarrollo de los niveles de educación pre-básica, básica y media y sus correspondientes modalidades, y de promover el mejoramiento permanente del proceso educativo formal. Estará a cargo del Jefe de la División, a quien le corresponderá dirigir, coordinar y hacer cumplir las funciones de esta unidad” (art. 7°).

En resumen, el ordenamiento jurídico nacional considera un concepto amplio del proceso educativo y sus fines, al tomar como base que se trata de “un 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 [a las personas] para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad” (art. 2° inc. 1° LOCE).

En lo que al grupo erario comprendido entre los tres meses y los diez años de edad interesa, a continuación se abordarán las temáticas más relevantes de la normativa vigente en materia de educación.

## 1. Normativa Común General

En este acápite se hace referencia a las normas que dicen relación con la enseñanza en general, excluyendo por el momento las situaciones especiales de discapacidad, retraso escolar, etc.

En primer lugar, la normativa hace una división en los niveles de educación, atendiendo a la edad de los educandos. De tal forma, es competencia del Ministerio de Educación la distinción entre educación parvularia y educación básica. En cada una de ellas se distinguen los siguientes niveles<sup>26</sup>:

|                      |                                 |                                                                             |
|----------------------|---------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| EDUCACIÓN PARVULARIA | Primer Nivel de Transición      | <i>Cuatro años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i> |
|                      | Segundo Nivel de Transición     | <i>Cinco años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i>  |
| EDUCACIÓN BÁSICA     | Primer año de Enseñanza Básica  | <i>Seis años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i>   |
|                      | Segundo año de Enseñanza Básica | <i>Siete años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i>  |
|                      | Tercer año de Enseñanza Básica  | <i>Ocho años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i>   |
|                      | Cuarto año de Enseñanza Básica  | <i>Nueve años cumplidos al 31 de marzo del año escolar correspondiente</i>  |

Como criterio de orden general, y no obstante el predominio del principio de la libertad de enseñanza, el Ministerio de Educación, en virtud del citado art. 19 N° 11 inc. final, y del art. 1° de la LOCE, fija los programas de estudio, las bases curriculares, los contenidos mínimos obligatorios y los objetivos fundamentales de la educación en Chile. Si bien cada institución puede desarrollar sus propios programas educativos, éstos deben ser acordes con los objetivos fijados por el Ministerio de Educación y aprobados por la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) respectiva.

Dentro de las Bases Curriculares de la Educación Básica es importante mencionar que la asignatura de religión está contemplada dentro del plan de estudio de este nivel educacional, siendo así obligatoria para los establecimientos educacionales que no formen sus propias bases de educación<sup>27</sup>. Así como también se estipula que las prácticas y principios sobre prevención de riesgos son igualmente obligatorios<sup>28</sup>.

Por otra parte, la norma acoge las diferencias entre los contenidos de educación dirigidos a las zonas rurales y a las zonas urbanas, destacándose dentro de las primeras la educación a preservar y manejar los recursos naturales de las respectivas regiones. Por otro lado, los años de duración obligatorios en una u otra zona son diferentes (art. 3° y 4° D.F.L. N° 5.291, D.O. 19.05.1930).

Finalmente, entre las atribuciones del Ministerio de Educación podemos destacar la facultad de dicho órgano de reconocer oficialmente a los establecimientos educacionales según determinados requisitos establecidos en la LOCE (arts. 23,

<sup>26</sup> El Decreto Exento N° 171 ha modificado al Decreto Exento N° 64, de 1992, sobre Edades de Ingreso a Educación Parvularia y Primer Año de Enseñanza Básica (División Jurídica, Ministerio de Educación, 24.02.2005).

<sup>27</sup> El Decreto N° 264, del Ministerio de Educación, aprobó el Programa de Religión para 1° a 8° básico, publicado en el D.O. el 27 de Junio de 1997.

<sup>28</sup> El Decreto N° 14, del Ministerio de Educación, establece normas sobre Prevención de Riesgos, publicado en el D.O. el 8 de Mayo de 1984.

Educación Básica, y 24, Educación Parvularia). También es relevante la atribución que se le confiere para fijar la duración mínima del año escolar, debiendo cada establecimiento determinar las semanas y días correspondientes (art. 19 LOCE), como también las horas semanales obligatorias de educación en cada establecimiento.

## 2. Otros organismos de apoyo

Además de las instituciones mencionadas, existe un conjunto de entidades destinadas a ayudar el trabajo en el sector educación; tales como, los Centros de Diagnóstico y Equipos de Apoyo Psicopedagógicos o Microcentros<sup>29</sup>, la Comisión Nacional de Seguridad Escolar<sup>30</sup>, el Gabinete Técnico de las Escuelas Especiales o Diferenciales del País<sup>31</sup>, los Centros de Padres y Apoderados<sup>32</sup>, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas y sus Juntas Provinciales (Ley N° 15.720, D.O. 01.10.1964).

Como características comunes a todos estos órganos –con excepción de los Centros de Padres y Apoderados–, podemos señalar que se trata de organismos técnicos, multidisciplinarios de apoyo a la labor docente, con un estatuto propio fijado por el Ministerio de Educación, compuesto por especialistas en las más diversas materias, cuyo fin último es adecuar el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje a las características peculiares y específicas de los educandos, su situación física, intelectual o socioeconómica y garantizar su plena integración con el medio que los rodea. En general se trata de especialistas que aportan conocimientos específicos, y que tienen entre sus atribuciones y obligaciones, la mayoría de las veces, deberes de información e integración de la sociedad en su conjunto en el proceso educativo, ya sea sensibilizando o informando sobre ciertos temas, sea fomentando la participación directa de la comunidad nacional, *y de la familia del educando en particular*, en la solución de ciertos problemas del proceso educativo. Entre sus misiones cuentan además con el rol de investigación sobre el perfeccionamiento del propio sistema educativo y la proposición e implementación de mejoras en el mismo. Todos deben regular su accionar a las órdenes de los SEREMI respectivos.

## 3. Subvenciones y Jornada Escolar Completa

Para hacer realidad los principios de gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria establecidos, el Estado otorga subvenciones a los diferentes establecimientos educacionales según se ajusten a los requisitos por él exigidos.

---

<sup>29</sup> Véanse los arts. 1° a 5° del Decreto N° 174, del Ministerio de Educación (D.O. 18.06.1994), sobre criterios técnicos y dependencia de los centros de diagnóstico y equipos de apoyo psicopedagógico o microcentros. .

<sup>30</sup> Véase el art.1° del Decreto N° 283, del Ministerio de Educación (D.O. 20.11.2001), mediante el cual se crea la Comisión Nacional de Seguridad Escolar.

<sup>31</sup> Véase el art. 3° del Decreto N° 363, del Ministerio de Educación (D.O. 20.08.1994), sobre Normas Técnicas para el funcionamiento de los Gabinetes Técnicos de las Escuelas Especiales o Diferenciales del País.

<sup>32</sup> Véanse los arts. 1°, 2° letra e), 3°, 6° y 16 del Decreto N° 565, del Ministerio de Educación (D.O. 08.11.1990), sobre Centros de Padres y Apoderados para los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el MINEDUC.

La subvención tiene por finalidad propender “a crear, mantener y ampliar establecimientos educacionales cuya estructura, personal docente, recursos materiales, medios de enseñanza y demás elementos propios de aquella proporcionen un adecuado ambiente educativo y cultural” (art. 2 del D.F.L. N° 2, D.O. 28.11.1998).

Por tener el carácter de complemento de un derecho constitucional, el beneficio de la subvención está sujeto a ciertos requisitos especificados en el D.F.L. N° 2. Su cobertura se inicia desde el Segundo Nivel de Transición de la Educación Parvularia, pues las niñas y niños en dicho nivel son considerados alumnos para todos los efectos legales (art. 7° del D.F.L. N° 2).

La subvención se puede otorgar también a particulares (art. 23°), los que tienen una obligación muy peculiar y poco conocida: en la matrícula anual, están obligados a informar a los apoderados sobre las alternativas educacionales gratuitas existentes dentro de su comuna (art. 30°).

La subvención se devenga mensualmente y por alumno. Su monto está determinado en la ley para los establecimientos que cumplan con los requisitos mencionados. Ahora bien, hay muchas variantes que influyen en su monto final. Así, a modo de ejemplo, existen incrementos por tratarse de alumnos con discapacidad, por la ubicación del establecimiento y la lejanía de los estudiantes del mismo, o si dichos recintos son también internados, etc.

Vale la pena mencionar las subvenciones especiales otorgadas por refuerzos educativos y desempeños de excelencia (arts. 39 y 40 respectivamente). Otro tipo de subvenciones se otorgan conforme a criterios de pobreza e indigencia (art. 1° del Decreto N° 63, Educación, D.O. 23.03.1992).

En cuanto al *Régimen de Jornada Escolar Completa* (JEC), en 1997 se determinó su establecimiento gradual en el país, de modo que debiera ser total para el año 2010. Para su aplicación debe previamente consultarse a los padres de los alumnos a los que afectará la medida (art. 3° de la Ley N° 19.494, D.O. 25.01.1997)<sup>33</sup>. Este régimen es una extensión, mejoramiento y nueva adecuación de la educación, aplicable a los sectores municipalizados y particulares subvencionados considerados como vulnerables económica y/o educativamente (art. 1.2 de la Ley N° 19.532, D.O. 17.11.1997)<sup>34</sup>, que alcanza desde los estudiantes de tercer año de educación básica hasta la educación media en su totalidad. Hay también causales de exclusión de dicho régimen que son especialmente mencionadas en la ley (art. 1.4 de la Ley N° 19.532), y que dicen relación con buenos resultados académicos.

Hay que tener en cuenta que por este nuevo régimen educacional se reciben nuevas asignaciones, pero en cuanto a su distribución, también hay que hacer algunos

---

<sup>33</sup> La Ley N° 19.494 aplica la jornada escolar completa diurna en establecimientos subvencionados. Al respecto véanse los arts. 1° a 3°.

<sup>34</sup> La Ley N° 19.532 estableció el régimen de jornada escolar completa diurna,

alcances. Se diferencia a los establecimientos ubicados en zonas rurales, pues los alumnos afectos a la Jornada Escolar Completa (JEC) son solo los de primero y segundo año básico, no así a los establecimientos de educación básica especial diferencial, que siguen la regla general de los locales de educación ubicados en sectores urbanos.

Finalmente tenemos otras funciones del Ministerio de Educación encaminadas a apoyar la JEC, proporcionando colaboración especializada a los establecimientos que no pueden elaborar proyectos propios por carencias técnicas (art. 11° de la Ley N° 19.532), o proporcionando medios a establecimientos calificados de “deficitarios” (arts. 4.9 y 5° bis).

#### 4. Infraestructura

Si bien en Chile el organismo encargado de regular las políticas y programas de construcción es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en especial a través de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (L.G.U.C.) y su Ordenanza General (O.G.U.C.)<sup>35</sup>, no es menos cierto que hay normativa particular respecto sobre el tema infraestructura que ameritan ser analizados a propósito del aprendizaje de niñas y niños:

Código del Trabajo: art. 203 “Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales, administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras [...]”, y art. 204 “Cuando se trate de construir o transformar salas cunas, los propietarios de los establecimientos respectivos deberán someter previamente los planos a la aprobación de la comisión técnica del plan nacional de edificaciones escolares del ministerio de educación pública.”

Decreto N° 548 (Educación, D.O. 11.03.1989), sobre planta física de los locales educacionales. Define lo que se entiende por local escolar y hogares estudiantiles, comprendiendo la educación desde su nivel parvulario. Señala los certificados que en materia de infraestructura se requiere para mantener la subvención escolar, poniendo restricciones al emplazamiento y sitios aledaños a un establecimiento educacional, en atención a la seguridad física y moral de los educandos. Se describen detalladamente las condiciones de los recintos y las áreas físicas, de los locales educacionales, haciendo distinciones en los niveles educativos, en atención a sus propias necesidades. Se prohíbe la utilización de ciertos materiales, se describen las estructuras y

---

<sup>35</sup> En términos generales fijan los requisitos que deben contener todas las construcciones del país, los permisos de edificación que se requieren, etc., que son aplicables a los establecimientos educacionales (incluyéndose en la normativa del Ministerio de Vivienda y Urbanismo normas especialmente diseñadas para los establecimientos educacionales. Mayores antecedentes pueden consultarse en el capítulo sobre habitabilidad de este mismo informe.

terminaciones, siempre en atención a la seguridad de los usuarios y sus características específicas. Se garantizan niveles mínimos de luz y temperatura, amén de sitios destinados a las actividades propias de la recreación, todo en referencia no solo a las características de los educandos, sino también en consideración a la zona geográfica donde se ubique el inmueble. Aquí es importante señalar las distinciones que se hacen en la infraestructura de los establecimientos rurales, los cuales, conforme a su plan de estudios especial, deben contar con un terreno destinado a las “actividades de la asignatura de Educación Técnico Manual y Huertos Escolares” (art. 5.1 inc. 2°), señalándose su superficie mínima en relación a la cantidad de alumnos. Se detallan, además, el tamaño de los pizarrones, su distancia con el alumnado, ángulos de visión, y el resto del mobiliario adecuado a la función que en cada lugar se desarrolla (v. gr., mesas, sillas, pupitres, laboratorios, bibliotecas, dormitorios, enfermería, etc.), haciéndose las especificaciones que corresponden en cada tema.

Como se aprecia, el Ministerio de Educación tiene una gran injerencia en el tema de la infraestructura en los locales educacionales. Sin embargo, es importantísimo destacar una prevención contenida en el alcance con que Contraloría General de la República cursó el mencionado Decreto N° 548, y que dice relación con que las normas que en él se contienen no significan en caso alguno el desconocimiento de los requisitos establecidos por la O.G.U.C. respecto de estas materias<sup>36</sup>, de forma tal que ambos preceptos son igualmente obligatorios y sólo se complementan.

## 5. Acceso a la educación de Menores con Situaciones Especiales

Una serie de normativas tienen como común denominador el haber sido diseñadas para garantizar el acceso a la educación de personas que requieren algún nivel de atención especial. En general se trata de menores con alguna discapacidad o con otro tipo de impedimento, y que requieren, en atención a la igualdad de trato que deben recibir por parte de los órganos del Estado, un tratamiento especial y diferenciado en sus vínculos con lo educativo.

Así tenemos disposiciones que recogen situaciones tan variadas como: a) Normas para la Plena Integración Social de Personas con Discapacidad;<sup>37</sup> b) Planes y Programas de Estudio para Personas con Deficiencia Mental<sup>38</sup>; c) Planes y Programas de Estudio para Educandos con Déficit Visual<sup>39</sup>; d) Planes y Programas de Estudio para Alumnos con Trastornos Específicos del Lenguaje<sup>40</sup>; e) Educación de niñas y niños en proceso de

---

<sup>36</sup> Contraloría General de la República. N° 5.294 Cursa con Alcance el Decreto N° 548, de 1988, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (20.02.1989).

<sup>37</sup> Ley N° 19.284 (D.O. 14.01.1994), establece normas para la plena Integración Social de Personas con Discapacidad.

<sup>38</sup> Decreto N° 87, del Ministerio de Educación, Aprueba Planes y Programas de Estudio para Personas con Deficiencia Mental, publicado en el D.O. el 7 de Abril de 1990.

<sup>39</sup> Decreto N° 89, del Ministerio de Educación, Aprueba Planes y Programas de Estudio para Educandos con Déficit Visual, publicado en el D.O. el 6 de abril de 1990.

<sup>40</sup> Decreto N° 1300, del Ministerio de Educación, Aprueba Planes y Programas de Estudios para Alumnos con Trastornos Específicos del Lenguaje, publicado en el D.O. el 11 de enero de 2003.

rehabilitación médico-funcional internados en establecimientos hospitalarios<sup>41</sup>; f) Normas técnico pedagógicas para atender educandos con graves alteraciones en su capacidad de relación y comunicación que alteren su adaptación social, comportamiento y desarrollo individual<sup>42</sup>; y g) Grupos Diferenciales en los Establecimientos Educativos del País<sup>43</sup>.

Pilar fundamental para comprender la lógica del sistema es la Ley N° 19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad, en especial su Capítulo II denominado “Del acceso a la educación”, que comienza precisamente definiendo la Educación Especial, como “la modalidad diferenciada de la educación general, caracterizada por constituir un sistema flexible y dinámico que desarrolla su acción preferentemente en el sistema regular de educación, proveyendo servicios y recursos especializados a las personas con o sin discapacidad, según lo califica esta ley, que presenten necesidades educativas especiales” (art. 26).

Los puntos más relevantes de la definición se resumen en los siguientes puntos: (i) un sistema flexible; (ii) preferentemente en el sistema regular de educación; (iii) con recursos especializados; (iv) para personas *con* o *sin* discapacidad; y (v) lo que lo define son las necesidades educativas especiales.

Su carácter especial, como lo señala el art. 26, no implica necesariamente una segregación dentro del sistema de educación, sino como bien lo aclara el inciso segundo del art. 27, “Cuando la naturaleza y/o grado de la discapacidad, no haga posible la señalada integración a los cursos ordinarios, la enseñanza especial se impartirá en clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional. Sólo excepcionalmente, en los casos en que los equipos del Ministerio de Educación a que se refiere el artículo 28 lo declaren indispensable, la incorporación a la educación se hará en escuelas especiales”.

Esta inspiración recorre la mayoría de las situaciones analizadas en esta dimensión y se traduce en que dentro de los objetivos de la Educación Especial, en cada una de las múltiples y variadas situaciones reguladas, se consigna el esfuerzo que deben realizar los diferentes actores para retornar/derivar al educando al sistema general de enseñanza (art.3 inc. final del Decreto N° 815; art. 13 Decreto N° 87; artículo único del Decreto N° 374, en su mención a los nuevos arts. 25 y 27 inc. 2; Anexo 1 del Decreto N° 89; arts. 1°, 4° y 10.c.2.2 del Decreto N° 1300; y art. 3.c.7 del Decreto N° 363).

La descripción detallada de cada una de las situaciones analizadas excede los límites de este informe, por lo que se reseñarán brevemente las categorías identificables de situaciones especiales y sus características más relevantes.

---

<sup>41</sup> Decreto N° 374, del Ministerio de Educación, complementa el Decreto N° 1, de 1998, publicado en el D.O. el 11 de febrero de 2000.

<sup>42</sup> Decreto N° 815, del Ministerio de Educación, establece Normas Técnico-pedagógicas para atender Educandos con Graves alteraciones en la Capacidad de Relación y Comunicación, publicado en el D.O. el 7 de octubre de 1991.

<sup>43</sup> Decreto N° 291, del Ministerio de Educación, sobre Funcionamiento de Grupos Diferenciales, publicado en el D.O. el 2 de septiembre de 1999.

*Educación Especial para Personas con algún grado de Discapacidad.* Se hace un mayor énfasis en las características particulares del educando y sus debilidades y fortalezas particulares. Se atiende a una variedad de casos y condiciones que hace de la educación cuasi personalizada la opción más utilizada (llegando en el caso del tratamiento educacional de los autistas y aquellos con disfasia severa, a una “proporción inicial profesor alumno de 1:1”, art. 7.a.3, del Decreto N° 815), con equipos multidisciplinarios conformados en torno a la necesidad especial de los menores. Se coloca especial atención en el área de Estimulación Temprana (contemplándose “Niveles” o “Ciclos” de la misma), como un típico caso de medida de prevención terciaria, eso es, “una acción que tiende a disminuir la incidencia y/o gravedad de las incapacidades (discapacidades, limitaciones), consecuencia de una enfermedad o déficit, logrando que los impedimentos funcionales sean los menos posibles.” (Glosario Anexo N°2, del Decreto N° 89). Del mismo modo se tiene presente la importancia de la “Integración”, toda vez que “la Educación Integrada no es un fin en si mismo, pero es uno de los medios qué más directamente puede conducir al niño [...] hacia el logro de condiciones de vida normal. Para esto es necesario que la aplicación de los programas, considerando las lógicas adaptaciones, pretenda conseguir que el alumno discapacitado realice todas las actividades escolares que cumple el alumno común” (Glosario Anexo N°1, del Decreto N° 89). Finalmente cabe destacar el rol que en estas actividades incumbe a los padres en el proceso de identificación de la discapacidad del menor, su proceso educativo y las derivaciones que puedan realizársele.

Si bien es cierto, los derechos que competen a los padres en la educación de sus hijos y las prerrogativas que les otorga el derecho, en ningún lugar como este vemos en la normativa tal nivel de compenetración entre la familia y el proceso educativo. En líneas gruesas, se señala que el proceso de educación especial debe involucrar a todos los actores relevantes en la formación del educando, en virtud de lo cual los padres pasan a tener un rol central y determinante. En múltiples disposiciones se señala la obligación de los docentes y profesionales a cargo de la educación especial, de involucrar a los padres, enseñarles a relacionarse con sus propios hijos, dedicarles parte de sus horas de *docencia* (no simplemente el tiempo de “atención a padres y apoderados” de la educación general), etc. El caso más ilustrativo es el art. 10.b.9 del Decreto N° 1300, que prescribe: “La participación de la familia del alumno es de responsabilidad de la escuela especial de lenguaje y ésta debe involucrarse activamente en el proceso, incluyendo entrevistas, reuniones y programación de visitas con los padres (en el hogar o en los establecimientos educacionales), aplicación de anamnesis, orientación en las actividades de apoyo a realizar en el hogar, realización de talleres de desarrollo de habilidades de la comunicación para padres, realizar escuelas para padres (educación general y formación de monitores), guías para padres, participación en las reuniones técnicas de los profesores, participación en actividades del Gabinete Técnico, entre otras”. También en el Decreto N° 1300 se contiene la norma más estricta en cuanto a las autorizaciones que son facultativas para los padres y que pueden llegar a ser determinantes a la hora elegir y diagnosticar el mejor camino para el educando, así: “Sólo se podrá efectuar una evaluación fonoaudiológica con el consentimiento escrito del padre, la madre o el apoderado. Así mismo, se deberá informar por escrito a la

familia acerca de los resultados de la evaluación, describiendo el problema de manera entendible para ellos y con recomendaciones acerca de las opciones disponibles.”

En cuanto al rol de los padres en el egreso de los menores, o su traslado a la educación general, dos normas llaman la atención: el art. 10.c.4 del Decreto N° 1300 señala que “La familia debe ser parte del proceso de toma de dediciones acerca del egreso de los niños y niñas”; y el art. 13 del Decreto N° 87, cuando prescribe que “los alumnos que estén en condiciones de integrarse a la educación común, previo acuerdo con los padres y apoderados, serán derivados con un certificado emitido por el establecimiento de origen que indique el curso al cual debieran ser incorporados”.

*Educación Especial para Personas con Problemas de Aprendizaje que no se asocian a Discapacidad alguna.* Se trata aquí de una norma que pretende regular la nivelación académica al interior del sistema de educación general, en el entendido que el retraso en la educación de estos sujetos no se asocia a algún grado de discapacidad o a alguna forma de retraso mental, sino que presentan Necesidades Educativas Especiales, pues se observan “problemas de aprendizaje y/o de adaptación escolar, ya sean, de carácter transitorio o permanente” (art. 1° del Decreto N° 291). Así, “los alumnos con necesidades educativas especiales no asociadas a discapacidad, recibirán apoyo pedagógico específico, en forma individual o en pequeños grupos de hasta 5 alumnos, por un período de tres horas pedagógicas semanales” (art. 4).

*Educación Especial para Personas con más de 3 meses de Hospitalización.* Aquí el supuesto es más específico aún, pues no se trata ni de alumnos con algún tipo de discapacidad, ni tampoco con problemas de aprendizaje, sino de la situación, coyuntural o no, de verse imposibilitados de asistir a un establecimiento educacional, con motivo de su permanencia prolongada en un recinto hospitalario. El Decreto N° 374 –en su art. único letra b, en relación con el nuevo art. 26–, señala dos posibles alternativas para estos menores: (i) la creación de una escuela básica especial en el respectivo recinto hospitalario; o (ii) la creación de un aula hospitalaria de educación básica especial, dependiente de un establecimiento educacional cercano al recinto hospitalario de que se trate. Para poder acceder a esta educación especial, amén de los requisitos de constitución de cualquiera de las dos alternativas señaladas (que es de cargo de quien pretenda sostener el establecimiento educacional), solo hay dos condiciones: (i) que deban permanecer internados en un recinto hospitalario por más de 3 meses; y (ii) que pertenezcan al nivel Básico de Educación.

*Situación Particular de la Ley Indígena* (D.O. 05.10.1993). Dentro de los párrafos titulados, “Del reconocimiento, respeto y protección de las cultura indígenas”, y “De la Educación Indígena” de la Ley, se contienen normas relevantes en cuanto a derechos específicamente garantizados a los pueblos originarios, en orden a fomentar su cultura e identidad en la siguiente forma:

- Uso y conservación de los idiomas indígenas, en las áreas de alta densidad indígena;
- Establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las

culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente; será labor de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en coordinación con el Ministerio de Educación), promover planes y programas de fomento de las culturas indígenas.

- La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global.
- La ley de presupuestos del sector público considerará recursos especiales para el Ministerio de Educación destinados a satisfacer un programa de becas indígenas. En su confección, orientación global y en el proceso de selección de los beneficiarios, deberá considerarse la participación de la Corporación.
- Cuando se constituya una Asociación Indígena se tendrá que exponer en forma precisa y determinada su objetivo, el que podrá ser, entre otros, el desarrollo de actividades educativas y culturales.
- Será función de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación.

#### 6. No discriminación por motivos de salud.

En este tema aparecen normas contra la discriminación en el ámbito de la salud, especialmente el derecho de educación no puede verse impedido en relación con el ingreso, permanencia o promoción a un establecimiento educacional, por la razón de ser portador o víctima del Virus de Inmuno Deficiencia Humana. Tampoco se permite la colocación como requisito de ingreso a algún establecimiento educacional de la petición de realizarse exámenes previos. El incumplimiento de todo lo dicho anteriormente y otras materias en general relacionadas con el tema, está sancionado en la Ley N° 19.779 (D.O. 24.12.2001), sobre Virus Inmuno Deficiencia Humana.

#### 7. Asignaciones a profesores, otras corporaciones o grupos.

En atención a que la educación es un derecho de todas las personas (art. 19 N° 10 CPR; art. 2 inc. 2° LOCE), y que es deber del Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles (art. 19 N° 10 inc. 5° CPR), se recurre al financiamiento por parte del Estado de una serie de beneficios económicos en pos de una mejora en el nivel y acceso a la educación. En particular nos referiremos a dos tipos de asignaciones:

- Asignaciones entregadas a profesores: se estipula que dichas asignaciones tienen como fin el fortalecimiento de la calidad de la educación, como también el crecimiento de mejoramiento de la calidad de los docentes que imparten la educación en nuestro país. Entre estas asignaciones destacan: 1) asignación por logros de aprendizaje en comunicaciones verbales, para los educadores de párvulos de Jardines de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Ley N° 19.882, sobre Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos, D.O. 23.06.2003);

- 2) nueva remuneración mínima para los profesores de educación básica y media (Ley N° 19.715, sobre Mejoramiento Especial de Remuneraciones para Profesionales de la Educación, D.O. 31.01.2001); 3) Red de Maestros de maestros y otorgamiento de Asignaciones de Excelencia (D.F.L. N° 1, sobre Asignación de Excelencia Pedagógica y Red de Maestros, D.O. 12.03.2002); y 4) Beca de Capacitación para Monitores de Talleres de Aprendizaje, encargados de alumnos con retraso escolar (Decreto N° 111, Educación, D.O. 17.04.2003).
- Asignaciones otorgadas por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura para menores, especialmente para los que vieron, por el hecho de su detención, interrumpidos sus estudios (Ley N° 19.992, D.O. 24.12.2004).

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE***

### ***Aclaraciones conceptuales***

Una comprensión adecuada del análisis de la dimensión aprendizaje requiere fijar el contexto y factores relevantes (sociales, políticos, económicos y culturales) que puedan estar incidiendo en su desarrollo y que no estén adecuadamente recogidos por la normativa vigente. Por ello, ha parecido prudente incluir cuatro consideraciones básicas de relevancia para el grupo etario bajo análisis, a saber, los niños desde los tres meses hasta los diez años de edad.

Dichas consideraciones, a partir de las cuales se ha realizado este análisis, se han agrupado en torno a cuatro temas: 1) concepción integral de la infancia; 2) educación y cuidado para la infancia temprana; 3) importancia de la noción de cuidado; y 4) características y desafíos de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile.

#### **1. Concepción integral de la infancia.**

En primer lugar, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 (CDN), se genera un proceso con alcance mundial de progresiva instalación de una perspectiva de derechos para la infancia. De esta forma, la CDN constituye un enorme avance en materia de derechos humanos, pues instala a las/os niñas/os en el debate público y, más lentamente en la práctica, como un nuevo actor social relevante. Las/os niñas/os comienzan a ser comprendidos como sujetos de derechos, como personas en proceso de maduración, crecimiento y desarrollo, desplazando así la visión tradicional que los/as concebía meramente como objeto de intervención.

Sin embargo, a más de una década de la aprobación de la CDN, su implementación a nivel mundial ha sido lenta y dificultosa. Así lo advierte el estudio sobre Desarrollo Infantil Temprano y Derechos del Niño realizado por UNICEF en el año 2004. En él se consigna que de todos los ámbitos de atención a la infancia los más priorizados han sido aquellos de fácil medición, mientras que otros menos cuantificables han quedado rezagados.

Los aspectos más enfatizados en el proceso de implementación de la CDN dicen relación con la satisfacción de necesidades básicas que permiten una vida saludable. En este sentido se toman en cuenta los indicadores de nutrición, mortalidad infantil y se realizan los diagnósticos sobre infancia en función de la evolución de esos indicadores.

Sin desmerecer la importancia de las dimensiones mencionadas, se ha constatado que el desarrollo de los aspectos mentales, sociales, afectivos y espirituales no ha sido explorado con la misma profundidad en la medida en que la cuantificación y medición de su evolución han resultado más complicadas. Debido a estas dificultades, existe poca información acerca de la situación de la infancia a nivel mundial, especialmente del segmento entre 0 y 3 años, o bien, se presenta de manera muy limitada.

Sin embargo, algunas dimensiones del desarrollo de niñas y niños han sido evaluadas para determinar la importancia de la estimulación durante los primeros años de vida<sup>44</sup>. Según el mismo estudio de la UNICEF el período entre los 0 y 3 años es determinante para el futuro del menor. Allí se establecen las bases de su desarrollo intelectual, emocional, físico/inmunológico, afectivo y social. Por lo demás, en esta etapa ocurren procesos neurológicos y fisiológicos que configuran las conexiones y funciones cerebrales que permitirán el desarrollo adecuado de estos procesos. Es por ello que las estimulaciones que reciban niñas y niños durante esta etapa son fundamentales para alcanzar mejores niveles de desarrollo en la adultez.

El reconocimiento de la importancia de los primeros años de vida en el desarrollo futuro de las personas y la inclusión de la perspectiva de derechos en el tratamiento de la infancia exige revisar la adecuación de la normativa así como las estrategias y políticas de atención a niñas y niños durante esta etapa. Así se podrá evaluar si los servicios ofrecidos para este grupo social se encuentran en sintonía con los principios de la CDN.

Como resultado, los especialistas de distintos ámbitos han convenido en apuntar hacia una *visión integral de la infancia*, en donde el cuidado no solo contemple la protección y seguridad de niñas y niños, sino también la entrega de un ambiente apropiado para el desarrollo en todas sus dimensiones: salud (mediante la provisión de nutrientes y alimentación adecuados), educación (mediante adecuada estimulación, generación de hábitos y juegos), comunicación (mediante la socialización), y afectos (proporcionando apoyo y dedicación).

En este sentido se plantea que la atención de niñas y niños pequeños debe pensarse como un conjunto en el que se contemple tanto la educación como el cuidado. La finalidad es precisamente lograr esa visión integral de la infancia. Para ello, se señala que hay que penetrar los factores culturales que limitan el uso del sistema formal de educación y cuidado infantil, así como ampliar las fronteras en la capacitación de los profesionales del sector para que se sensibilicen mejor con los temas de la comunidad

---

<sup>44</sup> Durante la década de los sesenta, en Estados Unidos se realizaron estudios longitudinales que han contribuido enormemente a la justificación de la importancia de la atención a la infancia temprana, incentivando la educación preescolar o inicial.

de donde provienen las niñas y niños y la realidad de las familias, en especial de las madres.

Pese a esta conciencia, las necesidades de la infancia no siempre son prioritarias. El diseño e implementación de la normativa queda sujeto, en muchas ocasiones, a una serie de factores ajenos al “interés superior del niño”. En términos concretos, este principio central de la CDN ha adquirido connotaciones distintas según el contexto de que se trate. Para algunos, se traduce en la participación activa de la familia y la comunidad en la crianza y educación de niñas y niños. Para otros, en cambio, son las instancias de educación formal quienes deben reemplazar a la familia en el desempeño de estas funciones.

Tomando en cuenta los antecedentes antes planteados, surge la pregunta sobre cómo incorporar adecuadamente las relaciones niña/o-familia en la normativa, otorgándole a cada actor el papel que le corresponde. Para ello no hay que olvidar que las posibilidades de que niñas y niños puedan constituirse en sujetos de derechos, y en consecuencia, de ejercer ciudadanía social, excede con mucho las posibilidades existentes al interior de las familias, cada vez más tensionadas por conciliar el mundo laboral y familiar. El desafío radica en compatibilizar e integrar las necesidades de supervivencia y trabajo de las familias (en especial de la mujer madre) con el derecho de los menores a recibir cuidado y educación adecuados durante su infancia.

## 2. Educación y cuidado para la infancia temprana (ECEC).

Frente a la necesidad de mejorar las provisiones de cuidado de la infancia temprana y de promover la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el mercado laboral para facilitar la reconciliación entre la vida familiar y laboral, el informe de la OECD “*Starting Strong*”, aborda el tema de manera más amplia y con un carácter holístico<sup>45</sup>. Para ello toman en consideración cómo las políticas, los servicios, las familias y las comunidades apoyan el desarrollo temprano de la infancia y su aprendizaje. Como resultado, se ha comenzado a utilizar el término de *educación y cuidado* para la infancia temprana (*Early Childhood Education and Care*), conocido a través de sus siglas en inglés como ECEC. Esta noción considera todos los tipos de provisión de cuidado y educación para los/as niños/as que no tienen edad para asistir en forma obligatoria a establecimientos educacionales, independientemente del lugar, del tipo o modos de financiamiento, de los horarios y contenidos de programas en que se ofrezca el servicio. Siguiendo esta definición, la infancia temprana es considerada desde el nacimiento hasta los ocho años de edad (OECD, 2001).

De modo muy especial este marco de análisis refleja el creciente consenso de los países de la OECD acerca de que “cuidado” y “educación” son conceptos inseparables, en tanto que la calidad de los servicios que se ofrecen para los/as niños/as necesariamente involucran ambas dimensiones<sup>46</sup>. Complementariamente, el uso del

---

<sup>45</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): *Starting Strong*, 2001.

<sup>46</sup> En algunos países, sin embargo, aparece la distinción entre “*child care*” y “*early education*”. La primera se refiere a los cuidados que se proporcionan a los/as niños/as mientras los padres trabajan,

término ECEC permite una aproximación coherente e integrada de las políticas y provisiones que involucran a todos los/as niños/as y a todos los padres, independientemente de su condición de empleo o nivel socioeconómico. Esta aproximación reconoce también que todo tipo de modalidades o arreglos puede contemplar un amplio rango de objetivos, dentro de los que se incluyen los referidos al cuidado, el aprendizaje y el bienestar social.

Tomando la ECEC como marco de análisis, los países de la OECD han iniciado un proceso de revisión de sus políticas de educación y cuidado para la infancia temprana, focalizándose en el tipo de provisión más organizada, a saber, aquella ofrecida en centros de cuidado (incluyendo las escuelas) y en los hogares de cuidado diario. Esta revisión se ha concentrado menos en las modalidades de tipo informal, proporcionadas por amigos y parientes, debido a las dificultades para disponer de información al respecto.

Los análisis comparativos internacionales entre los países de la OECD permiten constatar algunas tendencias presentes, en mayor o menor grado, en la formulación e implementación de las políticas de educación y cuidado para la infancia temprana<sup>47</sup>: a) la expansión de la provisión hacia el logro del acceso universal; b) el aumento de la calidad de la provisión; c) la promoción de coherencia y coordinación de las políticas y los servicios; d) la exploración de estrategias que aseguren una adecuada inversión en el sistema; e) el mejoramiento de la capacitación de los cuerpos técnicos y las condiciones de trabajo en que ellos se desenvuelven; f) el desarrollo de marcos pedagógicos adecuados para el trabajo con los/as niños/as; y g) la participación y compromiso de los padres, familias y comunidades.

Estas tendencias representan justamente la necesidad de promover y ofrecer la atención integral de la infancia temprana mencionada con anterioridad. Es importante destacar que la génesis de la normativa, y en consecuencia las políticas sociales dirigidas al sector, se desarrolla en estrecha relación con el contexto social de cada país. El vínculo de las políticas con la realidad social se produce principalmente en dos sentidos: a través de la realidad que está llamada a transformar y a través de su dependencia de las condiciones políticas imperantes, la que puede producir una transformación en la manera de enfocar un mismo problema.

### 3. Importancia de la noción de cuidado.

Se entiende por *cuidado* la acción de ayudar a un niño o persona dependiente en el desarrollo y el bienestar de su vida cotidiana. Por tanto, la noción de cuidado implica

---

y la segunda dice relación con la ampliación del desarrollo infantil y la preparación para la entrada al sistema educacional formal. Sin embargo, en la práctica esta división no es muy clara, en tanto existen oportunidades de aprender en establecimientos denominados de “cuidado”, al tiempo que establecimientos “educacionales” también se ocupan del cuidado de los/as niños/as.

<sup>47</sup> Son miembros originales de la OECD países como Austria, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos. Se han sumado además como miembros Japón, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, México, República Checa, Hungría, Polonia, Corea y Eslovaquia.

hacerse cargo del cuidado material que implica un trabajo, del cuidado económico que implica un costo, y del cuidado psicológico que implica un vínculo afectivo.

El cuidado puede ser realizado de manera honoraria o benéfica por parientes en el marco de la familia, o de manera remunerada al interior o fuera del ámbito familiar. La naturaleza de la actividad dependerá del espacio en que sea realizado (la familia o fuera de ella) y de si se percibe remuneración por el servicio. En cualquier caso, la actividad de cuidado ha estado marcada por un prejuicio de género sustentado por la creencia de que las mujeres contarían con una dotación natural para realizar este tipo de tareas.

Adicionalmente es importante destacar la existencia de tres dilemas básicos en relación con el tema de los cuidados:

a) *El carácter público o privado de la responsabilidad del cuidado*: la calidad del cuidado que se proporciona guarda estrecha relación con las condiciones en que es ofrecido. Al respecto, interesa conocer si los receptores de cuidado reciben la atención que merecen, en el entorno que eligen y con el tiempo que requieren. Al mismo tiempo, implica saber si los proveedores de cuidado cuentan con tiempo suficiente para realizar tal actividad y si se encuentran adecuadamente equipados para ello. Para asegurar tales condiciones a unos y otros sujetos involucrados cabe preguntarse por las responsabilidades estatales en la protección de los ciudadanos más débiles.

b) *Las características remuneradas o no remuneradas de la actividad de cuidar*: dado que la manera de alcanzar autonomía y, en consecuencia, de convertirse en ciudadano pleno, está íntimamente vinculada a la capacidad de generar ingreso propio, a las mujeres se les presentan serios problemas para lograr tal condición en igualdad de condiciones que los hombres. Ello se explica por el carácter no remunerado o mal remunerado de los trabajos vinculados al cuidado y las responsabilidades familiares. Estas actividades definen el rol que se espera que las mujeres desempeñen en la sociedad y, al mismo tiempo, por medio de ellas se construye la identidad genérica de las mujeres.

c) *Las características de dependencia-independencia del cuidado*: en el marco de las definiciones de ciudadanía el cuidado es asociado con una forma de dependencia. En función de ello se revela cómo tanto proveedores como receptores de cuidado confrontan serios problemas para alcanzar estándares de autonomía personal, en la medida en que el accionar de unos y otros está sujeto a lo que cuidadores y proveedores económicos determinen. Sin embargo, la condición de dependencia es una situación por la que ha de atravesar todo ser humano en más de una etapa de su vida, independientemente de su sexo o condición socioeconómica. En consecuencia, la relación entre autonomía-dependencia-ciudadanía es mucho más compleja de lo que a simple vista parece.

En definitiva, se plantea la necesidad de incorporar una nueva perspectiva en el análisis de las necesidades de cuidado y responsabilidades domésticas y su valoración social. Comenzar a tratarlo como un problema social implicaría, primero que todo, el

reconocimiento de la importancia de los cuidados y las responsabilidades domésticas para la sociedad. Se trata entonces de “desprivatizarlo”, dejar de considerarlo un problema individual, de competencia estrictamente privada para convertirlo en objeto de discusión en el plano de la esfera pública. De este modo podrán ponerse en cuestión la repartición de las responsabilidades de cuidado entre las diversas instituciones sociales, a saber, el Estado, la familia, el mercado de trabajo y el tercer sector.

Finalmente, cabe destacar que las diferentes estrategias de cuidado pueden resultar en impactos sociales y económicos diferenciados. Un ejemplo obvio, examinado suficientemente por una gran cantidad de estudios, es el caso del impacto de los servicios de cuidado sobre el empleo y las oportunidades en general de las mujeres. Este punto se tratará más extensamente en el capítulo sobre la dimensión trabajo.

En el caso de Chile –y en la situación particular de este proyecto– esta consideración tiene importancia particular dado que en relación con la situación socioeconómica de la población infantil se observa una disminución significativamente mayor de los niveles de pobreza e indigencia en relación con la población adulta para el periodo 1990-2000. Una tendencia similar se constata al interior de la población infantil para todos los grupos de edad, registrándose una baja levemente más pronunciada en el grupo de dos a cinco años<sup>48</sup>. A pesar de esta disminución, persiste la tendencia de mayores niveles de pobreza en los niños preescolares que en los adolescentes. Particularmente, en el grupo entre 0-1 año se registra la mayor incidencia de pobreza en relación con el resto de los tramos de edades en que se clasifica la población infantil<sup>49</sup>.

#### 4. Características y desafíos de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile.

Las características de la oferta y la demanda actual de los servicios de cuidado infantil en Chile obedecen a un tipo de modelo de predominio de máxima responsabilidad privada. Conforme dicho modelo las políticas de apoyo al cuidado y la educación infantil se plantean como soluciones fundamentalmente a nivel privado y familiar. La familia es la que decide el cuidado de los/as niños/as y escoge la organización encargada de la provisión de este servicio a través de los mecanismos de mercado. El acceso a este esquema está determinado, fundamentalmente, por el ingreso del hogar y los valores culturales de los padres<sup>50</sup>.

No es de extrañar entonces la existencia de un fuerte predominio del cuidado informal que atraviesa todos los sectores de la sociedad chilena. La amplitud de su uso se explica por los problemas de cobertura de la oferta y/o sus altos costos, por las tensiones entre el rol materno y el rol laboral, así como factores culturales. Dentro del cuidado informal el tipo de cuidado infantil más utilizado, sin distinciones significativas

---

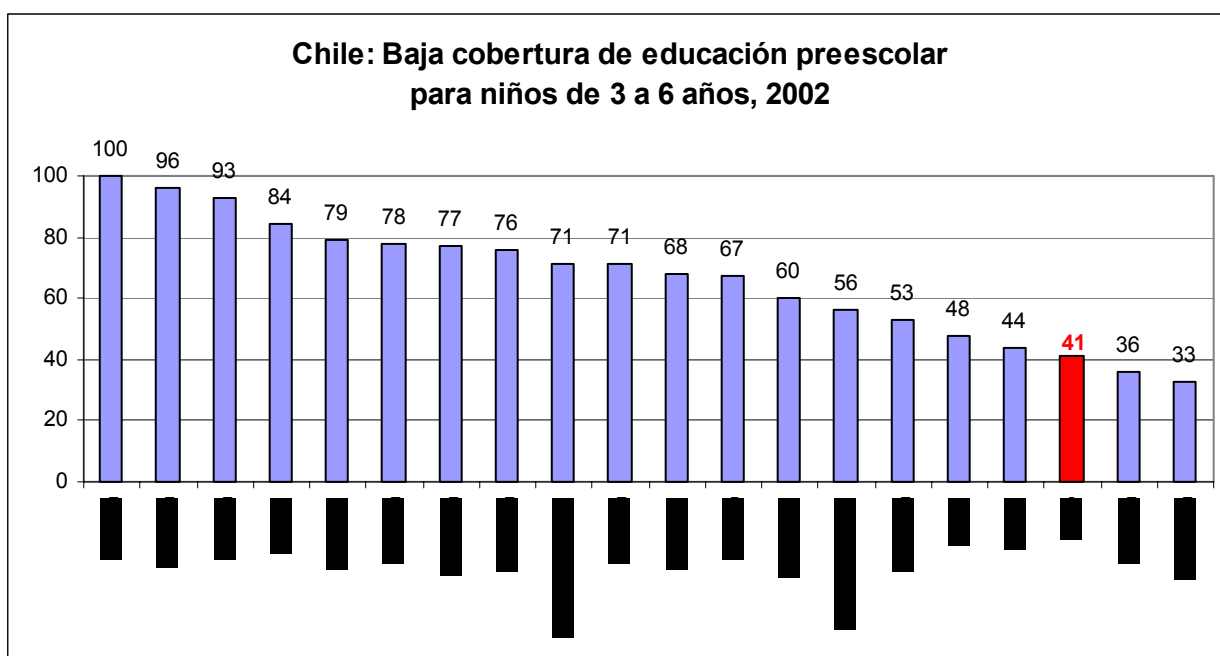
<sup>48</sup> MIDEPLAN: *Situación de la infancia en Chile*, Documento No. 10, abril 2002, p. 18.

<sup>49</sup> Los tramos de edades en que se divide la población infantil son los siguientes: 0-1, 2-5, 6-12 y 13-18. MIDEPLAN: *Situación de la infancia en Chile*, Documento No. 10, abril 2002, p. 9.

<sup>50</sup> Para mayor detalle consultar ACOSTA, Elaine, PERTICARA, Marcela: *Participación laboral femenina y cuidado infantil*. BID-DIPRES.

entre edades y niveles de ingreso, es el proporcionado directamente por la madre. Después de la madre, las redes informales basadas en la reciprocidad constituyen los proveedores de cuidado más importantes. Son los familiares o vecinos, sin mediación de pago, los que aparecen como el segundo tipo de cuidado más utilizado en los hogares chilenos, pero en una proporción bastante inferior a la obtenida por la madre.

En relación con la oferta es posible afirmar que se caracteriza por ser insuficiente en términos de cobertura, poco flexible y desajustada de la realidad de participación creciente de la mujer en el mercado laboral. La poca disponibilidad de lugares de cuidado y educación cercanos al domicilio, problemas de movilización, económicos y de salud son algunos de las limitaciones o dificultades que presenta la oferta. Sin embargo, las razones de mayor peso para no asistir a un establecimiento educacional, en el caso de los niños que no tienen obligación de hacerlo, se relacionan más con la demanda que con la oferta.



Fuente: Montt, et. al. "Potenciar el talento de nuestros niños". Elaboración a partir de datos de UNESCO (2001)

En Chile, prácticamente la totalidad de niñas y niños entre 0 y 3 años no asiste a ningún tipo de establecimiento escolar, sin que se reporten diferencias significativas entre quintiles de ingreso. Esta situación pudiera estar anticipando que la no asistencia a establecimientos educacionales en estas edades no es atribuible, exclusiva y fundamentalmente, a un problema en la oferta y cobertura de los servicios de educación y cuidado infantil.

**No asistencia a establecimiento escolar de los niños/os menores de seis años, según quintil de ingreso (CASEN, 2003)**

| Quintil de ingreso familiar | NIÑOS/AS (%) |     |     |     |     |     |
|-----------------------------|--------------|-----|-----|-----|-----|-----|
|                             | 0-1          | 1-2 | 2-3 | 3-4 | 4-5 | 5-6 |
| 1                           | 99           | 98  | 91  | 76  | 56  | 30  |
| 2                           | 100          | 98  | 90  | 75  | 54  | 21  |
| 3                           | 98           | 94  | 88  | 73  | 47  | 23  |
| 4                           | 99           | 91  | 91  | 73  | 45  | 18  |
| 5                           | 95           | 90  | 74  | 58  | 25  | 11  |
| Total                       | 99           | 96  | 88  | 73  | 48  | 22  |

Es a partir de los tres años cuando se produce un ligero aumento de la asistencia de niño/as a establecimientos escolares. En estas edades comienzan a verificarse diferencias en la asistencia dependiendo del quintil de ingreso. En los quintiles más altos se registran los porcentajes mayores de asistencia a establecimientos escolares.

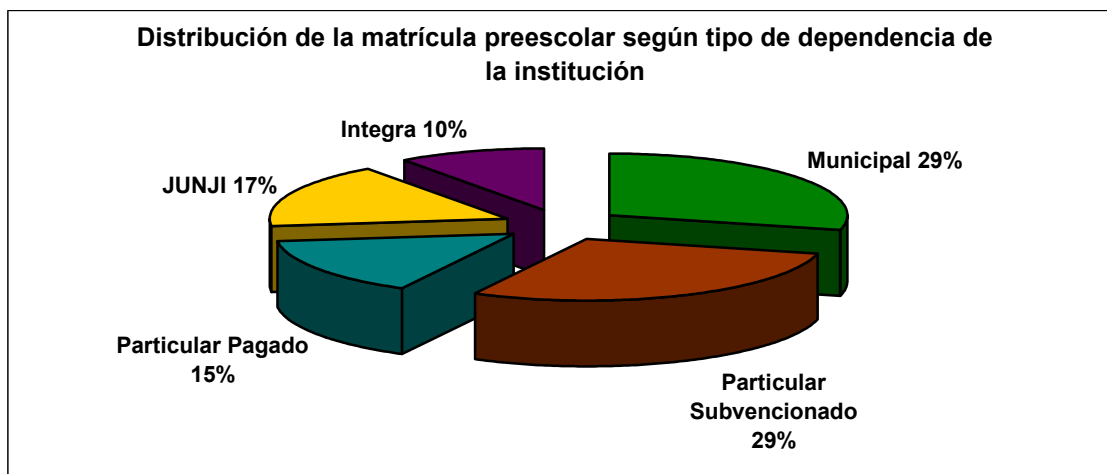
En resumen, las razones de no asistencia a un establecimiento educacional aparecen más relacionadas con la demanda que con la oferta y este comportamiento ha sido muy similar desde 1990. Sin embargo, se registra un aumento de las razones relacionados con la oferta, lo que podría estar indicando una mayor necesidad y uso de los servicios de educación y cuidado infantil, lo que es coherente con el aumento de la participación laboral femenina en el mismo periodo. Al mismo tiempo podría estar anticipando un cambio cultural en la valoración positiva de la educación preescolar.

Existen pocos puntos de consenso en relación con la evaluación de la calidad de la educación y el cuidado infantil, encontrándose escasa evidencia sobre la calidad de la oferta. Los expertos no han logrado acuerdo sobre las bases teóricas a partir de las cuales diseñar y generar las mediciones, particularmente de las modalidades no convencionales. No obstante, se consideran como mínimos indispensables para medir la calidad de los servicios de educación y el cuidado infantil los siguientes indicadores; a) el rol del agente educativo; b) el ambiente educativo orientado a una función social de protección, participación y educación, y c) la educación flexible con currículos pertinentes<sup>51</sup>.

La oferta pública de cuidado y educación inicial para la infancia temprana responde a las prioridades de las políticas públicas focalizadas en la atención de los niños/as de

<sup>51</sup> En relación a mediciones internacionales, Chile tampoco han participado de la prueba internacional de medición de Calidad de Educación Preescolar, desarrollada por la *International Association for the Evaluation of Educational Achievement* (IEA). La prueba, conocida como PPP (*Pre-Primary Project*), consiste en un estudio longitudinal que explora la calidad de vida de niños/as de edad preescolar en los diversos ambientes de cuidado y educación provistos para ellos, considerando las distintas modalidades y programas, así como espacios institucionales en que se desarrollan. De esa forma, la prueba considera cómo los distintos ambientes afectan el desarrollo de las/os niñas/os.

escasos recursos entre cuatro y seis años. En función del logro de estos objetivos, los proveedores han tenido que flexibilizar su oferta, a través de la inclusión de modalidades no convencionales, compensando la escasez de cobertura y la creciente demanda. En este punto vale aclarar que en el marco del proceso de descentralización, el Estado chileno financia cuatro tipos de administración de establecimientos que ofrecen servicios de educación y cuidado infantil: 1) la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), 2) la Fundación Integra, 3) los jardines municipales, y 4) los jardines particulares subvencionados. La distribución de la matrícula que atiende cada tipo de proveedor puede apreciarse en el siguiente gráfico.



Fuente: Montt y et. al. "Potenciar el talento de nuestros niños". Elaborada a partir de datos MIDEPLAN, CASEN 2003

A pesar que el panorama respecto de la cobertura es más alentador en la educación básica, se han constatado cuatro áreas oscuras: 1) el nivel de aprendizaje, 2) la equidad, 3) la formación de profesores, y 4) la gestión educacional. En efecto, todavía no se advierte un mejoramiento persistente y substancial en el nivel de aprendizaje y las diferencias de equidad siguen siendo muy fuertes. Los resultados son claramente diferentes entre el sector privado y el sector municipal en las pruebas que miden la calidad educativa. La inversión total de recursos entre un sector y otro tiende a agudizarse, a favor de los estudiantes de colegios particulares: el gasto total, esto es, sumado el gasto público y el privado, es alrededor de cinco veces más en las escuelas pagadas, en comparación con las escuelas de las municipalidades pobres.

Ciertamente, los profesores y los técnicos no han logrado encontrar y aplicar respuestas metodológicas efectivas para resolver los déficits de aprendizaje, que arrastra casi estructuralmente el sector de la educación municipal. La gestión escolar, tanto en el establecimiento como en los niveles municipales y regionales, es notoriamente de bajo perfil técnico y profesional. Esta afirmación es más nítida cuánto más pobre sea la comuna en que se ubican los colegios y escuelas.

Obviamente el mejoramiento de la educación es una tarea compleja y de largo plazo. Países que han emprendido procesos semejantes han demorado veinticinco años. Por tanto, lo fundamental es definir prioridades estratégicas e incorporar las transformaciones necesarias que hagan posible eliminar los obstáculos que presenta el actual sistema.

En resumen, las lecciones que se extraen de la experiencia internacional y del análisis de la situación en Chile permiten contar con un diagnóstico más claro respecto de aquellos aspectos que no son recogidos en forma adecuada por la normativa vigente. El próximo apartado realizará un análisis crítico de tales aspectos.

### ***Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación***

La revisión de la normativa sobre aprendizaje permite sostener que se trata de un cúmulo de cuerpos de carácter extenso, complejo y disperso. Se pueden detectar algunas zonas o áreas en las que existe incoherencia entre la normativa y la realidad social que pretende legislar. A continuación se describen cada una de ellas:

- La orientación de la normativa no se hace cargo en forma adecuada de algunas problemáticas presentes en la sociedad chilena que influyen sobre la dimensión aprendizaje. En particular, la incorporación masiva de la mujer al trabajo, los cambios en las relaciones y dinámicas familiares, las tensiones entre la vida laboral y familiar, la rigidez en las estructuras laborales, entre otros factores.
- Pese a la complejidad de la realidad social chilena y las importantes transformaciones de las últimas décadas, lo dispuesto en la Constitución (y en el resto de las disposiciones de menor rango) se refiere a la responsabilidad, casi exclusiva, del sistema educacional en el aseguramiento del pleno desarrollo del niño/a en las distintas etapas de su vida. En particular para el tramo etario bajo estudio pareciera insuficiente que dicha responsabilidad recayera en el sistema educacional. De esa forma, el resto de la legislación y/o disposiciones de nivel inferior parten de una definición restringida acerca de las responsabilidades en torno a la educación.
- Aunque se observa coherencia entre las normas constitucionales y el resto de la normativa respecto del establecimiento del deber de los padres en la educación de sus hijos, consideramos que no se incorpora adecuadamente a todos los actores que debieran responsabilizarse de la dimensión educativa. Básicamente aparecen consignados los padres y el sistema educacional, además de la comunidad en términos muy vagos. ¿Qué sucede con el resto de los actores y agentes que en la actualidad ya participan de alguna forma en el desarrollo del aprendizaje de las/os niños/as? En la Convención Internacional de Derechos del Niño, por ejemplo, se habla de la familia. En el entorno chileno, además, se constata la presencia de un conjunto de otros actores cuyas responsabilidades y derechos no aparecen tan claramente recogidos en la normativa.
- En la normativa se detectan algunas incoherencias en torno a la dimensión de discriminación en relación con el aprendizaje. En primer lugar, a pesar de que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la educación (art. 19 N°. 10), no permite, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las garantías

constitucionales, interponer un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva al no estar incorporada esa posibilidad dentro de las causales fijadas en el art. 20. Esta falencia afecta especialmente a las jóvenes que cambian de estado civil o que se encuentran embarazadas, en especial cuando establecimientos educacionales cometen actos discriminatorios en su contra.

- Por su parte, en las normativas de rango inferior solo aparecen explícitamente protegidos los actos discriminatorios contra lactantes no videntes (Decreto N° 89 del Ministerio de Educación, D.O. 06.04.1990), recién nacidos portadores de VIH y/o enfermos de SIDA (Circular N° 875 del Ministerio de Educación, 17.05.1994) y estudiantes embarazadas (Circular N° 247, 27.02.1991). ¿Qué sucede con los lactantes que presenten otro tipo de necesidades especiales que los puedan hacer víctimas de discriminación, a saber, por ejemplo, los bebés con hipoacusia o enfermedades crónicas, los descendientes de inmigrantes indocumentados, entre otros casos?

### ***Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente***

A la luz de la lectura de las normas jurídicas vigentes en Chile respecto de la dimensión aprendizaje, es plausible sostener que: 1) no existe una regulación apropiada que tienda a promover la *educación* y el *cuidado* de una manera integral; 2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, los nuevos hallazgos en relación a la importancia del tema del apego y la estimulación temprana en el desarrollo del aprendizaje; 3) la normativa no promueve ni garantiza la participación de otros actores que no sean el sistema educacional y los padres; y 4) la normativa garantiza fundamentalmente el acceso pero no la calidad de la educación y el cuidado.

Sobre estos nudos críticos vale la pena hacer algunos comentarios. En primer lugar, se puede afirmar que tanto en las normas de rango constitucional como aquellas con rango de ley o inferiores vigentes en Chile se denota una *ausencia de la noción de cuidado en combinación con la de educación*. No queda suficientemente claro que la primera esté contenida en la segunda. Para el desarrollo de la dimensión de aprendizaje del grupo de edad bajo estudio sólo se contempla en la normativa el concepto de “educación parvularia”, entendiendo por tal el nivel educativo que atiende integralmente a los niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica (Art. 6° bis de la LOCE). Sin embargo, con los antecedentes que hemos expuesto con anterioridad pareciera que este concepto es insuficiente para abordar las distintas problemáticas que enfrentan niñas y niños y sus familias durante los primeros años de edad.

Al respecto es importante tener en cuenta que la actual normativa también es reflejo de la existencia de una *aproximación conceptual insuficiente y confusa respecto de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile*. No existe un lenguaje común dentro de la normativa –tampoco dentro de la literatura especializada– para definir el *carácter formal o informal* de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, ni tampoco de las modalidades en que se ofrecen. La distinción que establece la normativa en uso no da cuenta de la complejidad y variedad de los

servicios de educación y cuidado infantil existentes en el país (Art. 4º de la LOCE). Por tal razón, una parte importante de los tipos de cuidado infantil se encuentran sin protección alguna por parte del Estado.

La inexistencia de este lenguaje común ha traído algunas dificultades, en particular, instalando una intensa polémica en torno a la legitimidad de las experiencias llamadas “alternativas” o “no convencionales”<sup>52</sup>. En resumen, la falta de criterios claros a partir de los cuales definir el carácter y modalidad de la oferta *dificulta o complejiza las posibilidades de normar en forma oportuna y adecuada y en consecuencia de poder fiscalizar y apoyar las distintas alternativas y estrategias existentes de educación y cuidado para este grupo.*

En este punto vale tener presente además que la investigación sobre regímenes de cuidado infantil en Europa considera definiciones más amplias al estudiar el cuidado, incluyendo las manifestaciones formales e informales, remuneradas y no remuneradas, así como el cuidado de todas aquellas personas “dependientes”, esto es, niños, ancianos, enfermos y discapacitados. En ese sentido, la normativa de aquellos países así como sus políticas públicas, en particular, las maternas aseguran y promueven en forma armónica el desarrollo de distintas estrategias y alternativas para el cuidado y la educación de los niños/as.

Por último, la normativa no siempre resguarda en forma adecuada y de una manera sistemática el *principio de que el ambiente educativo esté orientado a una función social de protección, participación y educación.* Según este criterio, cualquiera sea la modalidad en que se imparta el servicio de atención a la primera infancia, se debe propender a generar un ambiente en que las dimensiones de cuidado y educación se desarrollen de manera conjunta.

Conforme este principio, los agentes educativos deben generar espacios adecuados de *participación de los padres en el proceso de desarrollo de sus hijos/as*, de forma tal que puedan contribuir con su experiencia. El tema de la participación si bien está recogido en la normativa a través del Decreto N° 565 del Ministerio de Educación (D.O. 08.11.1990), que otorga el derecho a constituir un centro de padres y apoderados a todos los padres que tengan hijos o hijas en establecimientos de educación parvularia, nos parece que lo hace en un sentido bastante restringido de *participación*, básicamente a través de su dimensión formal. Es en la educación especial para personas con algún grado de discapacidad, la instancia donde la familia, los padres, juegan el rol más preponderante en toda la normativa sobre educación analizada. Al respecto cabe preguntarse cómo asegurar este derecho en el caso de aquellos padres y apoderados que tengan hijas/os asistiendo a otro tipo de programas o modalidades de atención a la primera infancia no contempladas en la normativa.

---

<sup>52</sup> Para ampliar sobre el tema se recomienda consultar ROMERO, Sabine: “Modalidades de cuidado infantil temprano: dilemas, preocupaciones y hallazgos”, ponencia presentada en el Seminario “Educación inicial: un derecho universal de la infancia temprana”, Santiago, 21 y 22 de abril de 2005.

Por su parte, no hay que olvidar que la participación de los progenitores es un área estratégica a la hora de evaluar la calidad de los servicios de educación y cuidado infantil. En consecuencia, su inclusión dentro de la normativa debe procurar ser lo más amplia posible, a través de sus distintas modalidades y no solo en su dimensión formal, o sea, por medio de la constitución de centros de padres. Esto último es condición básica pero no suficiente para abordar el tema de la participación en un contexto tan complejo como lo es del aprendizaje.

### ***Omisiones normativas o tratamiento incompleto***

Un análisis exhaustivo sobre las omisiones de temas relevantes para desarrollar y garantizar adecuadamente la dimensión de aprendizaje en los niños/as chilenos dice relación con los siguientes puntos:

1. Insuficiente consideración y abordaje de opciones de cuidado y educación infantil que pueden promover la reconciliación entre trabajo remunerado y tareas de cuidado.

Estas opciones son relativamente escasas en Chile, costosas o percibidas como de un cuidado de menor calidad. En tal sentido, la legislación refuerza y promueve, en forma prioritaria, modalidades llamadas “formales” de educación. Sin embargo, en la práctica sigue imperando un predominio del *cuidado informal*, el que a pesar de su amplia extensión no se encuentra normado, entre otras razones porque usualmente no es considerado dentro de las clasificaciones referidas al cuidado y educación infantil, a no ser como un dato anexo otorgado por las encuestas a nivel nacional o los censos. Como resultado, estamos en presencia de un servicio poco controlado o supervisado a pesar de su amplia utilización con todos los riesgos que ello conlleva atendiendo el grupo de edad al que va dirigido.

2. Inequidad en el acceso y calidad de los servicios de educación y cuidado infantil.

A pesar de que la cobertura de la educación parvularia se ha convertido en la actualidad en una preocupación creciente en la agenda pública en Chile, aún persisten fuertes desigualdades. Chile posee una baja cobertura a nivel preescolar en relación con otros países, aún cuando este indicador ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años. Adicionalmente, persisten brechas entre el sector urbano y rural y entre los quintiles de ingreso. Al mismo tiempo, se observan diferencias significativas entre los tramos de edades, produciéndose el déficit mayor en los/as niños/as entre 0-2 años.

Aunque la LOCE ha ido ampliando el radio de acción de la garantía constitucional del derecho a la educación, enfatizando el desarrollo de la educación parvularia (art. 2º), aún conserva una aproximación restringida al concepto de educación y cuidado para la infancia temprana, a la par que deposita en el Ministerio de Educación la responsabilidad pública del fomento y desarrollo de la educación en todos sus niveles. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica encontramos una multiplicidad de proveedores de estos servicios, los que no siempre están debidamente articulados.

3. Inexistencia de un reconocimiento dentro de la normativa a lo que en la literatura especializada se ha venido distinguiendo como el *carácter formal o informal* de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, ni tampoco de las modalidades en que se ofrecen.

La falta de criterios claros a partir de los cuales definir el carácter y modalidad de la oferta dificulta o complejiza las posibilidades de inclusión en la normativa, al tiempo que entraba la promoción de nuevas iniciativas más ajustadas a las necesidades de cuidado y educación de las familias chilenas así como a las obligaciones o exigencias del actual mercado laboral.

Esta situación se debe en buena medida a la carencia de estudios sistemáticos o comparativos acerca de la calidad del servicio de educación y cuidado ofrecido por las modalidades no convencionales. Sin embargo, se reconocen un conjunto de ventajas, dentro de las cuales se encuentran su mejor capacidad de llegada a sectores de extrema pobreza o dispersos geográficamente, así como mayor flexibilidad para adecuarse y responder a las necesidades y realidades de los usuarios.

No obstante, la normativa solo reconoce un conjunto variado de esfuerzos que ha estado realizando la JUNJI en incorporar programas educativos tendientes a ampliar la cobertura de la educación<sup>53</sup>. Pero la JUNJI no es el único ente proveedor de estos servicios. Distintas fundaciones, ONGs, instituciones vinculadas con la iglesia, iniciativas comunitarias, entre otras, han promovido y desarrollan en la actualidad un conjunto diverso de iniciativas de cuidado y educación para la infancia temprana que no están contempladas y en consecuencia protegidas por la normativa vigente.

4. La normativa actualmente vigente no se hace cargo de promover y velar por una articulación adecuada de la institucionalidad relacionada con las políticas de apoyo a la educación y cuidado para la infancia temprana.

Con la Ley N° 17.301 y su reglamento orgánico (D.S. N° 1.574), se permite la creación de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), cuya misión consiste en entregar educación parvularia a niños y niñas hasta su ingreso a la educación general básica y que pertenecen a sectores de pobreza y vulnerabilidad social. Sin embargo, en la atención a la infancia, especialmente en sus primeras etapas de desarrollo, concurren un conjunto de instituciones que van desde el Ministerio de Salud, la Dirección del Trabajo, MIDEPLAN, MINEDUC, entre otras, cada uno de los cuales tiene una mirada parcializada y con objetivos estratégicos diferenciados respecto del abordaje de la infancia temprana.

Frente a los déficits de la normativa, en la práctica lo que se puede constatar es una *institucionalidad dispersa al interior del sector público y escasamente articulada*. Los componentes y actores del sistema funcionan fragmentadamente, generando ineficiencias y dificultando la articulación de políticas integrales de atención de la infancia y sus familias. Predominan entonces las intervenciones parceladas y rígidas,

---

<sup>53</sup> Cfr., considerandos 1°, 2° y 4° de la Resolución Exenta N° 015/1362 de la JUNJI, 09.08.2005.

preocupadas fundamentalmente de los indicadores de cobertura y entrega de servicios, sumado a un bajo aprovechamiento de las capacidades físicas y humanas instaladas en la comunidad y los territorios.

5. En la normativa se evidencia una fractura entre la dimensión técnico-pedagógica y la dimensión de gestión del proceso educativo.

En tal sentido, se observa que las normas legales le otorgan a las Secretarías Regionales Ministeriales funciones y atribuciones especialmente en materia técnico-pedagógica, de inspección y control de subvenciones (art. 15 de la Ley N° 18.956). Por su parte, los municipios, quienes administran la educación, deberían contar con más atribuciones en el campo pedagógico. Resulta poco eficiente un modelo que diferencie la toma de decisiones “técnicas”, en gestores externos, y las decisiones “administrativas”, en los gestores locales. En la práctica, todas las providencias administrativas tienen efectos técnicos y todas las decisiones técnicas tienen consecuencias administrativas. Más que dos tipos distintos de medidas, son dos dimensiones de las decisiones que hay que tomar para resolver los problemas que se van diagnosticando en el sistema de educación municipal, y en cada colegio y escuela en particular.

6. El resguardo y garantía del tema de la calidad de la educación no aparece suficientemente desarrollado en la normativa vigente, del mismo modo en que está garantizado por ejemplo el principio de la libertad de enseñanza o el tema de la cobertura (Art. 21, LOCE). Cabe agregar que sólo la libertad de enseñanza se encuentra amparada por la acción constitucional de protección establecida en el art. 20 de la CPR.

En la práctica podemos encontrarnos con una normativa que brinda al sistema educacional amplios márgenes de libertad y aumento progresivo de la cobertura, pero que al mismo tiempo no garantiza, al menos en el mismo nivel, la calidad mínima requerida para una educación digna. Al respecto son ilustrativos los escasos requisitos exigidos a los sostenedores de los establecimientos de educación que impartan enseñanza en los niveles parvulario, básico y medio.

## **Conclusiones**

En función del análisis realizado se puede concluir que la normativa vigente no recoge con el énfasis que la instalación de una perspectiva de derechos para la infancia requiere la especial atención que merece el período entre los tres meses y los diez años de edad. En particular, se detectan algunas zonas o áreas en las que existe incoherencia entre la normativa y la realidad social que pretende legislar.

En tal sentido, la orientación de la normativa no se hace cargo en forma adecuada de algunas problemáticas presentes en la sociedad chilena que influyen sobre la dimensión aprendizaje en los niños, tales como: 1) la incorporación masiva de la mujer al trabajo, 2) los cambios en las relaciones y dinámicas familiares, 3) las tensiones entre la vida laboral y familiar, 4) la rigidez en las estructuras laborales, entre otros factores.

Junto con ello, la normativa no incorpora adecuadamente a todos los actores involucrados en el cuidado y educación de los/as niños/as, confiriéndole una responsabilidad casi exclusiva al sistema educacional en el aseguramiento del pleno desarrollo del niño/a en las distintas etapas de su vida. Por último, presenta incoherencias en el tratamiento del tema discriminatorio.

Respecto de las orientaciones estratégicas, en la normativa aparecen los siguientes nudos críticos: 1) no existe una regulación apropiada que tienda a promover la educación y el cuidado de una manera integral; 2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, los nuevos hallazgos en relación a la importancia del tema del apego y la estimulación temprana en el desarrollo del aprendizaje, 3) la normativa no promueve ni garantiza la participación de otros actores que no sean el sistema educacional y los padres, y 4) la normativa garantiza fundamentalmente el acceso pero no la calidad de la educación y el cuidado.

Por último, en la normativa vigente también se omiten o se tratan en forma incompleta algunos temas de relevancia para el aseguramiento de la dimensión de aprendizaje del grupo bajo estudio. Dentro de ellos se destacan: a) la insuficiente consideración y abordaje de opciones de cuidado y educación infantil que pueden promover la reconciliación entre trabajo remunerado y tareas de cuidado, siendo notoria la ausencia de norma respecto del cuidado informal tan ampliamente extendido en la sociedad chilena; b) inequidad en el acceso y calidad de los servicios de educación y cuidado infantil; c) ausencia de un reconocimiento de la distinción de carácter formal o informal de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, así como de las modalidades en que se ofrecen; d) no se hace cargo de promover y velar por una articulación adecuada de la institucionalidad relacionada con las políticas de apoyo a la educación y cuidado para la infancia temprana; e) se evidencia una fractura entre la dimensión técnico-pedagógica y la dimensión de gestión del proceso educativo; y f) el resguardo y garantía del tema de la calidad de la educación no aparece suficientemente desarrollado.

### ***C) PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES***

El estado actual de formulación de la normativa exige revisar su adecuación al principio del reconocimiento de la importancia de los primeros años de vida en el desarrollo futuro de las personas y la inclusión de la perspectiva de derechos en el tratamiento de la infancia. Así se podrá evaluar si los servicios ofrecidos para este grupo social se encuentran en sintonía con los principios de la CDN.

En la reformulación propuesta a la normativa vigente se sugieren dos alternativas. Una primera que considera la inclusión en un solo corpus de ley de los elementos que a continuación se detallan. Dicha ley permitiría articular adecuadamente los aspectos críticos identificados. En tal sentido, se sugiere la creación de una *Ley de Atención*

*Integral a la Primera Infancia.* Una segunda alternativa sería evaluar la manera de incorporar las siguientes sugerencias en la normativa actualmente vigente. Cualquiera sea el caso, los elementos que deberían estar presentes son los que siguen:

- Incorporar una visión integral de la infancia, donde se considere el tema del cuidado en sus múltiples funciones, a saber, la protección y seguridad de los/as niños/as, así como la entrega de un ambiente apropiado para el desarrollo en todas sus dimensiones: salud (mediante la provisión de nutrientes y alimentación adecuados), educación (mediante adecuada estimulación, generación de hábitos y juegos), comunicación (mediante la socialización) y afectos (proporcionando apoyo y dedicación).
- Explicitar el reconocimiento de la importancia de los cuidados y las responsabilidades domésticas para la sociedad, abordándolo como un problema social. De este modo, deberá repensarse la repartición de las responsabilidades de cuidado entre las diversas instituciones sociales, a saber: el Estado, la familia, el mercado de trabajo y el tercer sector.
- La inclusión del tema del cuidado en relación con el tramo etario en estudio es necesaria pero no suficiente. Debe normarse pensando en un conjunto en el que se contemple tanto el cuidado como la educación. Para ello se debe incorporar el concepto de educación y cuidado para la infancia temprana (Early Childhood Education and Care, ECEC). Su incorporación permitiría normar considerando todos los tipos de provisión de cuidado y educación para los/as niños/as que no tienen edad para asistir en forma obligatoria a establecimientos educacionales, independientemente del lugar, del tipo o modos de financiamiento, de los horarios y contenidos de programas en que se ofrezca el servicio. Esta definición, más amplia que la de educación, permite una aproximación coherente e integrada de las políticas y provisiones que involucran a todos los/as niños/as y a todos los padres, independientemente de su condición de empleo o nivel socioeconómico, disminuyendo su dependencia del sistema educativo. Esta aproximación reconoce también que todo tipo de modalidades o arreglos puede contemplar un amplio rango de objetivos, dentro de los que se incluyen los referidos al cuidado, el aprendizaje y el bienestar social. Este tipo de formulación estratégica es claramente una carencia en la actual formulación de la normativa vigente en Chile en relación con el tema del aprendizaje.
- Actualizar e incorporar en el cuerpo de la norma una clasificación más coherente con la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile. Para ello se requiere ampliar los criterios con los que se define la oferta formal o informal. Al respecto se sugiere tomar en cuenta las siguientes dimensiones: a) el tipo de oferta, b) el nivel de formalización, c) el tipo de financiamiento, d) los soportes institucionales, e) los objetivos, f) el tipo de población en la que se focaliza, y g) el control y supervisión sobre su desempeño en términos de calidad.
- Normar respecto de la oferta informal de cuidado infantil. Por la amplitud de sus servicios en Chile, la complejidad que reviste en cuanto a las relaciones sociales que implica, por la realidad cultural que entraña y por constituir una fuente de generación de modalidades no convencionales se hace en extremo necesario su reconocimiento e incorporación en la normativa vigente.

- Transitar hacia un modelo corporativo de apoyo al cuidado infantil de acuerdo a la participación del Estado. El Estado debe transitar hacia un acuerdo social cuyo objeto final sea el de proveer al niño/a acceso a cuidado formal y facilitarle a la madre su inserción laboral. El derecho al cuidado infantil es un derecho familiar, que de ninguna manera debe asignarse exclusivamente a la mujer. Para ello se necesita redefinir y reestructurar la división de las responsabilidades de cuidado, buscando establecer un nuevo balance entre los proveedores (familia, mercado y Estado). El rol subsidiario del Estado debe consignarse en exclusividad a garantizar el acceso a cuidado infantil de calidad.
- Evaluar la manera en que la normativa vigente puede anticiparse en forma adecuada a la expansión y diversificación de la provisión de servicios de cuidado y educación para la infancia temprana hacia el logro del acceso universal. Las necesidades de ampliación de la cobertura, particularmente en el grupo de 0-3 años, requiere de criterios flexibles que permitan promover y legitimar el uso de modalidades no convencionales allí donde la propia comunidad ha desarrollado este tipo de iniciativas o existen condiciones adecuadas para instalarla.
- Incorporar un Marco Integral de Promoción y Regulación de Calidad de la Enseñanza que considere los distintos tipos de servicios y provisiones de cuidado y educación, así como los elementos del entorno. El tratamiento de contenidos mínimos debe incorporarse con mayor exigencia que lo efectuado hasta ahora, de modo de elevar ese nivel mínimo en pos de reducir la desigualdad en los programas curriculares de los distintos establecimientos. Este marco debe considerar además elevar los requisitos para los sostenedores de establecimientos privados (el art. 23 de la LOCE solo considera como requisito indispensable la licencia de educación media).
- Incorporar la dimensión de coordinación de las políticas y los servicios destinados a la educación y el cuidado para la infancia temprana. La introducción de mecanismos flexibles de cuidado y educación infantil, adecuados a la realidad territorial, social y familiar exige más y mejor articulación entre las distintas instituciones y niveles de toma de decisiones involucrados. Se requiere diseñar una fórmula institucional más adecuada y coherente a los nuevos desafíos y complejidades del escenario actual de cambios en la infancia y participación laboral de la mujer que a su vez puede responder con rapidez a las distintas iniciativas y propuestas que surgen en este ámbito. En el diseño de esta fórmula se deberá procurar un sano equilibrio de aquellos aspectos (financiamiento, estándares de calidad, monitoreo y seguimiento, supervisión y control, etc.) que requieren centralizarse y los que deben mantenerse en forma descentralizada.
- Ampliar o mejorar la forma en que está considerada la participación y comprometimiento de los padres, familias y comunidades, sentando las bases de un cambio cultural. La comunidad organizada juega un papel fundamental en la sensibilización de las familias acerca de la importancia de la educación en la infancia temprana. La socialización de experiencias exitosas de las modalidades no convencionales es clave en la multiplicación de iniciativas que permitan conciliar las necesidades de la mujer que trabaja con la atención integral del niño/a. En consecuencia, la normativa debería contemplar la promoción de la apertura de la escuela a la comunidad: convertir el espacio físico y equipamiento de la escuela en un centro abierto para actividades culturales y comunitarias.

Incentivar la participación activa de los padres en actividades recreativas (lo cual incentiva la prevención en salud) y de alfabetización funcional (por ejemplo, cursos de computación). Asimismo, debería permitir establecer y consolidar la creación de Consejos Escolares ampliados de apoderados, profesores y alumnos en los centros escolares. Utilización de los indicadores y compromisos de metas, en las que se incluya la participación, como evaluación de la gestión. Perfeccionar los mecanismos de rendición de cuentas públicas de los gastos educacionales a nivel municipal, cuyo carácter es meramente formal, al no poder ser refutadas por otro organismo que no sea la municipalidad.

- Permitir cambios en la Estructura de la Educación Municipal: Existe una clara necesidad de pensar un cambio de estructura de la educación municipal, para mejorar la gestión del actual sistema. En tal sentido, se sugiere que la normativa permita forjar pactos de mutua cooperación como nuevo modelo de gestión, que permita optimizar el gasto de las comunas, reuniendo recursos técnicos, materiales y humanos, en corporaciones de educación que agrupen a varias municipalidades. Es preciso tener organismos de administración de la educación más amplios, para generar ventajas de escala que permita financiar el personal técnico y profesional necesario. Esos organismos pueden nacer de la unión de varios municipios para administrar su sistema educacional. La actual Ley de Municipalidades permite que las municipalidades se asocien para estos fines, entre ellas y con otras entidades públicas. En Chile se han realizado algunas experiencias, pero son poco conocidas, no existen mayores incentivos y por lo tanto no se ha podido evaluar el impacto de las mismas.
- Eliminar la Fractura entre lo “Técnico-Pedagógico” y lo “Administrativo”: En vistas de eliminar o disminuir el impacto de esta fractura, la normativa debería permitir una reestructuración de las actuales atribuciones y funciones asignadas al nivel central y local. Para la realización de este cambio se sugiere el diseño y puesta en práctica de un Modelo Organizacional Integrado para la educación municipal, que permita un funcionamiento fluido y participativo de todos los actores, comprometidos para lograr una utilización óptima de los recursos humanos, físicos y financieros disponibles. Este modelo daría sentido a un Sistema de Educación Municipal, el que funcionaría en tres niveles de responsabilidad: Políticas Educativas y Coordinación; Planificación, gestión y asistencia Técnica; y Operacional. Este modelo permitiría articular los niveles central, regional y provincial en torno a una visión compartida acerca de que se espera lograr, permitiendo definir claramente una misión, objetivos y metas compartidas para la educación municipalizada.

## IV. ENTORNO FAMILIAR

### A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA SOBRE EL ENTORNO FAMILIAR

En este apartado se analiza la normativa vigente más relevante que regula la protección de un *entorno familiar* adecuado para los niñas y niños, particularmente la conservación del contacto del padre y/o madre con el niño o niña en caso de separación o divorcio, la institución de la adopción, la protección y apoyo en casos de violencia intrafamiliar, de abuso sexual, y las relaciones familiares en general.

#### ***Normas de rango constitucional***

Nuestra Carta Fundamental protege de modo directo, aunque genérico el entorno familiar en que deben desarrollarse nuestras niñas y niños, al prescribir en su art. 1º que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que el Estado, que está al servicio de la persona humana y cuya finalidad es promover el bien común, “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Además el Estado debe dar protección a la población y a la familia, y propender al fortalecimiento de ésta (incisos 2º, 4º y 5º respectivamente). Este art. 1º se relaciona con los derechos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional (art. 5º) y las garantías constitucionales prescritas en el art. 19 N° 1 (derecho a la integridad física y psíquica de la persona)<sup>54</sup>, N° 3 (la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos), N° 4 (respeto y protección a la vida privada y a honra de la persona y de su familia) y N° 5 (inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada).

La vulneración de cualquiera de estas garantías permite al afectado interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 20). A mayor abundamiento, el artículo 38, inciso 2º prescribe que se podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, de las lesiones que la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades ocasionen en los derechos de cualquier persona, todo esto es sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

#### ***Normas de rango internacional***

Esencial en esta materia es la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN, D.O. 27.09.1990), la que se preocupa de la necesidad de proporcionar a los niños y niñas un adecuado entorno familiar. Ya desde su Preámbulo se resalta de modo especial la

---

<sup>54</sup> En armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).

responsabilidad que le cabe a la familia en lo referente a la protección y asistencia de los niños y niñas.

El art. 5° a su turno enfatiza que el Estado debe respetar las responsabilidades y derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades. El art. 18 prescribe que es responsabilidad primordial de ambos padres la crianza y el desarrollo de los niños y niñas, por eso es que tienen obligaciones comunes, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño. Incluso el Estado debe brindar la asistencia necesaria en el desempeño de esas funciones.

Las niñas y niños tienen el derecho a vivir con su madre y su padre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño o niña. También es un derecho de la niña y del niño el mantener contacto directo y personal con ambos padres, de modo regular, si está separado de uno de ellos o de los dos (art. 9 N° 1 y 3).

Tratándose de las niñas y niños que se encuentren privados de su medio familiar, ya sea de modo temporal o permanente, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, el que deberá asegurarles que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar<sup>55</sup> (art. 20).

En este mismo sentido, el art. 21 señala que aquellos estados que reconocen y/o permiten la adopción, cuidarán que la consideración primordial sea velar por el interés superior del niño y además que se reúnan todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible<sup>56</sup>.

Es también un derecho de las niñas y niños, como de sus padres, el salir de cualquier país y entrar en el propio, con el propósito de lograr la reunificación familiar o la conservación de la relación entre unos y otros (art. 10)<sup>57 58</sup>.

El art. 16 otorga protección a la vida privada de los niños y niñas y sus familias, a través de la prohibición de toda injerencia en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia. Asimismo se les protege de ataques a su honra o a su reputación<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Tales como colocación en instituciones adecuadas, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

<sup>56</sup> Ver más adelante la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores y la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional.

<sup>57</sup> Concordante es el Convenio sobre Restitución Internacional de Menores con la República Oriental de Uruguay, Decreto N° 288, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 14 de abril de 1982, publicado el 31 de mayo de 1982.

<sup>58</sup> También para facilitar las relaciones entre los padres y sus hijos es que existe el Acuerdo con Argentina para la Supresión de la Legalización Consular en las Venias y Autorizaciones de Viajes para Menores de Edad, Decreto N° 585, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 21 de abril de 1998 y publicado el 14 de julio de 1998.

<sup>59</sup> Esto es plenamente concordante con el artículo 19 N° 5 de nuestra Constitución.

El Estado también debe proteger a los niños que sufran cualquier forma de maltrato perpetrados por los padres, madres o cualquiera otra persona responsable de su cuidado, y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto (art. 19). En concordancia está el art. 39, que prescribe que el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para la recuperación y reintegración social de las niñas y niños víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso<sup>60</sup>.

Sin duda, el nivel de vida es un elemento importante para lograr un entorno familiar adecuado. El art. 27 se encarga de establecer que todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida apropiado para su desarrollo, siendo este tema de responsabilidad primordial de padres y madres, mientras que el Estado está obligado a adoptar las medidas adecuadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida.

En ocasiones, el entorno familiar más adecuado se logra a través de la adopción, y de ella se encarga la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores*<sup>61</sup>. Esta Convención se aplica a las diversas formas de adopción que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro. También es importante la *Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional*<sup>62</sup>, ya que reafirma la idea que el desarrollo ideal de niños y niñas debería producirse con su familia de origen, en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión. Por lo tanto, el “Estado debería adoptar, como un asunto prioritario, las medidas apropiadas que permitan que el niño permanezca al cuidado de su familia de origen”. Pero también reconoce que la adopción internacional puede representar, la ventaja de tener una familia estable (Preámbulo).

Existen también Convenciones Internacionales que se encargan en términos generales de la protección de los derechos de todos los hombres y mujeres<sup>63</sup>; es el caso de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*<sup>64</sup> y la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*<sup>65</sup>. En ocasiones nos encontramos con referencias específicas a la franja etaria que nos

---

<sup>60</sup> En este mismo sentido apunta el Convenio sobre protección mutua de menores, suscrito en Santiago el 14 de abril de 1982, entre los gobiernos de las repúblicas de Chile y de Uruguay; Decreto N° 588, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de agosto de 1983, publicado en el Diario Oficial el 4 de enero de 1983.

<sup>61</sup> Decreto N° 24, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 25 de enero de 2002, publicado el 30 de abril de 2002.

<sup>62</sup> Decreto N° 1.215, del Ministerio de relaciones Exteriores, promulgado el 2 de agosto de 1999, publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999.

<sup>63</sup> Incorporamos estas Convenciones dado que la amplitud de su ámbito de aplicación, nos permite entender que se comprenden también las mujeres embarazadas y los recién nacidos.

<sup>64</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984; Decreto N° 808, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 7 de octubre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

<sup>65</sup> Adoptada por la Organización de los Estados Americanos en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General; Decreto N° 809, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 7 de octubre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

interesa, v. gr., el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>66</sup> (arts. 3, 6, 7, 8, 10, 14 y 24). Especialmente interesante es el art. 14 N° 4, que se refiere al “procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales” y el art. 24, que se refiere a los derechos que tiene todo niño. Lo mismo sucede con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”)<sup>67</sup> (arts 4, 5, 6, 17, 18, 26 y 27), al referirse a la familia y al derecho al nombre que tiene todo niño y niña.

A veces la protección se refiere específicamente a la mujer, así, la *Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas*<sup>68</sup>, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*<sup>69</sup> y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*<sup>70</sup>.

Por último, existen convenios específicos para los niños y niñas, que tienen un objeto bien concreto, es el caso del *Acuerdo de Cooperación Técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia* (UNICEF)<sup>71</sup>, cuyo objetivo es ejecutar el Plan de Acción a favor de la Infancia, y para ello fija estrategias y líneas de acción bien definidas.

### ***Normas con rango de ley***

El principal cuerpo normativo que regula los derechos y obligaciones entre los padres y sus hijos, es el Código Civil, específicamente los Títulos IX y X, de su Libro I. Ya que allí se señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible (art. 222). Además el cuidado personal, la crianza y educación de los hijos les corresponde a ambos padres de consuno (art. 224), sólo si ellos están separados, se aplican reglas diversas (art. 225). También se regulan todos los derechos y deberes de carácter patrimonial que corresponden al padre o a la madre que ejerce la patria potestad respecto de los hijos que están a su cargo (arts. 243 a 266). Lo mismo sucede con la regulación de los alimentos (arts. 232, 321, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 335, 336 y 337). Por último, se regulan otras instituciones que tienden a proteger a los niños y niñas (las guardas, Título XIX).

---

<sup>66</sup> Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1988.

<sup>67</sup> Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 23 de agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1990.

<sup>68</sup> Decreto N° 666, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 18 de junio de 1930.

<sup>69</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 27 de octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial de 9 de diciembre de 1989.

<sup>70</sup> Decreto N° 1.640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 23 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1998.

<sup>71</sup> Decreto N° 1.183, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de julio de 1997, publicado en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1997.

Un aspecto que incide directamente en el entorno familiar es el nivel de ingresos que se perciben en la familia, al respecto la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros<sup>72</sup>, en particular prescribe el monto del montepío a que tienen derecho los hijos del causante.

La preocupación por el logro de un ambiente familiar armónico, que permita un desarrollo adecuado de todos los niños y niñas, se trasluce en la Ley que establece normas sobre Procedimiento y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar<sup>73</sup>.

En materia de adopción, existe la Ley N° 19.620<sup>74</sup>, que prescribe claramente que esta institución tiene por objeto “velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen” (art. 1°). Esta Ley se encarga de reglamentar de forma pormenorizada los requisitos necesarios para adoptar, los que deben adecuarse al objetivo señalado. Es importante resaltar que esta forma de adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes.

En el contexto de las reformas procesales vividas en estos últimos años en nuestro país, destacan la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público<sup>75</sup> y la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública<sup>76</sup>, ya que ambos cuerpos normativos se preocupan de quienes tienen la calidad de “víctimas”. Como contrapartida, se encuentra el Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile<sup>77</sup>, que prescribe cuáles son las tareas que se le encomiendan a cada departamento, correspondiendo, por ejemplo al Departamento de Readaptación la de asesorar en aquellas materias conducentes a la rehabilitación y reintegración a la sociedad de las personas que se encuentren privadas de libertad (orientar y proponer técnicamente actividades de educación, trabajo, deportes, recreación y asistencia social, psicología, sanitaria, moral, religiosa y demás conducentes a la rehabilitación de las personas antes señaladas). A su turno, al Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, asesorar en la adopción de

---

<sup>72</sup> Ley Orgánica Constitucional N° 18.961, del Ministerio de Defensa Nacional, promulgada el 27 de febrero de 1990, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1990.

<sup>73</sup> Ley N° 19.325, del Ministerio de Justicia, que establece Normas sobre Procedimiento y Sanciones relativos a los actos de Violencia Intrafamiliar, promulgada el 19 de agosto de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1994. Última modificación; por Ley N° 20.066 de 7 de octubre de 2005.

<sup>74</sup> Ley N° 19.620, del Ministerio de Justicia, sobre normas de Adopción de Menores, promulgada el 26 de julio de 1999, publicada en el Diario Oficial de 5 de agosto de 1999. Última modificación; por la Ley N° 19.968 de 30 de agosto de 2004.

<sup>75</sup> Ley N° 19.640 (L.O.C.), del Ministerio de Justicia, promulgada el 8 de octubre de 1999 y publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

<sup>76</sup> Ley N° 19.718, del Ministerio de Justicia, promulgada el 27 de febrero de 2001 y publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 2001. Última modificación por Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

<sup>77</sup> Decreto Ley N° 2.859, del Ministerio de Justicia, promulgado el 12 de septiembre de 1979, publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1979. Última modificación, por Ley N° 19.368, de 26 de enero de 1995.

todas las medidas necesarias para ejercer el control y dar asistencia a las personas privadas de libertad y que gozan de algún beneficio legal o reglamentario que les permite estar en el “medio libre”; medidas todas que tienden a reintegrar en mejores condiciones a estas personas a su medio ambiente (familiar y comunitario).

La creación de los Tribunales de Familia, por la Ley N° 19.968<sup>78</sup>, ha significado también importantes cambios en la manera de enfrentar los conflictos que se viven al interior de la familia; resultan especialmente importantes: los principios inspiradores de la ley (oralidad, intermediación, etc.), la incorporación de la visión interdisciplinaria del conflicto (a través de los profesionales que integran el Consejo Técnico), la incorporación de procedimientos especiales (en materia de violencia intrafamiliar y casos en que se necesita la aplicación de medidas de protección), la especialidad de las medidas cautelares que es posible decretar, la incorporación de la mediación (como una fórmula no adversarial de solucionar los conflictos), etc.

Lugares destacados ocupan el Decreto Ley N° 2.465, que creó el Servicio Nacional de Menores<sup>79</sup>, que se encargará de los niños y niñas que se encuentren desprovistos de tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo integral normal; y la Ley N° 20.032<sup>80</sup>, que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME), y su régimen de subvención, ya que efectivamente trata de sistematizar de mejor manera la atención que este organismo debe brindarle a todas las niñas y niños.

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE***

### ***Aclaraciones conceptuales***

Parece necesaria, para una comprensión adecuada del análisis de esta dimensión, fijar el contexto y factores relevantes (sociales, políticos, económicos y culturales) que puedan estar incidiendo en su desarrollo y que no estén adecuadamente recogidos por la normativa vigente. Por ello, ha parecido prudente incluir cuatro consideraciones básicas de relevancia para el grupo etario bajo análisis.

Dichas consideraciones, a partir de las cuales se ha realizado este análisis, se han agrupado en torno a cuatro temas: 1) Concepto de familia y su estructura, 2) Derechos y obligaciones entre padres e hijos: efectos de la filiación, 3) Adopción, y 4) Violencia intrafamiliar.

---

<sup>78</sup> Ley N° 19.968, del Ministerio de Justicia, promulgada el 25 de agosto de 2004 y publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004. Última modificación, por Ley N° 20.086, de 15 de diciembre de 2005.

<sup>79</sup> Decreto Ley 2.465, del Ministerio de Justicia, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el Texto de su Ley Orgánica, promulgado el 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial de 16 de enero de 1979. Última modificación por Ley N° 18.681, de 31 de diciembre de 1987.

<sup>80</sup> Ley N° 20.032, del Ministerio de Justicia, promulgada el 11 de julio de 2005 y publicada en el Diario Oficial de 25 de julio de 2005.

## 1. Concepto de familia y su estructura

Para analizar el entorno familiar es indispensable aclarar qué se entiende por “familia”. Las referencias son variadas, ambiguas y posibles de aplicar a realidades muy diferentes entre sí, por esto parece recomendable aproximarse al concepto, analizando estas diversas connotaciones.

La referencia más inmediata nos hace pensar en el grupo de personas unidas por un ascendiente común, entre las cuales se establecen relaciones recíprocas. Cabe sí hacer presente que esta idea puede llevar a ciertos equívocos por cuanto puede existir una relación familiar sin necesidad de que haya un vínculo de consanguinidad (por ejemplo, entre los cónyuges, y también entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro), como también es posible la situación inversa, o sea, que exista consanguinidad pero no una relación familiar (por ejemplo, entre un hijo cuya filiación no está determinada legalmente y su progenitor).

La segunda connotación alude a la idea de una “comunidad doméstica”, es decir, un grupo de personas que viven juntas y tienen un destino por lo menos parcialmente común. Aquí se comprenden como miembros de una familia no sólo a los parientes, sino que también a quienes trabajan en el hogar familiar. Históricamente esta noción de “comunidad doméstica” se vincula a la idea de que las personas se encuentran sometidas a una autoridad o potestad.

Sólo considerando estas dos visiones podemos percatarnos que en verdad no existe un concepto intemporal de familia, por lo tanto más que referirse a la “familia” como prototipo único, debe señalarse que existen “modelos de familias”, conforme a los cuales los grupos humanos, ya sean reducidos o celulares, respondiendo a determinadas normas de comportamiento, se han ido organizando históricamente. Es así que parece preferible atender a la época, costumbres, cambios socio-económicos de que se trate para definir “familia”.

Este avance continúa, por cuanto en las sociedades más modernas aparecen relaciones familiares todavía más reducidas o segmentadas, es decir, uno solo de los padres con el hijo, como ocurre con la madre soltera o con el padre divorciado.

En conclusión, actualmente cabe pensar que existen dos concepciones históricas predominantes:

- Familia en sentido amplio o *familia linaje*, que comprende a las personas ligadas entre sí por razones de parentesco, del cual la ley extrae alguna consecuencia jurídica.
- Familia en sentido restrictivo o nuclear, en la que se incluye la pareja y los hijos, considerando las relaciones interindividuales que se pueden presentar entre ellos.

En nuestro país se han manifestado todas las variables reseñadas, por eso es que lo más acertado es reconocer la existencia de varios tipos de familia. Así lo sostiene el Informe de la Comisión Nacional de la Familia: "... los diversos estudios sobre la familia adoptan variadas tipologías para definirla. Dada esta diversidad, se considerarán dos criterios de clasificación: el tipo de hogar y la composición de la familia en términos de relaciones de parentesco. Una mejor comprensión de la realidad familiar requiere considerarlos en conjunto." Es así como, desde la perspectiva del hogar (hábitat, persona o personas que alojan y se alimentan juntas), existen tres tipos de hogares:

- *Hogar Unipersonal*: hábitat donde vive una sola persona, generalmente un adulto mayor.
- *Hogar Familiar*: hábitat compartido por uno o más núcleos familiares. La jefatura del hogar es un fenómeno a considerar cuando se analice este tipo de organizaciones.
- *Hogar No Familiar*: hábitat compartido por dos personas o más, sin vínculos de parentesco entre sí.

A su vez, la clasificación de la familia desde el punto de vista de su composición, pone énfasis en elementos tales como el parentesco, la conyugalidad y la consanguinidad. Por tanto reconocemos dos tipos:

- *Familia Nuclear*: integrada por una pareja adulta, con o sin hijos o por uno de los miembros de la pareja y sus hijos; pudiendo subclasificarse en: i) familia nuclear simple: una pareja sin hijos; ii) familia nuclear biparental: padre y la madre, con uno o más hijos; y iii) familia nuclear monoparental: uno de los padres y uno o más hijos.
- *Familia Extensa*: integrada por una pareja o uno de sus miembros, con o sin hijos, y por los otros miembros que pueden ser o no parientes. Es posible subdistinguir entre: i) familia extensa biparental: padre y madre, con uno o más hijos, y otros parientes; ii) familia externa monoparental: uno de los miembros de la pareja, con uno o más hijos y otros parientes; y iii) familia externa amplia (o familia compuesta): una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos y otros miembros parientes o no.

Nuestra legislación protege a la familia en el art. 1º de la CPR. Llama sí la atención que don Andrés Bello, tan proclive a definir, en este caso no lo hizo; sólo tenemos el artículo 815 del Código Civil, el que refiriéndose a la extensión de los derechos reales de uso y habitación, señala que estos derechos cubren las necesidades personales del usuario o del habitador y las de su "familia", y posteriormente enumera a quienes considera que forman parte de su familia: 1.- El cónyuge; 2.- Los hijos; 3.- Número de sirvientes necesarios para la familia; 4.- Personas que viven con el usuario o el habitador a sus expensas; 5.- Aquellas personas a quienes el usuario o el habitador les deba alimentos. Es decir, se trata de un concepto es extenso, acorde a la mentalidad de la época (1855-1857).

Esta noción no se adecua a la realidad actual de nuestro país. Más bien debiera adoptarse lo afirmado por la Comisión Nacional de la Familia cuando la define como

*una unidad integrada por personas con identidades propias, unidas entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, que se mantiene y se desarrolla en una situación de amor, de respeto y de protección, incluyendo las uniones de hecho, cuando ellas son estables.*

## **2. Derechos y obligaciones entre padres e hijos: efectos de la filiación**

Existe una idea rectora de toda nuestra actual legislación, y es el “interés superior del niño”. Sin perjuicio que algunos de estos derechos y obligaciones son aplicables no sólo a niñas y niños, sin duda que es en este ámbito en el que se concentran los más gravitantes. Se regulan principalmente en el art. 3 N° 1 de la CDN y en los arts. 242 inciso 2°, 225 inciso 3°, 229 inciso 2°, 234 inciso 3°, 240 inciso 2°, 244 inciso 3°, 245 inciso 2°, 268 inciso 2° y 272 del Código Civil. Obviamente que la determinación de aquello que sea más beneficioso para el niño, dependerá de cada caso.

En materia de derechos y obligaciones, es posible distinguir dos ámbitos o aspectos, el estrictamente personal y el aspecto patrimonial, lo que lleva a diferenciar entre:

- La denominada “Autoridad Paterna”, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos de carácter personal. En realidad, por la forma en que están tratados en nuestra legislación, sería más apropiado decir que se trata de “deberes regulados por el legislador”.
- La denominada “Patria Potestad”, esto es, el conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos de carácter patrimonial.

En derecho comparado sólo se habla de “Patria Potestad” para referirse a ambos aspectos, y esta idea se encontraba también presente en el Proyecto de la llamada “Ley de Filiación” (Ley N° 19.585, D.O. 26.10.1999), sin embargo, se optó por conservar la distinción, pues se consideró que era apropiado mantener claramente diferenciadas las normas y principios que regían estos dos ámbitos, y por otro lado, el sistema había funcionado de esa forma eficientemente, por lo cual no había razón para cambiarlo.

La “autoridad paterna” se refiere a los efectos de la filiación de orden moral, es decir, a las prerrogativas y deberes que existen entre padres e hijos, de contenido extramatrimonial. En cuanto a los deberes de los hijos para con sus padres, existen dos obligaciones tradicionales, cuales son:

- Deber de respeto y obediencia a padre y madre: que fue objeto de modificación mediante la Ley de Filiación (el antiguo art. 222 C.C. señalaba que se estaba especialmente sometido al padre),
- Deber de cuidado o de socorro: en caso de demencia, ancianidad y en todas las circunstancias en que requieran auxilio.

En lo relativo a los derechos y deberes de los padres para con sus hijos: a) Derecho-deber de cuidado en la crianza y educación de los hijos; b) Derecho-deber de mantener una relación directa y regular con el hijo; y c) Derecho-deber de corrección del hijo

El *Derecho-deber de cuidado en la crianza y educación de los hijos*, comprende el cuidado del hijo, su crianza, educación, alimentación y supervisión. Si esta situación se produce fuera del matrimonio, suele hablarse de “*tuición*”.

Aunque nuestra legislación ya no distingue entre tipos de hijos (legítimos e ilegítimos, en términos muy genéricos), no es posible desconocer que en los hechos, se pueden producir distintas hipótesis, las que tendrán un tratamiento legal diverso, así:

- Si el hijo es de filiación no determinada, el juez deberá determinar a quien corresponda su cuidado (art. 224 inc. 2° CC).
- Si el hijo es de filiación determinada, respecto de uno solo de sus padres, corresponde al padre o madre que lo ha reconocido, por lo que se refiere necesariamente al caso de filiación no matrimonial. Sin embargo, “se está privado de la *tuición* si se ha verificado el reconocimiento judicialmente con oposición del padre o de la madre” (art. 203). Sin perjuicio de la “*rehabilitación*” que puede llevar a cabo el hijo.
- Si el hijo es de filiación determinada de ambos padres, pero ha fallecido alguno de ellos, toca el cuidado al sobreviviente (art. 224 inc. 1°).
- Si el hijo es de filiación determinada y ambos padres viven juntos, toca el cuidado de consuno (art. 224).
- Si el hijo es de filiación determinada de ambos padres que viven separados, aquí pueden también darse diversas situaciones: a) acuerdo de los padres (art. 225), acto solemne, escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil y subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento<sup>81</sup>; b) si no hay acuerdo, se aplica el art. 225 inc. 1°, correspondiendo a la madre el cuidado personal de los hijos; c) en todo caso, ya sea existiendo acuerdo o el mandato legal en orden a que corresponde el cuidado a la madre, el juez puede determinar cuando “el interés del hijo lo haga necesario”, por maltrato u otra causa calificada, entregar el cuidado al otro de los padres (art. 225 inc. 3°)<sup>82</sup>.
- En caso de inhabilidad física o moral de los padres, se podrá confiar el cuidado a otra(s) persona(s) competente(s), prefiriendo a los consanguíneos más próximos y principalmente a los ascendientes (art. 226).

Finalmente, mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros, es decir,

---

<sup>81</sup> El art. 225, en el inc. 2°, al referirse a esta situación señala que “ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre...”, lo que podría traer como consecuencia la separación de los hijos. Aquí es donde debemos recordar que el principio rector es el del “Interés Superior del Niño”, por eso creemos que el juez podría declarar la conveniencia que los hermanos vivan juntos, con lo que se podría dejar sin efecto el acuerdo de los padres.

<sup>82</sup> Esta “causa calificada” no necesariamente debe decir relación con una sanción a la madre, sino que puede ser de cualquier índole, y deberá ser determinada en cada caso, teniendo presente “el Interés Superior del Niño”. Sin embargo, el juez tiene como limitación que “no podrá entregar el cuidado al padre o madre que no haya contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

mientras no se haga esa nueva inscripción al margen, se entiende que se mantiene la situación anterior, la nueva situación no afecta a los terceros (inciso final del artículo 225).

El artículo 228 establece que la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá *tenerlo* en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge. Pero en verdad, qué significa “*podrá tenerlo*”. Se considera que la referencia es a una estadía permanente y no a las visitas. Esta norma ha sido muy discutida pues supone una discriminación, y eventualmente una separación del hijo de su padre o madre, por lo demás es una declaración del otro cónyuge arbitraria y unilateral. Se opone a lo preceptuado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en orden a evitar la separación del niño de sus padres, excepto cuando ello sea necesario en interés superior del menor.

En cuanto a la tramitación de este tipo de juicios, se contempla como trámite esencial el oír al hijo (manifestación de un derecho trascendental en estas materias), y también a los parientes.

En cuanto a los gastos de crianza y educación, también se distingue, según cuál sea la situación fáctica en que se encuentran los padres en relación a sus hijos:

- Filiación matrimonial: estos gastos son de cargo de la sociedad conyugal<sup>83</sup>. Si se encontraren casados bajo otro régimen distinto (separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales), se contribuirá en proporción a las respectivas facultades económicas (art. 230).
- Filiación no matrimonial (siendo la filiación determinada de ambos padres): cada uno deberá aportar de acuerdo a sus facultades económicas.
- Si la filiación está determinada respecto de ambos padres, y fallece uno de ellos: corresponden los gastos al sobreviviente (art. 230 inciso segundo).
- Si sólo está determinada respecto de un padre: él debe efectuar los gastos.
- Estas reglas se alteran si el hijo tiene bienes propios, pues los gastos de su establecimiento, y si fuere necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de dichos bienes, conservando íntegros los capitales si fuere posible (art. 231).
- En defecto de lo anterior, el art. 232 establece que esta obligación de “alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente. Cabe precisar que la Ley 19.741 (D.O. 24.07.2001), precisa que en caso de insuficiencia de uno de los padres esta obligación pasa primeramente a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee y, en subsidio, a los abuelos de la otra línea.

---

<sup>83</sup> Es importante indicar que un 67% de los matrimonios en Chile se encuentran acogidos al régimen de Sociedad Conyugal, mientras que un 30% al sistema de separación total de bienes y sólo el 3% restante al régimen de participación en los gananciales. Parece ser que este último, que fue concebido como una “solución” ante las desigualdades que plantea la sociedad conyugal, ha resultado difícil de comprender y de aplicar, por eso su escasa incidencia.

Esta misma ley garantiza una pensión alimenticia mínima, de la que el alimentante sólo se puede eximir si prueba que no tiene los medios para otorgarla. Además se obliga al Juez de Familia a fijar con prontitud los alimentos provisorios a favor de los hijos e hijas menores de edad.

Finalmente cabe destacar lo dispuesto por los arts. 236 y 237 CC, en orden a que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos orientándolos a su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida, según la primera disposición señalada. Por su parte, el art. 237 señala que el derecho establecido en el artículo anterior cesa respecto de los padres cuando el hijo haya sido confiado en su cuidado a otra persona, quien lo ejercerá con anuencia del tutor o curador si dicha persona no ejerciere a su vez ese cargo.

En cuanto al *derecho-deber de mantener una relación directa y regular con el hijo*, corresponde al progenitor que no tiene el cuidado del hijo (art. 229)<sup>84</sup>. Este derecho-deber se ejerce con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el Juez estime conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

Respecto del *derecho-deber de corrección del hijo*, en lo que respecta a la facultad de corregir, se entiende claramente que se excluye la antigua facultad de “castigar moderadamente”; para proteger mejor a los niños y niñas se establece una acción popular, es decir, cualquier persona puede reclamar ante su incumplimiento.

La corrección debe ser de tal forma que no cause menoscabo a los hijos. El art. 234 señala que los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si se produjere tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquier persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que pudiera aplicar por el menoscabo. Y además sería posible solicitar la emancipación judicial (art. 271 N °1). O, en caso de matrimonios, el otro cónyuge podrá pedir divorcio.

Finalmente, cuando sea necesario para el bienestar del niño, se podrá solicitar por los padres que el tribunal decida sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime conveniente, sin exceder del tiempo que falte para cumplir los dieciocho años.

Cabe señalar que los arts. 238 y 239 privan a los padres de los derechos y deberes anteriores, si abandonaron al hijo, o si por su inhabilidad moral dieron motivo para separarlos judicialmente de su lado.

Es necesario además tener en cuenta el art. 242, en especial su inciso segundo, cuando establece que para adoptar sus resoluciones el juez atenderá como consideración primordial el interés superior del hijo.

---

<sup>84</sup> Corresponde al antiguamente denominado “derecho de visitas”.

El segundo de los aspectos mencionados –la “Patria Potestad”–, se define como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La Patria Potestad está tratada en el Título X del libro I del Código Civil, párrafo primero, arts. 243 a 249. Se extiende también la patria potestad a los derechos eventuales de todo hijo que está por nacer. Con respecto a los titulares de la patria potestad, cabe advertir el siguiente distingo:

- Atribución convencional de la patria potestad: el art. 244 señala en su inciso primero que, la patria potestad será ejercida por el padre o madre o ambos conjuntamente, según “convengan” en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.
- Atribución legal de la patria potestad: el art. 244, en su inciso segundo, señala que, a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.
- Atribución judicial de la patria potestad: el art. 244, en su inciso tercero, señala que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se debe subinscribir dentro de 30 días al margen de la inscripción de nacimiento.
- Atribución supletoria de patria potestad: el art. 245 señala que si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad.

Por lo tanto, pueden presentarse las siguientes situaciones: a) si no existe acuerdo, la ejerce el padre; b) en el caso de patria potestad ejercida por la madre o por ambos conjuntamente, requiere de acuerdo solemne (escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil); y c) resolución judicial, otorgándosela al padre o madre que carecía de ella, o radicándola en uno solo si ambos la ejercían conjuntamente.

Hay ciertos casos en que es imposible atribuir la patria potestad al padre o a la madre, caso en el cual deberá nombrarse un guardador, así ocurre cuando:

- Se ha determinado judicialmente la paternidad o maternidad con la oposición de ese padre o madre.
- Ambos padres carecen del derecho de ejercer la patria potestad (por ejemplo por haber abandonado al menor).
- La filiación no está determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre.

Por consiguiente, en atención a la multiplicidad de hipótesis que pueden presentarse es que para efectos de contratar con un hijo no emancipado, es recomendable tener a la vista su certificado de nacimiento.

La Patria Potestad otorga los siguientes atributos:

- Derecho legal de goce, es decir, la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos. En razón de la vinculación afectiva es que el padre o madre no son obligados a rendir garantías de conservación o restitución, ni tampoco a hacer inventario solemne. Si la Patria Potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres y no se ha acordado otra distribución, el derecho legal de goce se dividirá entre ellos por partes iguales.
- Administración de los bienes del hijo. Si fuese privado uno de los padres de la administración, la tendrá el otro, y si ninguno de ellos la tuviese, la propiedad plena pasará al hijo y se le dará un curador para la administración, según lo dispuesto en el art. 258. Al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes, según lo indica el artículo 259, se estimó que no era pertinente que se incorporara una verdadera “rendición de cuentas”, ya que podría generar conflictos al interior de la familia.
- Representación legal del hijo, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

El legislador considera varios casos en que la Patria Potestad puede suspenderse, tales son: demencia del padre o madre que la ejerce, la menor edad (en cuyo caso se suspende de pleno derecho), por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, por la larga ausencia, u otro impedimento físico de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee. En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda. El Juez, “en el interés del hijo”, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión.

La Patria Potestad termina por la “emancipación” del hijo, lo cual se produce por causas legales o judiciales. El juez puede decretar la emancipación ante casos tan graves como maltrato habitual del padre o la madre, o ante su abandono, o en caso de inhabilidad física o moral. Con respecto a los efectos de la emancipación, si el hijo es menor, quedará sujeto a guarda, ello debido a que la patria potestad a que estaba sometido termina.

### **3. Adopción**

Esta institución surge como una alternativa para aquellos niños y niñas que carecen de un hogar, es una solución de carácter subsidiario, ya que como analizábamos antes, la propia Convención de los Derechos del Niño prescribe como un derecho fundamental de los niños y niñas, el de vivir con sus padres, en su familia. Después de una constante y a veces dificultosa evolución podemos observar que en la actualidad la adopción se piensa desde la perspectiva del niño o niña adoptada, es decir, de lo que se trata, es de buscar la familia más adecuada para el menor y no a la inversa. Así ha

quedado claramente señalado en la Ley N° 19.620<sup>85</sup>. Esta ley presenta la misma falencia que las anteriores sobre la materia, en el sentido que no contempla ninguna definición de adopción. Sí se señalan los objetivos de la adopción: “Tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen” (art. 1°). Esto se ajusta a lo prescrito por el art. 21 de la CDN, en concordancia con los arts. 3°, 12 N° 3 inciso 2°, 25 inciso final, 30 inciso 2°, entre otros de la Ley N° 19.620.

Desde un punto de vista doctrinario, se entiende por adopción la recepción como hijo de una persona que no lo es, cumpliendo los requisitos legales<sup>86</sup>. O como aclara una autora, “es una institución jurídica por la que, con las solemnidades y requisitos legales, se crea entre dos personas que pueden ser extrañas entre sí, relaciones de parentesco y filiación.”<sup>87</sup>

Los principios rectores en materia de adopción son los siguientes: el Interés Superior del Niño, el Respeto a la Opinión del Niño, la Importancia de la Familia de Origen, la Probidad, la Subsidiariedad y la Confidencialidad.

Las principales características de esta ley son que según ella la adopción se concibe como una *institución jurídica* y no como un contrato; se constituye en virtud de una sentencia judicial dictada en un procedimiento contencioso que requiere de una preparación previa, y la sentencia debe ser inscrita en el Registro Civil e Identificación. Lo más relevante es que confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes, por lo tanto, el menor pierde su filiación de origen, salvo para ciertos efectos (art. 1 inciso 2°, art. 37). La ley distingue entre adoptantes residentes en Chile y adoptantes no residentes en Chile; se puede otorgar también a personas solteras o viudas. Se mantienen los límites de edad para adoptar (art. 20 de la ley N° 19.620).

Existen varios procedimientos previos a la adopción, que se incorporaron precisamente con el objeto, por una parte, de dar una mayor estabilidad material y psicológica a los niños y niñas que estaban en proceso de ser adoptados, y de otra, tiende a asegurar a los futuros adoptantes que la persona que pretende adoptar no tiene ningún vínculo familiar que limite sus derechos. También se busca evitar el constante tráfico de menores hacia el extranjero para su adopción, ya que aunque la anterior legislación contemplaba la “declaración de abandono” previa, ésta se hacía efectiva durante la tramitación de la solicitud de adopción, distinto de lo que ocurre con la legislación actual, que considera como requisito anterior el someterse a la declaración previa de que el menor es susceptible de ser adoptado.

---

<sup>85</sup> Dictada el 26 de julio de 1999, publicada en el Diario Oficial de 5 de agosto del mismo año y entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, junto con la Ley N° 19.585, esta última conocida como la “ley de filiación”.

<sup>86</sup> QUIJADA, Rodrigo: Diccionario Jurídico. Editorial Jurídica Conosur.

<sup>87</sup> SABIONCELLO, Muriel: *La Adopción. Simple y Plena*. Ediciones La Ley, Santiago, 1993.

Además la ley aclara quiénes son las personas que pueden ser adoptadas: a) el menor cuyos padres no estén capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el Juez competente; b) el menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes; y c) el menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial.

En el desarrollo de los Programas de Adopción, Sename es una institución fundamental, por cuanto el conjunto de actividades tendientes a procurar al niño una familia responsable, debe realizarse por el Sename y por los organismos acreditados ante éste. En razón de este mandato es que Sename desarrolla varios programas que persiguen cumplir con los principios anteriormente enunciados. Los programas son de apoyo y orientación a la familia de origen, de recepción y cuidado del niño o niña, de evaluación técnica y preparación de la familia adoptiva y el de “búsqueda de raíces”<sup>88</sup>.

#### 4. Violencia Intrafamiliar

Este fenómeno está regulado por la Ley N° 20.066 (D.O. 07.10.2005), que en su art. 5° la define señalando que “será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.” También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida recaiga en persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

La violencia intrafamiliar o violencia doméstica, en términos generales, consiste básicamente en la situación de agresión física, sexual, psicológica o económica que sufre un miembro de un grupo familiar por otro miembro de ese mismo grupo. En otras palabras, es toda forma de abuso, discriminación, desigualdad y agresión-física, verbal, psicológica y sexual- que tiene lugar al interior del núcleo familiar<sup>89</sup>.

Los elementos característicos de esta violencia (que se presentan en todas o casi todas las definiciones) son, esquemáticamente los siguientes: uso intencional de la fuerza; esta fuerza se usa de hecho o en forma de amenazas; el empleo de la fuerza causa o probablemente causará daño<sup>90</sup>; y la violencia ejercida es el resultado de una relación de poder.

---

<sup>88</sup> Con esto se reconoce la importancia creciente que tiene para los adoptados la búsqueda y reconocimiento de su verdadero origen biológico y socio-cultural. Ya existen más de 100 jóvenes que han desarrollado exitosamente este programa.

<sup>89</sup> DÍAZ, María Eugenia, FERNÁNDEZ, Ivonne, VALDEBENITO, Lorena: *Violencia Doméstica y Ámbito Local: la propuesta de intervención DOMOS*. Corporación Centro de Desarrollo de la Mujer DOMOS, Santiago, enero de 2002.

<sup>90</sup> En relación al elemento daño, debemos hacer presente que aunque es tentador es difícil, y veces altamente inconveniente, “medir” la violencia en relación al daño causado, ya que puede que no sean

Dentro del concepto de violencia intrafamiliar existen varias categorías, a saber: a) maltrato infantil; b) violencia en la pareja; c) violencia en contra del adulto mayor.

En nuestro país la violencia experimentada por la mujer ha ido adquiriendo mayor connotación, aunque todavía no la suficiente. La que afecta a los niños y niñas, a nuestro entender aún no está completamente tratada.

Existiendo estos antecedentes, y considerando los tratados internacionales suscritos por Chile, el 3 de enero de 1991 se creó el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM, Ley N° 19.023). Así se ha dado cumplimiento al compromiso adquirido por Chile al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este organismo de carácter técnico, estatal y descentralizado asume las siguientes tareas: a) lograr para la mujer una real igualdad de derechos y oportunidades en el proceso social, económico, político y cultural de Chile; b) valorar y dignificar su aporte a la sociedad, tanto en lo público como en lo privado; c) proteger y fortalecer a la familia.

El balance de la gestión política en torno a la violencia intrafamiliar, de cara al ámbito internacional, puede resumirse como sigue:

- Destacan algunos planes, programas e intervenciones llevadas a cabo con diversos sectores gubernamentales, tales como: las “Mesas Interagenciales de Prevención en Violencia Intrafamiliar”<sup>91</sup>, la publicación del “Manual de Aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar”<sup>92</sup>, diversas campañas en medios de comunicación<sup>93</sup>, la reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales<sup>94</sup>, el

---

absolutamente equivalentes, lo que puede acarrear graves confusiones que perjudiquen al sujeto agredido.

<sup>91</sup> Ellas se realizaron durante el año 2003 en tres regiones del país, a partir del apoyo del PNUD, UNICEF, UNESCO y OPS unido al trabajo realizado entre el Ministerio de Salud y SERNAM. En estas reuniones intervinieron organizaciones de mujeres de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual e instituciones, profesionales y equipos vinculados al tema. Esta instancia tuvo por objeto promover acciones, tanto en el ámbito de la salud como en el de la educación, para lograr en el futuro una convivencia más democrática, inspirada en los principios de igualdad, respeto a la diversidad y resolución no adversarial de los conflictos.

<sup>92</sup> Esta actividad se realizó durante el año 2001 y estaba inserta en un plan de capacitación que buscaba alcanzar a un importante número de funcionarios públicos que se desempeñan en áreas relativas a la violencia intrafamiliar (jueces/zas, funcionarios/as judiciales, funcionarios/as públicos en general, de sectores de Educación, Salud, municipalidades, policías, etc.). Desde 1991 hasta 1999 se logró una cobertura de 24.000 funcionarios/as capacitados/as.

<sup>93</sup> Tales como: “Mujer con derechos, Mujer Ciudadana” (2000), para entregar a las mujeres información acerca de la Ley 19.325 y de los lugares dónde podrían solicitar apoyo; “No dejes que la violencia golpee a tu pareja” (2001), principalmente enfocada en la prevención de la violencia intrafamiliar en parejas jóvenes.

<sup>94</sup> Data de 1999 y, entre otras cosas, tipifica expresamente la violación marital. A partir de esa fecha y mediante Resolución Exenta N° 710 del Servicio Médico Legal, los profesionales de la salud de éste y otros servicios de esta naturaleza (hospitales, clínicas o establecimientos semejantes), públicos y privados están habilitados para practicar reconocimiento, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes acreditar el hecho y a la identificación de los perpetradores.

reforzamiento de una red institucional de servicios que brindan apoyo especializado a las víctimas de violación y/o abuso sexual a mujeres, niñas y niños<sup>95</sup>, se hacen oficiales las “Orientaciones Técnicas para la Atención del Maltrato Infantil y Violencia Intrafamiliar”, se inician actividades de prevención y atención en los Centros de Salud Mental Familiar (COSAM) y de prevención y detección en los Programas de Salud de la Mujer y Programa de Salud del Niño/a<sup>96</sup>, implementación del proyecto “Crecer y desarrollarse en la Senda de la Afectividad Cotidiana”<sup>97</sup>, se han desarrollado “Mesas de Prevención de Violencia Intrafamiliar.”<sup>98</sup>

- Expresa mención merece la implementación de la Reforma Procesal Penal, “la cual debe traducirse, entre otras cosas, en protección y buen trato a las víctimas y en procedimientos rápidos, eficaces y transparentes, todo lo cual va a beneficiar a las mujeres víctimas de agresiones graves y violencia sexual y también a los niños y niñas”<sup>99 100</sup>

### ***Violencia Intrafamiliar en el contexto de los nuevos Tribunales de Familia***

Tras siete años de tramitación parlamentaria, la Ley N° 19.968 fue publicada en el D.O. el 30 de agosto de 2004, en virtud de la cual fueron creados los Tribunales de Familia. Éstos comenzaron a funcionar a partir del 1° de octubre de 2005, en todo el país (art. 134). Con ella se concreta una aspiración que se había manifestando en varios de los proyectos de ley que han tratado de mejorar nuestra ley de violencia intrafamiliar.

Ya en el Mensaje de la ley que crea los Tribunales de Familia, se ponía énfasis en “la asimetría que es posible advertir entre, por una parte, el conjunto de transformaciones sociales y políticas que nuestro país ha experimentado en las últimas décadas y, por la otra, el estado de sus instituciones jurisdiccionales.” Por lo cual se considera indispensable hacer frente a esas deficiencias para favorecer “el respeto de los derechos, por una parte y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es base de una sociedad democrática”. Por eso es que se trata, a través de esta ley “de dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y

---

<sup>95</sup> Esta red está compuesta por organismos tales como CAVAS- Brigada de Delitos Sexuales y Menores dependiente de Policía de Investigaciones, Servicio Nacional de Menores, Servicio Médico Legal, dependientes del Ministerio de Justicia.

<sup>96</sup> Estos centros existen desde el año 1998, en cinco regiones del país, se conforman con profesionales de diversas áreas que pueden brindar atención interdisciplinaria. De un total de 28.597 personas atendidas durante el año 2001, 7.503 corresponden a mujeres víctimas de violencia, 3.044 a niños y 1.269 a agresores. Además se efectuaron 4.904 de actividades de prevención.

<sup>97</sup> Este programa se ha desarrollado en conjunto por SERNAM y la Junta de Jardines Infantiles desde 1999, su finalidad consiste en fortalecer el trabajo promocional con párvulos (pre-escolares) y sus familias para favorecer la construcción de relaciones sanas. Entre 1999 y 2001 se capacitó a 850 educadores/as, en 101 jardines infantiles de las 13 regiones del país, con una cobertura de 5.335 familias beneficiarias.

<sup>98</sup> Se han desarrollado durante el año 2002 y 2003, son integradas por SERNAM, Agencias de Naciones Unidas y representantes de la sociedad civil.

<sup>99</sup> Ver página 12 del comentado informe.

<sup>100</sup> Más adelante, en base a resultados que arrojan evaluaciones al nuevo sistema procesal penal veremos si es que esos anhelos han llegado a concretarse, o al menos están bien encaminados.

procedimientos para hacer frente aun especial tipo contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar.”

Los fundamentos de esta reforma, entonces pueden resumirse como sigue:

- Se tiende hacia procedimientos que favorezcan la intermediación entre los justiciables y los jueces, instaurando, en concordancia con el derecho comparado, un procedimiento que sea oral. Esto favorecerá tanto su publicidad como su imparcialidad, aumentando al mismo tiempo su legitimidad.<sup>101</sup>
- Se trata de aumentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos. La evidencia empírica indica que el contencioso familiar es de los problemas que aquejan a los sectores de menores recursos, y el más vinculado a su bienestar cotidiano. Estadísticas del Programa de Asistencia Jurídica (PAJ) indican que más del 40% de los asuntos consultados son de familia. De ellos, más del tercio corresponde a alimentos. Violencia intrafamiliar y tuición le siguen con un 10% aproximadamente<sup>102</sup>.
- La ley tiene por objeto instituir un procedimiento que confiere primacía a las soluciones del conflicto familiar de índole colaborativo.
- Se busca centralizar la solución de todos los conflictos de familia en un solo tribunal y en una sola causa<sup>103</sup>.
- Esta ley incorpora la noción de “justicia interdisciplinaria”, al contemplar dentro del diseño organizacional la existencia de un Consejo Técnico, con carácter de órgano asesor del juez<sup>104</sup>.
- La ley establece como principio inspirador del procedimiento al interés superior del niño, de esta forma se consagra expresamente el derecho del niño, niña o

---

<sup>101</sup> Se pone término, con ello, a la actuación de los funcionarios, que aparecen frente a las partes como los que resuelven el conflicto, de un modo secreto, a espaldas del afectado.

<sup>102</sup> Estudios de casos sobre la duración del proceso en materia de menores demuestran que en la actualidad el promedio de los mismos es de más de 400 días en primera instancia. Tratándose de causas sobre derecho de alimentos, que representan alrededor del 70% de los casos que son conocidos por estos tribunales, la duración media es de 422 días. A partir de esta ley, con la estructura del procedimiento en dos audiencias, se reducirá considerablemente el lapso necesario para dar solución al conflicto familiar.

<sup>103</sup> Con este fin, se amplía considerablemente la especialización de los Tribunales de Familia. Se establece la concentración en un mismo juez de todos los conflictos familiares. Actualmente existen 51 Jueces de Menores, mientras que el número total de Jueces necesarios para integrar los nuevos Tribunales de Familia alcanza a los 254. La ley contempla una dotación gradual, que puede desglosarse así:

- Dotación necesaria al 1º de julio de 2005: 127 (lo que representa el 50% de la dotación total).
- Dotación necesaria al 1º de julio de 2006: 77 (lo que representa el 30% del total).
- Dotación necesaria al 1º de julio de 2007: 50 (cifra que corresponde al 20% restante).

<sup>104</sup> El Párrafo Segundo de la Ley 19.968 regula el Consejo Técnico; el art. 5 prescribe cuáles son sus funciones: “La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de sus especialidad.” Continúa la norma describiendo algunas de sus atribuciones en particular. En relación a la forma en que se integrarán estos consejos, el art. 6 señala que “En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia”.

adolescente para ser oído, adecuando nuestra legislación interna a las exigencias de la CDN.

- Se reconoce expresamente la existencia del fuerte interés público que se halla comprometido en la resolución de los conflictos de familia, esto hace que se faculte al juez para que intervenga de un modo más activo en la delimitación del conflicto y en la determinación de la prueba necesaria para el juicio.
- Se crean tribunales unipersonales de composición múltiple (pudiendo haber hasta doce jueces en un mismo tribunal).
- Esta ley aprovecha la experiencia acumulada durante la implementación de la reforma procesal penal, tanto en cuanto a la labor de los jueces durante las audiencias orales, como en materia de organización administrativa del tribunal.

Una de las características de esta ley es que contempla un procedimiento ordinario y sólo dos procedimientos especiales, uno para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes y el otro es el relativo a los actos de violencia intrafamiliar. Este último es el que se analiza a continuación.

### ***Procedimiento especial por Violencia Intrafamiliar.***

*Competencia:* El conocimiento de los conflictos a que dé origen la comisión de actos de violencia intrafamiliar corresponderá al juez de familia en cuyo territorio jurisdiccional tenga su domicilio o residencia el afectado. La ley agrega, para ampliar la competencia y poder tomar las medidas urgentes oportunamente, que cualquier tribunal que ejerza competencia en materia de familia, fiscal del ministerio público o juez de garantía que tome conocimiento de una denuncia o demanda por actos de violencia intrafamiliar, deberá adoptar de inmediato las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas. Incluso si concurren conjuntamente personas mayores y niños, niñas o adolescentes, el juez podrá siempre adoptar las medidas de protección pertinentes.

*Procedimiento:* Se encuentra especialmente regulado en los arts. 81 a 101 de la ley y de modo supletorio se aplican las normas del procedimiento ordinario (fijadas en el CPC). En cuanto al inicio del procedimiento, puede ser por demanda o denuncia, cualquiera de ellas podrá ser deducida por la propia víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además puede hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven (art. 178 CPP). Si denuncia la víctima le otorga la calidad de parte.

*Actuaciones de la policía:* Con el propósito de facilitar la protección de quien esté sufriendo actos de este tipo de violencia, es que se prescribe que ante situaciones de “flagrancia” de violencia intrafamiliar, es decir, cuando ella se esté cometiendo actualmente o ante llamadas de auxilio de personas que se encontraren al interior de un lugar cerrado u otros signos evidentes, la policía (Carabineros o Policía de Investigaciones) debe ingresar al lugar en que estén ocurriendo los hechos, practicar la detención del agresor, si procediere, e incautar del lugar las armas u objetos que pudieren ser utilizados para agredir a la víctima. Además, prestarle ayuda inmediata y

directa. El detenido debe ser presentado inmediatamente al tribunal competente, o al día siguiente si no fuere hora de despacho. Si no fuere día hábil, el detenido deberá ser conducido dentro del plazo máximo de 24 horas ante el juez de garantía del lugar, a fin de que éste controle la detención y disponga las medidas cautelares que resulten procedentes, de conformidad con el art. 92 de la ley.

*Obligación de denunciar:* Las mismas personas que están obligadas a denunciar según el art. 175 del CPP, están también obligadas a denunciar los hechos que pudieren constituir violencia intrafamiliar, de que tomen conocimiento en razón de sus cargos. También tienen la obligación de denunciar, quienes ejercen el cuidado personal de aquellos que en razón de su edad, incapacidad u otra condición similar, no pudieren formular por sí mismos la respectiva denuncia. Por lo tanto, esta norma obliga a un padre o madre, que toma conocimiento de que alguien está ejerciendo violencia intrafamiliar, a denunciar. La misma ley prescribe que el incumplimiento de estas obligaciones es sancionada por el art. 494 del Código Penal.

*Exámenes y reconocimientos médicos:* Es deber de los profesionales de la salud que se desempeñan en hospitales, clínicas u otros establecimientos del ramo el practicar los reconocimientos y exámenes conducentes a acreditar el daño físico o psíquico ocasionado a la víctima, debiendo conservar las pruebas correspondientes. Para estos efectos, se levantará un acta en duplicado del reconocimiento y exámenes practicados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hayan practicado. Una copia se entregará a la víctima, o quien la tuviere bajo su cuidado y la otra, así como los resultados de los exámenes practicados, se remitirá al tribunal competente, si lo requiriese.

*Contenido de la demanda:* a) la designación del tribunal; b) la identificación del demandante, de la víctima y de las personas que componen el grupo familiar; c) la narración circunstanciada de los hechos; d) la designación de quién o quiénes pudieron haber cometido los actos de violencia, si ello fuere conocido.

*Contenido de la denuncia:* a) la narración circunstanciada de los hechos; b) si al denunciante le constare, los demás puntos de la demanda.

*Identificación del ofensor:* En caso que la denuncia se formule en una institución policial y no se hubiere individualizado al agresor, la policía deberá practicar las siguientes diligencias: 1) procurar la identificación conforme a las facultades que les brinda el Código Procesal Penal (art. 85 CPP); 2) recabar las declaraciones que al efecto presten quienes conozcan su identidad. Si la demanda o denuncia se efectuare ante el tribunal, o ante el Ministerio Público, serán ellos las que decretarán las diligencias conducentes a determinar la identidad del presunto autor. En las diligencias practicadas por la policía deberá mantenerse en reserva la identidad del denunciante o demandante.

Tan pronto como el juez conozca de la demanda o denuncia deberá solicitar el extracto de filiación del denunciado o demandado al Servicio de Registro Civil e Identificación, junto con un informe sobre las anotaciones que éste tuviere en sus antecedentes. Si los

hechos revistieran caracteres de delito los antecedentes deberán remitirse al Ministerio Público. Si estos hechos dieran lugar, además, a una investigación criminal el juez de garantía correspondiente tendrá potestad cautelar.

Ante denuncia o demanda de terceros, el juez previo a la audiencia preparatoria la pone en conocimiento de la víctima por el medio más idóneo, directo y seguro para su integridad, pudiendo asimismo recoger el testimonio del denunciante o demandante antes de la referida audiencia.

*Medidas cautelares en protección de la víctima:* El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar, para lo que cautelará además su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para este efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes<sup>105</sup>, podrá adoptar una o más de las siguientes:

1. Prohibir o restringir la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudios o de trabajo de la víctima. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
3. Fijar alimentos provisorios.
4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes, y establecer la forma en que se mantendrá la relación directa y regular entre los padres y sus hijos<sup>106</sup>.
5. Decretar prohibición de celebrar actos o contratos.

<sup>105</sup> Según advierte Nancy de la Fuente, estas medidas cautelares son aquellas que persiguen la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, se encaminan a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Estas medidas son uno de los elementos del derecho procesal que más se han desarrollado en los últimos tiempos. Los elementos que deben estar presentes para que se decrete una medida cautelar son los siguientes: “*periculum in mora*” (es decir, un peligro en la tardanza de la dictación de la providencia definitiva. Esto es lo que justamente explica su carácter urgente), “*fumus boni juris*” (o sea, que exista a lo menos una apariencia de derecho a favor de quien la solicita), que exista una caución (esto es una garantía de parte del solicitante, que sirva para dar cuenta de la seriedad de su petición y además permita pagar algún daño que eventualmente surja por la concesión de la medida) y por último, la existencia de un proceso simultáneo o posterior a la solicitud de la medida cautelar. Cfr. DE LA FUENTE, Nancy: “Apuntes de Violencia Intrafamiliar”, Diplomado Derecho de Familia, Universidad Alberto Hurtado (inéditos).

<sup>106</sup> El cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes se regula según el art. 225 del Código Civil: Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo puede revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada, el juez podrá determinar podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego.
7. Decretar la reserva de identidad del tercero denunciante.
8. Establecer medidas de protección de adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.
9. Además el juez podrá, para dar protección a los niños, niñas y adolescentes; adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71 de esta misma ley.<sup>107</sup>

Características de estas medidas cautelares:

1. Plazo: podrán decretarse hasta por 180 días hábiles, renovables por una sola vez hasta igual plazo.
2. Pueden, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto.
3. Comunicación a la víctima, esto es, el juez, en la forma y por los medios más expeditos posibles, pondrá en conocimiento de ella las medidas cautelares que hubiere decretado, otorgándole la certificación correspondiente.
4. Ejecución: el juez puede requerir el auxilio de la fuerza pública, disponer su intervención con facultades de allanamiento y descerrajamiento y ejercer, sin más trámite, todos los medios de acción conducentes para el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas.
5. Incumplimiento: en este caso el juez puede ordenar, hasta por quince días, el arresto nocturno del denunciado o el arresto substitutivo en caso de quebrantamiento de aquél. Además, el juez pone en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para efectos de condenarlo por desacato (Art. 240 inciso 2º CPC).

---

<sup>107</sup> El artículo 71 se refiere a las medidas cautelares especiales que puede ordenar el juez dentro de un procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Éstas son:

- a) Entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tengan relación de confianza;
- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro residencial, por el tiempo que sea estrictamente indispensable;
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio o de trabajo del niño, niña o adolescente. En caso que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e
- i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

*Suspensión condicional de la dictación de la sentencia:* El juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos de procedencia:

1. Que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos sobre los cuales versa la demanda o denuncia.
2. Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo.

Condiciones necesarias para que el juez pueda decretar la suspensión condicional<sup>108</sup>:

a) que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima; b) que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares que analizamos antes, por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

*Mediación para los efectos de cumplir una “condición reparatoria”:* Con el acuerdo de las partes, el juez puede someter a mediación el establecimiento de las obligaciones de carácter familiar y aquellas de carácter reparatorio a favor de la víctima (es decir, para los efectos de la letra a, estudiada en el párrafo anterior). Aprobada el acta de mediación, se suspende la dictación de la sentencia. Para estos efectos el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad. Téngase presente que en este caso no se está sometiendo a mediación la violencia, asunto que sería muy criticable; sino que el objeto que se persigue con la mediación es que las partes acuerden diversos aspectos de sus obligaciones de familia, así como también las medidas reparatorias a favor de la víctima. Por último, y en este mismo sentido, la mediación no produce cosa juzgada, ya que sólo permite suspender el proceso.

La resolución que aprueba la suspensión de la sentencia se inscribirá en un registro especial que para estos efectos llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, igual que una sentencia.

*Improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia:* a) si el juez estima conveniente la continuación del proceso; b) si ha habido demanda o denuncia previa por hechos similares en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de éstos, y c) si el demandado o denunciado hubiere sido condenado por crimen o simple delito contra las personas o por delitos sexuales.

*Efectos de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia:*

1. Si transcurre un año desde que se hubiere suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia y el denunciado o demandado ha dado cumplimiento satisfactorio a las condiciones impuestas, el tribunal dictará una resolución declarando tal

---

<sup>108</sup> Basta con que se cumpla una de ellas.

circunstancia, ordenará el archivo de los antecedentes y dispondrá la omisión en el certificado respectivo de la inscripción practicada.

2. En caso de que el denunciado o demandado incumpla las obligaciones acordadas con respecto a sus relaciones de familia o aquéllas de carácter reparatorio a favor de la víctima, el juez dictará sentencia y, atendida su naturaleza, decretará su ejecución.
3. A su vez, si el denunciado o demandado no cumple dentro del plazo correspondiente con alguna de las medidas cautelares que, con el acuerdo de la víctima, se le hubiesen impuesto; entonces el tribunal establecerá este hecho y dictará sentencia.
4. Si la persona denunciada o demandada incurre en nuevos actos de violencia intrafamiliar en el período de condicionalidad, se le acumularán los antecedentes a un nuevo proceso, debiendo el tribunal dictar sentencia conjuntamente respecto de ambos.

*Características especiales del procedimiento por VIF:* plazo para citar a audiencia preparatoria: dentro de los 10 días siguientes de recibida la denuncia o demanda; y término del proceso. El proceso sólo podrá concluir por: 1) sentencia ejecutoriada; 2) cumplimiento de las condiciones, vencido el plazo (en caso de haberse suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia, según comentamos antes); 3) voluntad de la víctima, en caso de denuncia o demanda de terceros, en este caso el juez durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea.

*Contenido de la Sentencia:* 1) Pronunciamiento sobre la existencia de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar; 2) Establecerá la responsabilidad del denunciado o demandado; 3) cuando correspondiere, señalará la sanción aplicable; y 4) si concurren conjuntamente como víctimas de la violencia intrafamiliar personas, mayores y niños, niñas o adolescentes, el juez podrá adoptar medidas de protección a favor de estos últimos.

### **C) PROPUESTAS**

1. Las leyes que regulan el cuidado de los hijos son poco flexibles, no consideran la posibilidad de tener más tuición compartida, habría que darle más prioridad al diálogo entre los padres.

2. En general nuestra legislación no atiende a la “autonomía progresiva” que van adquiriendo los niños y niñas a medida que su edad aumenta, por lo tanto se desconoce el hecho de que ellos deberán tener cada vez más participación directa en la resolución de los conflictos que les atañen. De modo que sería recomendable ir incorporando ciertos parámetros o estándares que ayuden a precisar cómo debe ser esa intervención. De esta manera se recogerá mejor por ejemplo el derecho de los niños y niñas a ser oídos.

3. La ley de Adopción no considera ni siquiera como una alternativa deseable el que el menor adoptado conozca su real origen biológico, lo que abiertamente vulnera el derecho a la identidad que tiene todo niño y niña. Parece deseable, a la altura de nuestro desarrollo cultural y legislativo, incorporarlo aunque sea al principio a nivel de sugerencia.

4. La Ley de Violencia Intrafamiliar mantiene algunas incoherencia e incluso parece abundar en ellas, de modo que sería recomendable introducirle algunas modificaciones que permitan ajustarla, como es el caso de los alimentos que deben ser decretados por el Juez ante una demanda o denuncia basada en violencia intrafamiliar, aunque la medida decretada no sea la de prohibir al agresor el ingreso al hogar familiar. Esta sanción, que en un alto porcentaje no se cumple, lo único que logra es “castigar” a la familia completa.

## V. HABITABILIDAD

### A) DESCRIPCIÓN NORMATIVA

#### ***Normas de rango constitucional***

Nuestra Constitución omite en su texto toda referencia explícita en torno al tema de la vivienda, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países de nuestro entorno cultural, como Argentina (art. 14 bis), México (art. 4º), Bolivia (art. 158.2) o España (art. 47). Sin embargo, esto no quiere decir que estemos ante un tema indiferente para el Derecho constitucional chileno. En efecto, el art. 5, inc. 2º, de la CPR dispone –tras la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 18.825 (D.O. 17.08.1989)– que los órganos del Estado deben respetar y promover los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* garantizados por la Constitución –y aquí está lo importante para nuestros efectos– *así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*. Esta última oración permite que el Derecho internacional de los Derechos humanos se integre a la Constitución chilena. En el caso del acceso a la vivienda, abre paso a una serie de instrumentos internacionales ratificados por Chile que lo reconocen, entre los que destacan el art. 11.1 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el art. 27 de la *Convención sobre los Derechos de los Niños*.

Por otra parte, no debe olvidarse que el acceso a una vivienda constituye un presupuesto casi necesario para el disfrute de otras garantías que sí reconoce la CPR, como el derecho a la intimidad (art. 19 N° 4), el derecho a la inviolabilidad del hogar (art. 19 N° 5) o el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 19 N° 8):

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

Art. 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Conviene considerar también las normas constitucionales que establecen la igualdad de chilenas y chilenos en dignidad y derechos (arts. 1°, 19 N° 2, inc. 1°, 19 N° 3, inc. 1°) y el rol del Estado como promotor del bien común (art. 1° inc. 4°) y protector de la población y la familia, pues este último lo obliga a “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” (art. 1° inc. final).

### ***Normas de rango internacional***

El art. 27 de la *Convención sobre los Derechos de los Niños* establece importantes obligaciones para los Estados partes en materia de habitabilidad. Por un lado, todos los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Además, los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (art. 27.3). Los padres –y quienes estén a cargo de los menores– tienen la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27.2).

También relacionado con las condiciones de habitabilidad, los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes (art. 31.1). Además, los Estados Partes han de respetar y promover el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística, propiciando oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 31.2).

Por último, como ya se había indicado, el art. 11.1 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* consigna a la vivienda como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. Conviene señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU definió el término habitabilidad en su Observación General N°4 de 1991, denominada “El derecho a una vivienda adecuada (Artículo 11[1] del PIDESC)”.

(d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda... preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

La misma observación general N° 4 reclama “cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como... los niños”.

Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (8 e).

### ***Normas de rango de ley***

Para analizar las normas legales describiremos primero la institucionalidad existente. Luego revisaremos las normas referentes al desarrollo urbano, a la acción habitacional, a la protección del medio ambiente y a la integración de los discapacitados.

#### **1. Subdimensión institucional: Organismos competentes.**

El primer aspecto que conviene consignar en esta materia es que las leyes han asignado potestades en esta área a un variado conjunto de organismos. Los principales son: el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo (SEREMI), y los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU).

La Ley N° 16.391 (D.O. 16.12.1965) creó el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, el que tiene a su cargo la política habitacional del país (art. 2° inc. 1). El MINVU debe elaborar los planes de viviendas urbanas y rurales, equipamiento comunitario y desarrollo urbano (art. 2° N° 1). Dicha ley y la estructura institucional del Ministerio fue profundamente modificada –se desconcentró y descentralizó– mediante el Decreto Ley N° 1.305 de 1975 (D.O. 19.02.1976). Su art. 4° cambia su denominación a Ministerio de Vivienda y Urbanismo y señala que le corresponde formular y supervigilar las políticas nacionales en materia habitacional y urbanística y las normas técnicas para su cumplimiento, como asimismo la administración de los recursos que se le hayan entregado y la coordinación y evaluación metropolitana y regional en materia de vivienda y urbanismo.

La SEREMI de Vivienda y Urbanismo es un órgano desconcentrado que tiene el MINVU en cada región del país, y entre sus funciones destaca todo lo relacionado con la planificación urbana (art. 22 del D.L. 1.305, de 1976, de conformidad a lo dispuesto en el D.L. N° 575, de 1974).

Los SERVIU son órganos descentralizados supervigilados por el MINVU, uno por cada región del país. Son personas jurídicas de derecho público diferentes del Fisco, y con patrimonio propio. Su función básica es ejecutar los planes definidos por el MINVU y sus SEREMIS, para lo cual construye obras urbanas y habitacionales y otorga subsidios urbanos y habitacionales. Fueron creados por el art. 25 del D.L. 1.305, de 1976.

Además de estos organismos sectoriales especializados existen otros dotados por ley de competencias en esta área. En particular destacan las Municipalidades, los Gobiernos Regionales (GORES) y las Comisiones regionales de Medio Ambiente (COREMAS).

## 2. Subdimensión del desarrollo urbano.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N°458, D.O. 13.04.76, en adelante L.G.U.C.) se refiere en detalle a la planificación urbana en los niveles nacional, regional, intercomunal y comunal y a las reglas sobre ejecución y construcción de obras de urbanización y edificación. La División de Desarrollo Urbano del MINVU es la encargada de proponer la política nacional de desarrollo urbano y la política nacional de equipamiento comunitario, de infraestructura sanitaria, pavimentación y vialidad urbana en coordinación con los sectores socio-económicos (art. 12 D.L. 1.305).

Desde ya debe señalarse que toda urbanización debe ceder gratuitamente terrenos para fines colectivos, lo que incluye espacios de recreación que podrán aprovechar los menores. La cesión, sin embargo, no obliga a la ejecución de instalaciones. El art. 134 de la L.G.U.C. se limita a exigir las plantaciones y obras de ornato (y antes de la Ley N° 19.057, D.O. 03.05.1991, ni siquiera eso).

Art. 70. En toda urbanización de terrenos se cederá gratuita y obligatoriamente para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General, las que no podrán exceder del 44% de la superficie total del terreno original. Si el instrumento de planificación territorial correspondiente contemplare áreas verdes de uso público o fajas de vialidad en el terreno respectivo, las cesiones se materializarán preferentemente en ellas. La municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacio más adecuados.

Originalmente la planificación urbana estaba fuertemente centralizada, al punto que incluso los planes de rango inferior al comunal se aprobaban por Decretos Supremos, esto es, por el Gobierno Central. Ya en 1991 la Ley N° 19.175 trasladó una serie de competencias a los Gobiernos Regionales, proceso profundizado con la Ley N° 19.778 (D.O. 10.12.2001). Actualmente todos los planes urbanísticos se aprueban en el nivel municipal o el regional.

La Ley N° 18.695 (cuyo texto ha sido refundido mediante el D.F.L. N° 1-19.704, D.O. 27.12.2001), Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala que corresponde a las municipalidades la planificación y regulación a nivel comunal (art. 3°), incluyendo la toma de decisiones en los ámbitos de aseo, ornato, transporte, tránsito, construcción y urbanización.

En cuanto al diseño de obras de urbanización y edificación, la L.G.U.C. exige que se cumplan los estándares fijados en su reglamento, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (O.G.U.C., D.S. N° 47, D.O. 19.05.1992), en lo relativo a: 1) trazados viales urbanos, 2) áreas verdes y equipamiento, 3) líneas de edificación, rasantes, alturas, salientes, cierros, etc., 4) dimensionamiento mínimo de los espacios, según su

uso específico (habitación, comercio, oficina, escolar, asistencial, circulación, etc.), 5) condiciones de estabilidad y asismicidad, 6) condiciones de incombustibilidad, 7) condiciones de salubridad, iluminación y ventilación, y 8) dotación de servicios sanitarios y energéticos, y otras materias que señale la Ordenanza General (art. 105)<sup>109</sup>. La O.G.U.C. ha regulado en un capítulo especial la construcción de edificios destinados a local escolar u hogar estudiantil (arts. 4.5.1. a 4.5.14), extendiéndose a sala-cunas, jardines infantiles, etc.

Todo edificio que se construya para local escolar, sea en los niveles parvulario –sala cuna y jardín infantil–, general básico, medio, básico especial, superior o educación de adultos, o que se edifique para servir de hogar estudiantil como, asimismo, los edificios que en el futuro se destinen a dichos usos, deberán cumplir con las disposiciones contenidas tanto en la L.G.U.C. como en la O.G.U.C. (art. 4.5.1.). Por ejemplo, el art. 4.5.5., inc. final, de la O.G.U.C. indica que en salas cunas, ubicadas en pisos superiores al del terreno natural, las ventanas, balcones y terrazas deben contar con una protección no escalable de una altura mínima de 1,40 mt. En el art. 4.5.6. se establece que la superficie de sala de clases y actividades en una sala cuna debe ser de 2,50 mts. 2 por alumno, bajando a 1,10 para el caso de jardines infantiles. En cuanto a la superficie total de patio exigible e incremento en una sala cuna, si se trata de menos de 20 lactantes, deben haber 60 mts. 2, de lo contrario deben haber 3 mts. 2 por lactante. Respecto de los artefactos básicos, debe haber una bañera con agua caliente cada 20 niños, 1 lavamanos por cada 20 niños, 1 lavamanos para adultos y 1 inodoro. La sala de amamantamiento y control de salud de la sala cuna debe contar como mínimo con un lavamanos para uso de adultos. El art. 4.5.11. señala que las salas cunas ubicadas en pisos superiores al del terreno natural, deben contar con un sistema de evacuación para casos de emergencia, que garantice la salida de los alumnos a una zona de seguridad del local.

Además de regular el desarrollo urbano, el MINVU ha creado programas para financiar obras urbanas concretas que no tienen referencias expresas a los menores de edad. Nos referimos a:

- D.S. N° 39 (V. y U.), de 1996, que reglamenta el Programa de Mejoramiento Comunitario o Infraestructura Social Concursable (D.O. 06.05.96). Su art. 2° entiende por *mejoramiento comunitario* “las obras complementarias a las viviendas, destinadas al desarrollo social y a la recreación de la comunidad, tales como plazas con juegos infantiles, multicanchas, salas de uso múltiple, centros abiertos, jardines familiares, talleres laborales, centros de capacitación y edificaciones destinadas al culto”. De allí que pueda beneficiar directamente a los menores.
- D.S. N° 114 (V. y U.), de 1994, que reglamenta el Programa de Pavimentación Participativa (D.O. 11.08.1994). No está de más señalar la importancia que tienen las obras de pavimentación en el combate contra la contaminación en la

---

<sup>109</sup> Art. 106 L.G.U.C.: Para alcanzar la finalidad prevista en el artículo anterior, los materiales y sistemas a usar en las urbanizaciones y construcciones deberán cumplir con las “Normas Técnicas” preparadas por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, sus servicios dependientes o el Instituto Nacional de Normalización.

Región Metropolitana, cuestión que indirectamente redundaría en la salud de los menores.

- D.S. N° 245 (V. y U.), de 2001, que reglamenta el Programa Concursable de Obras de Espacios Públicos (D.O. 14.02.2002). Entre éstos considera, por ejemplo, “las plazoletas y su iluminación, el mobiliario urbano, el tratamiento de pavimentos en calles y pasajes, los paseos peatonales, las áreas de juego y recreación para jóvenes con muros para pintar grafitis o con pistas de skate...” (art. 2°).

Para verificar que las previsiones de los planes se ejecuten existe un organismo municipal desconcentrado, la Dirección de Obras Municipales (regulada en el art. 24 de la LOC de Municipalidades y arts. 8 y ss. de la L.G.U.C.). La Dirección se encuentra facultada para fiscalizar las obras de edificación y de urbanización que se ejecuten dentro de la respectiva comuna, para lo cual la ley establece que los funcionarios municipales cuentan con libre acceso a todas las obras que se ejecuten en la comuna, para ejercer las inspecciones que sean necesarias para asegurar la seguridad y conservación de las edificaciones (art. 142 L.G.U.C.).

### 3. Subdimensión habitacional.

La dimensión de desarrollo urbano tiene que ver con el ordenamiento del territorio. Sin embargo, la habitabilidad exige que además de normar el uso del territorio, el Estado se preocupe de proveer viviendas particularmente para los sectores de la población que no tienen acceso a una en las condiciones del mercado general, esto es, que no son sujetos de crédito hipotecario. Para ello el MINVU, las SEREMI y los SERVIU ejecutan una labor combinada cuyas bases están en la Ley N° 16.391, de 1965.

Art. 34: Corresponderán a la Corporación de Servicios Habitacionales especialmente las siguientes funciones:

(...)

6°. Conceder préstamos en dinero o en especies, con cargo a su propio presupuesto, en las condiciones generales fijadas por el Reglamento y determinar sus intereses, plazos y servicios.

(...)

11°. Otorgar a los adquirentes y arrendatarios de viviendas, los subsidios, bonificaciones y subvenciones, primas y seguros establecidos por la legislación vigente y por la presente ley y pagarlos a quién corresponda, y

12°. En casos calificados por el Ministro, de la Vivienda y Urbanismo, le corresponderá desarrollar todas las actividades y adoptar todas las medidas destinadas a prestar a la población urbana y rural, los servicios de carácter habitacional que se requieran para la reparación, mantenimiento, habilitación, urbanización, equipamiento, radicación y demás funciones que procuren la solución del problema de la vivienda.

La Corporación de Servicios Habitacionales fue suprimida por el D.L. 1.305, al igual que las demás corporaciones existentes en materia urbana y habitacional en los sesenta (CORMU, CORVI, etc.), pero el mismo D.L. fusionó las corporaciones existentes en los nuevos SERVIU que creó para cada región, disponiendo que éstos serían “sucesores legales de las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de

la Vivienda, y de Obras Urbanas y, por tanto, tienen todas las facultades y obligaciones de esas Corporaciones, en el ámbito de su Región.”<sup>110</sup>

A partir de estas normas se ha estructurado un completo y sofisticado sistema de programas de acceso a la vivienda regulados en el nivel reglamentario y que apuntan a diversos objetivos, desde el Fondo Solidario de Viviendas Sociales hasta los subsidios de renovación urbana. Existen cinco programas para viviendas nuevas (fondo solidario, vivienda dinámica sin deuda, vivienda progresiva, subsidio rural y subsidio habitacional), y tres para el mejoramiento de las viviendas existentes (mejoramiento de vivienda familiar y su entorno, mantención y entornos)<sup>111</sup>. Cabe destacar que existen previsiones específicas a favor de los menores en dos áreas:

- La priorización de los postulantes que concurren con menores a su cuidado en relación a aquellos que postulan sin menores. Así ocurre con el art. 15 letra a) del D.S. N° 40/2005, el art. 11 letra b) del D.S. N° 62/1984, los arts. 4 y 13 N° 2 del D.S. N° 117/2002, etc.
- La exigencia de equipamientos en algunos proyectos. Por ejemplo, el D.S. N°40/2005 exige ejecutar plazas de juegos y áreas recreacionales infantiles en los proyectos de postulación colectiva que comprendan más de 30 viviendas.

Las municipalidades también pueden intervenir en esta tarea. Les corresponde, por ejemplo, desarrollar las acciones destinadas trasladar a las industrias que causen daños o molestias a los vecinos o que estén mal ubicadas (art. 62 L.G.U.C.). Además la ley le encomienda a las municipalidades adoptar las medidas necesarias para prevenir el deterioro progresivo de un sector o barrio (art. 81 L.G.U.C.), o bien, para la rehabilitación y saneamiento de las poblaciones deterioradas o insalubres dentro de la comuna (art. 79 L.G.U.C.).

#### 4. Subdimensión del Medio Ambiente.

La habitabilidad está intensamente relacionada con el medio ambiente, pues la calidad de éste condiciona decisivamente la calidad de vida de los ciudadanos. La Ley N° 19.300 (D.O. 09.03.1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente, ha marcado un punto de inflexión en nuestra legislación, estableciendo nuevos estándares en las actividades productivas y otorgando al Estado la obligación de velar porque tanto el sector público como el privado actúen siempre tomando en consideración la preservación del medio ambiente, para lo cual se han conferido importantes atribuciones a un organismo especializado: la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). En concreto, esta ley creó el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), procedimiento que permite identificar y mitigar los impactos ambientales de nuevas actividades. Dentro de estas últimas la Ley incluyó los planes reguladores y los proyectos inmobiliarios que se ejecuten en zonas comprendidas en planes reguladores cuando la zona en que se ejecuten haya sido declarada saturada o latente por su nivel

<sup>110</sup> Sobre la evolución en esta materia puede verse MINVU. *Chile. Un siglo de políticas en vivienda y barrio*. Santiago: División Técnica y de Fomento Habitacional MINVU, 2004, 359 p.

<sup>111</sup> Mayores antecedentes en [www.minvu.cl](http://www.minvu.cl).

de contaminación (art. 10 h), además de los proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes recién mencionados (art. 10 g). El propósito de someter estas normas y proyectos al SEIA es resguardar la calidad ambiental de los asentamientos humanos.

El Código Sanitario (D.F.L. N° 725, D.O. 31.01.1968) también se refiere a aspectos relacionados con la calidad de los espacios en los cuales se desenvuelven las personas en general. Así, el art. 11 señala lo siguiente:

Sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salud, corresponde, en el orden sanitario, a las Municipalidades:

- a) proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de sitios públicos, de tránsito y de recreo;
- b) recolectar, transportar y eliminar por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía urbana;
- c) velar por el cumplimiento de las disposiciones que sobre higiene y seguridad se establecen en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización;
- d) reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de las casas-habitación, fábricas, edificios públicos, cuarteles, conventos, teatros y otros locales públicos y particulares;
- e) establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos y niños, así como baños y servicios higiénicos públicos; y
- f) proveer a la limpieza y conservación de los canales, acequias y bebederos, considerando además las condiciones de seguridad necesarias para prevenir accidentes.

Esta norma debe ser entendida en complemento de la Ley Orgánica de Municipalidades, en particular cuando ésta regula las obligaciones del alcalde y de la unidad encargada de la función de aseo y ornato (art. 25), la que debe velar por: a) el aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna; b) el servicio de extracción de basura; y c) la construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna.

Aparte de fijar un conjunto de deberes a las municipalidades, el Código Sanitario es bastante preciso en lo que a las SEREMI de Salud<sup>112</sup> corresponde efectuar para velar por la adecuada higiene de los espacios físicos. Por ejemplo:

Art. 29. El Servicio Nacional de Salud determinará la forma y condiciones en que se efectuarán la desinfección, desinsectación o desratización:

- a) de las habitaciones o locales destinados a viviendas;
- b) de los edificios y locales públicos y privados, como fábricas, talleres, teatros, vehículos de uso público, etc.;
- c) de las ropas y de otros artículos usados o que se ofrezcan para la venta, o se presten o arrienden o empeñen;
- d) de los residuos domésticos o industriales que pudieran transmitir infecciones o enfermedades parasitarias, y

---

<sup>112</sup> El Código se refiere al Servicio Nacional de Salud, pero actualmente debe entenderse que se refiere a las SEREMI de Salud, en virtud de la Ley N° 19.937, que estableció una nueva concepción de la autoridad sanitaria (D.O. 24.02.2004).

e) en general, de cualesquiera otros sitios u objetos, que requieran dichas medidas profilácticas.

Art. 31. En caso de peligro de epidemia o cuando ésta se hubiere declarado en cualquier lugar del territorio, el Servicio Nacional de Salud podrá disponer o tomar a su cargo el sacrificio de los animales o la eliminación de los insectos propagadores de la enfermedad, así como el saneamiento de los pantanos y demás lugares en donde la epidemia se ha desarrollado, la protección sanitaria del agua potable y el saneamiento de las aguas corrientes que se utilicen para el riego.

Art. 67. Corresponde al Servicio Nacional de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes en conformidad a las disposiciones del presente Código y sus reglamentos<sup>113</sup>.

Art. 69. No podrá iniciarse la construcción o remodelación de una población, sin que el Servicio Nacional de Salud haya aprobado previamente los servicios de agua potable y de alcantarillado o desagües.

Asimismo, ninguna de las viviendas que integran la población podrá ser ocupada antes de que la autoridad sanitaria compruebe que los sistemas instalados se encuentran conformes con los aprobados.

Las Municipalidades no podrán dar permiso de edificación, ni otorgar la recepción final de las construcciones, sin que se cumplan los requisitos señalados en los incisos anteriores.

El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar el desalojo de las viviendas que hayan sido ocupadas sin cumplir previamente los requisitos antes señalados.

Art. 71. Corresponde al Servicio Nacional de Salud aprobar los proyectos relativos a la construcción, reparación, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a:

- a) la provisión o purificación de agua potable de una población, y
- b) la evacuación, tratamiento o disposición final de desagües, aguas servidas de cualquier naturaleza y residuos industriales o mineros.

Antes de poner en explotación las obras mencionadas, ellas deben ser autorizadas por el Servicio Nacional de Salud.

Art. 76. Corresponderá a la autoridad sanitaria autorizar la instalación, ampliación y modificación de los balnearios, baños y piscinas destinados al uso público, como asimismo, vigilar su funcionamiento.

Art. 155 (146). Para la debida aplicación del presente Código y de sus reglamentos, decretos y resoluciones del Director General de Salud, la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados.

Cuando se trate de edificio o lugares cerrados, deberá procederse a la entrada y registro previo decreto de allanamiento del Director General de Salud, con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.

Art. 174.- La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad

---

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, véase el Decreto N° 289, Ministerio de Salud (D.O. 13.11.1989), que aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educativos. También véase el Decreto N° 301, Ministerio de Salud (D.O. 14.12.1984), que aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas en Campings o Campamentos de Turismo.

tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original.

Las infracciones antes señaladas podrán ser sancionadas, además, con la clausura de establecimientos, edificios, casas, locales, lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras; con el comiso, destrucción y desnaturalización de productos, cuando proceda.

## 5. Subdimensión de integración de la discapacidad.

También queremos dejar constancia de la Ley N° 19.284 (D.O. 14.01.1994), cuyo objetivo es procurar que las personas con discapacidad puedan integrarse plenamente a la sociedad (art. 1°). Junto con reconocer un plexo de derechos especiales a las personas con discapacidad, se regulan aspectos relacionados con la equiparación de oportunidades (Tít. IV) y, dentro de estos, se incluyen normas referidas al espacio físico. Algunos de los deberes establecidos para facilitar el desplazamiento de personas con discapacidad benefician indirectamente el desplazamiento de mujeres embarazadas o de padres con hijos menores. Así, por ejemplo:

Art. 21. Las nuevas construcciones, ampliaciones, instalaciones, sean éstas telefónicas, eléctricas u otras reformas de edificios de propiedad pública o privada, destinados a un uso que implique la concurrencia de público, así como también las vías públicas y de acceso a medios de transporte público, parques, jardines y plazas, deberán efectuarse de manera que resulten accesibles y utilizables sin dificultad de personas que se desplacen en sillas de ruedas. Si contaren con ascensores, éstos deberán tener capacidad suficiente para transportarlas.

Los organismos competentes modificarán las normas de urbanismo y construcción vigentes de manera que ellas contengan las condiciones a que deberán ajustarse gradualmente los proyectos; el procedimiento de autorización y de fiscalización; las sanciones que procedieren por su incumplimiento y el plazo y prioridades para que las edificaciones ya existentes se adecuen a las exigencias previstas en el inciso precedente.

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA SOBRE HABITABILIDAD***

En los párrafos siguientes se ofrece una mirada crítica de la normativa ya descrita, pero circunscrita a aquellas temáticas que pudieran incidir en el desarrollo integral de los menores de edad entre tres meses y los diez años.

### ***Amplitud de la potestad reglamentaria en materia de urbanismo y construcciones***

El primer punto a destacar es que el MINVU posee una amplia potestad reglamentaria, complementada por la que poseen los Gobiernos Regionales y Municipios a través de los Instrumentos de Planificación Territorial, y que puede ser fiscalizada por los Municipios y las SEREMIS MINVU y de Salud.

## 1. Lo positivo: flexibilidad y perspectivas para avanzar.

El puro desarrollo de la normativa vigente, a través de normas reglamentarias, permitiría incorporar en la regulación urbana y habitacional aspectos relativos a la habitabilidad de los menores de edad, sin necesidad de reformas legales. Dado que la actividad urbanística envuelve el ejercicio de algunos derechos constitucionales (fundamentalmente los de propiedad, art. 19 N° 24, de y libre empresa, art. 19 N° 21 de la CPR) no pueden emplearse regulaciones restrictivas –que sí requerirían reformas legales–, sino que debe acudir a técnicas de incentivo. Conviene relevar dos de ellas:

- *Mayores exigencias para los proyectos de vivienda social:* Dado que en este tipo de viviendas el Estado entrega recursos públicos y que éstos deben repartirse de una manera no discriminatoria (art. 19 N° 2 CPR), se utiliza el sistema de concursos, sea a través de postulaciones individuales o colectivas. En ambos casos es posible dar mayor puntaje a quienes cumplan con las características que se estiman deseables o, simplemente, transformar a éstas en un requisito para postular. Como ejemplo podemos mencionar los puntajes adicionales por cada menor integrante del grupo familiar, que aparecen en los reglamentos de todos los programas de vivienda (a diferencia de los programas urbanos que no lo consideran) o la exigencia de Juegos Infantiles y Áreas Recreacionales Deportivas en los proyectos a que se refiere el recuadro contenido en el art. 13.4 del D.S. N° 40/2005, V. y U. (Reglamento del Sistema de Subsidio Habitacional).
- *Mayores exigencias para desarrollos urbanos condicionados:* Nos referimos aquí a las zonas urbanizables de desarrollo condicionado, incorporadas al Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS) por la Resolución N° 39 del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 12.12.1997). Se trata de Zonas Habitacionales Mixtas caracterizadas por contar con bajos grados de urbanización o no tenerlos en lo absoluto (de hecho, muchas se dedicaban a la agricultura), por lo cual el plan les otorga condiciones urbanísticas muy limitadas (características de sectores periurbanos o rurales). Lo novedoso es que aquéllas pueden incrementarse para realizar proyectos inmobiliarios de gran escala con tal que el gestor del proyecto cumpla con una serie de exigencias que contiene el Plan y que apuntan a constituir asentamientos urbanos autosuficientes, esto es, que absorban sus externalidades negativas en vez de trasladarlas al resto de la ciudad. Así lo establece el art. 3.3.6. de la Ordenanza del PRMS. Posteriormente esta figura ha sido generalizada a las áreas de interés silvoagropecuario del PRMS con la figura de los “Proyectos con desarrollo urbano condicionado”, incorporadas mediante la Resolución N° 107 del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 11.12.2003). Lo interesante para nuestros efectos es que esta técnica podría también incorporar estándares dirigidos a los menores (puede verse como ejemplo el cuadro de estándares de equipamiento del art. 5.3.1. del PRMS).

En consecuencia, es perfectamente posible avanzar en la medida que se identifiquen estándares o exigencias concretos y considerando la realidad socioeconómica del país. En esto hay que asumir, claro está, que los menores no son los únicos ocupantes de las

viviendas ni los únicos habitantes de la ciudad, de forma tal que las exigencias deben ser compatibles con el uso general de éstas y aquélla.

2. Lo negativo: la carencia de una perspectiva de derechos y la escisión de las políticas de urbanismo y vivienda. Riesgos de la privatización de la política de vivienda social.

Pese a las bondades del punto anterior creemos que existe un aspecto criticable de esta flexibilidad, a saber, que el Estado no parece comprometerse con ningún estándar concreto, pues todo es revisable y provisorio. Una de las características que se suele predicar de los derechos sociales, culturales y económicos es su falta de eficacia jurídica. En efecto, se sostiene que como su concreción depende de la disponibilidad de recursos públicos no podrían exigirse en tribunales<sup>114</sup>, como ocurre con los derechos de cuño liberal-individualista. Últimamente se ha discutido esta noción afirmándose que debe ser superada generando en las políticas sociales un “enfoque de derechos”. Tal como lo informa Abramovich, “al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a requerir determinadas acciones, prestaciones y conductas. Los derechos establecen obligaciones correlativas y éstas requieren mecanismos de exigibilidad y responsabilidad.”<sup>115</sup>

Este desafío supone que la Constitución, o los tratados internacionales a que ella nos remite, sean concretados mediante instrumentos legales que los particulares puedan exigir en sede judicial. Tomás-Ramón Fernández afirma que se trata de un obligado proceso de “conversión”: “La garantía eficaz de los derechos sociales (a la educación, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda...) tiene como presupuesto necesario la definición precisa de sus concretos contornos, definición que los textos constitucionales no contienen, ni pueden contener, dadas las limitaciones propias del lenguaje constitucional. El enunciado constitucional de estos derechos reclama, pues, inexcusablemente la intervención complementaria del legislador... el legislador tiene que completar ese esbozo y «convertir» el deber genérico de los poderes públicos que comporta su simple enunciado en una obligación concreta judicialmente exigible.”<sup>116</sup>

Nuestro derecho, por otro lado, no es insensible a este enfoque. Por el contrario, recientes iniciativas legales lo han adoptado, como las leyes N° 19.966, que estableció un Régimen de Garantías en Salud (D.O. 03.09.2004) –elevando a rango legal el denominado “Plan Auge”– y N° 19.949, que dio rango legal al sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “Chile Solidario” (D.O.

<sup>114</sup> Al respecto puede verse MARTÍNEZ, José Ignacio: “Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte - sede Coquimbo*, año 4, 1997, pp. 133-140.

<sup>115</sup> ABRAMOVICH, Víctor: Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”. Santiago, Chile, Diciembre 9 y 10 del 2004. Disponible en World Wide Web <<http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-Unaaproximacionaalenfoque-s.pdf>>. Sobre este tema puede consultarse QUINTANA, Augusto: *La perspectiva de derecho en los programas sociales*, VI Foro de Equidad Social, agosto 2004.

<sup>116</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: “Las garantías de los derechos sociales”, en MUÑOZ, Santiago (Dir): *Las estructuras del bienestar en Europa*. Fundación ONCE-Civitas, Madrid, 1999, pp. 463-4.

05.06.2004)<sup>117</sup>. La reforma constitucional que se acaba de proponer para establecer como deber del Estado velar por la calidad de la educación (Boletín N° 4222-07, 06.06.2006) sigue un derrotero semejante, al exigir que el legislador determine “los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación” y permitir el recurso de protección cuando este derecho “sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

En este sentido, sería deseable generar estándares que garanticen que los programas financiados con fondos públicos cumplirán con ciertos requisitos mínimos de diseño, entorno y construcción, como ha propuesto la Fundación para la Superación de la Pobreza<sup>118</sup>. Aunque esto parezca evidente, el sector político y la opinión pública suelen privilegiar la obtención de metas cuantitativas en materia de construcción de viviendas en ritmos relativamente breves, lo que ha llevado a la ejecución de muchos conjuntos repetitivos, monótonos, con pobres dotaciones de equipamiento y, en algunos casos, con defectos constructivos. En esta línea puede destacarse la moción parlamentaria del diputado Carlos Montes (Boletín N° 3804-14, 10.03.2005) que profundiza este predicamento al modificar el D.L. N° 2.552/1979, que define la vivienda social, disponiendo que éstas “no podrán edificarse en grupos o conjuntos de más de 50 unidades habitacionales, los que deberán garantizar que su diseño y distribución y, en particular, la ubicación y características de los espacios comunes, favorezcan la organización la comunicación entre los vecinos...”; además de incluir en la Ley N° 19.537 (D.O. 16.12.97), sobre Copropiedad Inmobiliaria, la exigencia de “un estacionamiento por cada dos unidades o departamentos” en los conjuntos de vivienda social<sup>119</sup>.

Conviene subrayar que la virtual privatización de los programas de vivienda que se dirigen a los sectores de escasos recursos (v. gr., el Fondo Solidario de Viviendas), hace que este tema cobre mayor importancia. En efecto, antaño quien encargaba la construcción de las viviendas sociales era un organismo público, de manera que las personas contaban, entre otras garantías, con la responsabilidad extracontractual del Estado en caso de fallas. Actualmente, en cambio, los SERVIU se están retirando de la

---

<sup>117</sup> Al respecto puede verse el *Anuario de Derechos Humanos de Chile* N° 1, 2004, disponible en World Wide Web <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/indice.html>>, especialmente los trabajos de QUINTANA, Augusto: “Chile Solidario: El Desafío de Construir un Sistema de Protección Social a partir de una Perspectiva de Derechos” y JORDÁN, Tomás: “Ley N° 19.966, que crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos Plan Auge”. En el tema de salud puede consultarse, además, DRAGO, Marcelo: “La Reforma a la Salud chilena desde la Perspectiva de los Derechos Humanos”, 2005, disponible en World Wide Web: <http://www.estrategiapublica.org/pdf/La%20Reforma%20a%20la%20Salud%20Chilena%20desde%20la%20Perspectiva%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf>.

<sup>118</sup> Véase FUNDACIÓN PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA. *Umbralés sociales 2006. Propuestas para una futura política social*. Santiago, 2005, Cap. V, pp. 149-172.

<sup>119</sup> Este proyecto cuenta con la oposición empresarial, y en especial de la Cámara Chilena de la Construcción, que estima que elevará los costos de la vivienda social. Durante la tramitación en la Cámara de Diputados el número máximo de unidades aumentó a 150 (véase el 2° Informe de la Comisión de Vivienda y Desarrollo Urbano sobre el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.537, con objeto de facilitar la organización de los vecinos y la administración de los condominios de viviendas sociales, 16.05.2006).

licitación de viviendas y no asumen tampoco la prestación directa de asistencia técnica limitándose a una “fiscalización de segundo piso”. En otras palabras, su rol es fiscalizar a los privados que prestan asistencia técnica. Por ello, un enfoque de derechos podría contribuir a amparar los derechos de quienes acceden a los programas de subsidio habitacional.

### ***Virtual inexistencia de referencias al desarrollo integral de los niños y niñas como propósito de la legislación relativa a habitabilidad***

El desarrollo integral de la infancia no aparece como uno de los objetivos que explícitamente animan y fundamentan las políticas públicas relativas a la habitabilidad. Con todo, para reclamar su incorporación es preciso plantear cuáles serían las exigencias que derivarían de este principio, de manera de evitar que se transforme en una mera declaración de principios y pueda tener, en cambio, un enfoque de derechos.

### ***Dos problemas generales del desarrollo urbano que afectan a los menores: la exigencia de un desarrollo sustentable en términos ambientales y sociales***

Aunque no se trate de asuntos que atañan solamente a los menores nos parece importante consignar algunas disfuncionalidades de la regulación urbanística y habitacional que, de no superarse, influirán negativamente en su desarrollo.

1. Dificultades de aplicar el SEIA a la planificación urbana. Conveniencia de avanzar a una Evaluación Ambiental Estratégica.

Como es sabido, la compatibilización de la protección del medio ambiente con el desarrollo económico ha dado origen a la noción de *desarrollo sustentable*, esto es, “aquel desarrollo que satisface las necesidades de las presentes generaciones sin comprometer la habilidad de las futuras para satisfacer sus propias necesidades”<sup>120</sup>. Esta definición fue recogida en la Cumbre Mundial de la Tierra de 1992 (Río de Janeiro)<sup>121</sup> y es también acogida por el *Programa Chile Sustentable* (1997) pero con un ingrediente adicional: la noción de *sustentabilidad social*, que supone priorizar en la agenda temas como la distribución del ingreso y la equidad social, incluso imponiendo

---

<sup>120</sup> Véase *Our Common Future*, conocido como Reporte Brundtland (United Nations World Commission on Environment and Development), 1987.

<sup>121</sup> Se ha destacado en reiteradas oportunidades que la gran ventaja de esta noción estriba en haber puesto el énfasis en la intergeneracionalidad a la cual se aspira cuando se incorpora una perspectiva medioambiental en el desarrollo económico, entendiendo por éste al despliegue cualitativo de potencialidades sociales, culturales, económicas y políticas en el tiempo. La segunda novedad del Reporte Brundtland tiene que ver con la metodología que intenta instalar: prefiere concentrarse en estrategias prácticas que contribuyan a cumplir varios objetivos: crecimiento renovado, satisfacción de necesidades básicas, sustentar los recursos básicos, reorientar las tecnologías y controlar sus riesgos, considerar la variable medioambiental en la evaluación económica de los proyectos productivos. En el mismo informe se asume en calidad de pre-requisito que la implementación de tales estrategias requiere de transformaciones en las estructuras económicas, sociales y políticas.

como límites al desarrollo económico la gobernabilidad democrática, el bien común y la calidad de vida de la población<sup>122</sup>.

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) debiera ser la herramienta crucial para trasladar esta noción a la habitabilidad. Sin embargo, existe una serie de inconsistencias y duplicidades que demuestran que la técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) no resulta adecuada para dimensionar los impactos de los planes urbanísticos. Como indica Rajevic, “si uno revisa los 18 literales del art. 10 de la Ley 19.300, que señalan qué proyectos o actividades deben ser sometidos al SEIA, repara en que se trata de diversas obras físicas o materiales, que van desde un reactor nuclear hasta un establo de engorda de dimensiones industriales. Los planes reguladores son un caso completamente distinto y excepcional, dado que son normas jurídicas y no proyectos productivos como el resto de las hipótesis del art. 10. Por lo mismo, el procedimiento general del SEIA se les aplica con grandes dificultades de oportunidad y criterio...”<sup>123</sup>.

Estos problemas han sido abordados en el Derecho comparado con la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Así, por ejemplo, la Unión Europea dictó hace seis años su Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (27.06.2001), relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente<sup>124</sup>, y que complementó el tradicional mecanismo de evaluación de proyectos. Como se ha dicho: “Mediante la EIA se analizan los efectos de un “proyecto”, esto es, una actividad ejecutiva precisa. La EAE, en cambio, controla la actividad que produce el marco que da cobertura a la ejecución de tales acciones, sea que se trate de un plan o un programa. Un proyecto, que es una obra material, es evaluado medioambientalmente para evitar que en sí provoque efectos adversos. En cambio, el plan o programa –que normalmente tendrá una dimensión normativa– se evalúa para lograr que sus normas impidan la ejecución de obras o proyectos que serán ambientalmente negativos, o al menos incentive lo contrario. Precisamente la experiencia ha demostrado que la EIA tiene importantes insuficiencias al evaluar impactos estratégicos”<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> *Programa Chile Sustentable. Propuesta Ciudadana para el Cambio*, 2003, p. 11. Se trata de una iniciativa de instituciones ecologistas y su objetivo es generar capacidades en las organizaciones de la sociedad civil para elaborar propuestas y agendas propositivas que den sustentabilidad al país. La principal finalidad que persigue el programa es revertir las tendencias neoliberales y consensuar políticas más progresistas en el ámbito de la protección del medio ambiente, es decir, instaurar en la agenda pública políticas de sustentabilidad económica. Desde el punto de vista institucional, lideran el proyecto el Instituto de Ecología Política, la Red Nacional de Acción Ecológica (RENACE) y la Universidad Bolivariana. Mayores antecedentes en LARRAÍN, Sara, LEROY, Jean Pierre, CANSEN, Karin (eds.): *Sustainable Southern Cone Program. Citizen Contribution to the Construction of Sustainable Societies*, 2003.

<sup>123</sup> RAJEVIC, Enrique: “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol II, N° 2, julio-diciembre 2000, pp. 546-547.

<sup>124</sup> DOCE L 197 de 21.07.01, pp. 30-37.

<sup>125</sup> RAJEVIC, Enrique: “Evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica y planes urbanísticos”, Getafe, mayo de 2002 (inédito), p. 23.

El caso de Santiago parece suficientemente expresivo de la necesidad de incorporar con mayor eficacia la dimensión ambiental en la planificación urbana. Parece claro que generar instrumentos adecuados para evaluar los impactos ambientales de las decisiones de planificación podría prevenir costosos y casi irremediables problemas de salud y convivencia en las ciudades.

## 2. Sostenida segregación socioespacial: el problema de la igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades de los menores de edad también tiene una expresión importante en la habitabilidad, pues supondría disfrutar de un entorno compuesto por espacios sanos, seguros y con razonable accesibilidad a equipamientos que permitan realizar actividades recreativas y culturales. Para decirlo explícitamente, si se concibe la promoción de la integración social como un desafío país, entonces habrá que prestar atención a las posibilidades que tienen niñas y niños de relacionarse con personas de condiciones sociales diversas y acceder de una manera equitativa a los distintos bienes públicos que tiene la ciudad.

Por desgracia, diversos diagnósticos advierten que la tendencia en desarrollo nos conduce hacia mayores niveles de segregación espacial entre las familias chilenas, haciéndose cada vez más patente la relación entre “ingreso familiar” y “territorio”.

El aumento del “clasismo espacial” en las principales ciudades del país no se debe únicamente a la manera en que las empresas inmobiliarias intervienen en el mercado, sino que también se encuentra dentro de las causas del problema la forma en que la autoridad ha intentado resolver el déficit habitacional en el país. Tal como lo informa la ministra del ramo, ante las nuevas demandas de calidad de vida e integración social, las políticas del Ministerio de Vivienda son discutibles: “Mientras el propio MINVU, con su “orientación urbana” predica ciertos ordenamientos clave, su “mano ejecutora” de vivienda social, con sus respectivas urgencias, actuó entregando viviendas en la periferia y con estándares de localización menores a los hoy deseados”<sup>126</sup>. De allí que algunos autores planteen que en las grandes ciudades se estaría transitando desde el clásico problema social de los “sin techo”, cada vez menos apremiante, al emergente de los “con techo”<sup>127</sup>.

Conviene mencionar en este punto que las inversiones de los distintos ministerios sectoriales durante la década de los 90 frecuentemente no se coordinaban con las del sector vivienda. Ello provocó que el traslado de importantes contingentes de población no fuese acompañado de la correspondiente dotación de equipamientos, algunos de los cuales están directamente relacionados con la infancia, como los consultorios o los colegios. Se trata de una experiencia nada de recomendable y que probablemente podría ser prevista por MIDEPLAN a través del Sistema Nacional de Inversiones (<http://sni.mideplan.cl/>).

---

<sup>126</sup> POBLETE, Patricia: “Urbanismo y vivienda”, en *Diario El Mercurio*, p. A 2, 07.05.2006.

<sup>127</sup> Puede verse a este respecto RODRÍGUEZ, Alfredo, SUGRANYES, Ana: “El problema de vivienda de los “con techo”, en *Eure*, Vol.XXX, N° 91, 2004, pp. 53-65.

Lo cierto es que el mercado del suelo y la actual política de vivienda social, en particular en Santiago, han sido incapaces de frenar esta tendencia segregacionista que, de persistir, radicalizará las diferencias entre la elite y los sectores menos acomodados, como si se tratase de ciudadanos residentes en distintos países. “Planificación urbana” y “libre mercado” no tienen por qué ser concebidos como polos opuestos; por el contrario, es factible y necesario alcanzar un equilibrio adecuado entre ambos conceptos. Como se verá en las recomendaciones, pareciera ser razonable intervenir en el funcionamiento del mercado inmobiliario y velar por una mayor igualdad de oportunidades en el acceso a áreas verdes, de entretenimiento y esparcimiento, junto con fomentar una mayor interacción espacial entre personas que provienen de distintos sectores sociales.

### **C) RECOMENDACIONES**

#### ***Reformular aquellas reglamentaciones que no promueven el desarrollo integral de la infancia***

Dada la amplitud que tiene la potestad reglamentaria en este ámbito sectorial es posible ajustar tanto la O.G.U.C. como las reglamentaciones de los diferentes programas de vivienda o las ordenanzas de algunos instrumentos de planificación, para ajustarlas a las exigencias que pudiese demandar el desarrollo integral de la infancia.

#### ***Definir estándares que puedan generar un enfoque de derechos en torno a la vivienda***

No basta con incorporar declaraciones programáticas a favor de la infancia; por el contrario, el ideal es asumir un enfoque de derechos, cuestión que exige identificar estándares o prestaciones concretas que luego puedan ser exigidas por los ciudadanos. La definición de estos estándares debiera ser fruto de un trabajo multidisciplinario y multisectorial.

#### ***Reformar la legislación relativa al SEIA en lo tocante a los instrumentos de planificación territorial***

Dado que actualmente está en curso una modificación de la normativa ambiental, que encabeza la Ley N° 19.300 (D.O. 09.03.1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sería oportuno reformular la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de los instrumentos de planificación para dar paso a una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), realmente eficaz.

#### ***Generar fórmulas que moderen la segregación.***

Dado que la tendencia del mercado es naturalmente segregadora, la ley debiera imponer ciertos límites a este fenómeno. Algunas ideas posibles de implementar serían:

- *Exigencias de cuota de viviendas sociales a los proyectos inmobiliarios de un tamaño relevante.* Se propone dotar de rango legal a las Zonas urbanizables de desarrollo condicionado (ZUDC), de 1997, que indujeron la construcción de estas viviendas por la vía de fijar densidades y alturas propias de esta tipología<sup>128</sup>, en una primera etapa, para luego pasar –con los Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado (PUDC) de 2003– a exigir un 30% de viviendas susceptibles de adquisición mediante subsidios habitacionales públicos, dentro de las cuales al menos un 40% fuese vivienda social<sup>129</sup>. De esta manera la ciudad futura incorporaría necesariamente a todo tipo de habitantes. Esto resguardará que las ZUDC sean sustentables socialmente, debiendo también evaluarse de manera previa su sustentabilidad ambiental. También es imprescindible que estos proyectos internalicen los costos que tendría extender horizontalmente la ciudad –supuesto que esto fuese ambientalmente tolerable–, de manera que si es más costoso crecer de esa manera que densificando el interior –como la lógica parece indicar muchas veces– los proyectos no debieran materializarse.
- *Exigencia de cuotas de vivienda social a todos los Municipios.* La experiencia más innovadora en este punto es la Ley de Solidaridad y Renovación Urbana de Francia (2000), que adoptó una opción radical al exigir que toda colectividad de más de 35.000 habitantes situada en una aglomeración de más de 50.000 habitantes llegue a tener, en un plazo de veinte años, un 20% de viviendas sociales o públicas en su parque inmobiliario. En consecuencia, esta sería la mínima heterogeneidad social que debiese tener una comuna. Desde 2002 se aplica a los Municipios una deducción de 1.000 francos por cada vivienda social faltante, pudiendo deducir de esta cifra la cantidad invertida en la ejecución de viviendas sociales durante el año anterior, previéndose la acción sustitutoria del Estado cuando el Municipio no actúe. Entre nosotros podría adaptarse este mecanismo a través de la figura redistributiva del Fondo Común Municipal, de manera que las comunas que poseen viviendas sociales vieran incrementados sus aportes y, en cambio, las que no las acogen, los vieran reducidos. No es una utopía, en consecuencia, adoptar al menos parcialmente esta inspiración que, por lo demás, tiene el mérito de hacerse cargo de la heterogeneidad en la ciudad ya existente, a diferencia de la propuesta anterior que apunta a los nuevos suelos que se agregan a la mancha urbana existente.

Con todo, y aunque exceda del alcance de este informe, debe advertirse que para incorporar estas fórmulas sería del todo deseable considerar instancias de participación ciudadana oportuna e informada.

---

<sup>128</sup> Se pidió que al menos el 2% de la superficie loteada o urbanizada tuviera una densidad bruta de 300 a 400 hab/ha, y al menos el 3% una densidad bruta de entre 401 y 500 hab/ha, con altura máxima de edificación de 7 m.

<sup>129</sup> Para estas últimas se autorizó una densidad bruta máxima de 400 hab/ha. Además, el proyecto debe destinar al menos un 5% de la superficie para actividades productivas y/o de servicios, cumpliendo con condiciones de equipamientos mínimos superiores a las normales, definidas en un cuadro de equipamientos *ad hoc*.

### ***Mayor coordinación: intersectorial y entre las políticas de vivienda y urbanismo***

Resulta imprescindible diseñar fórmulas que eviten la aparición de conjuntos de viviendas sociales alejados de los equipamientos mínimos que requiere un menor, insistiendo en el rol que debiera tener MIDEPLAN. Probablemente la mejor sede para coordinar las inversiones sea el Gobierno Regional (en su interior el SERPLAC podría asumir esta tarea). De igual modo, debe exigirse que las políticas de vivienda social tengan un talante urbanístico, de forma de evitar la tentación de sacrificar la calidad de los entornos en aras de una mayor producción habitacional. Esto debiera hacerse aplicando un enfoque de derechos, mediante normas de rango legal que impidan desconocer estos parámetros por la simple vía de modificar un reglamento.

### ***D) CONCLUSIONES***

El acceso a la vivienda carece de reconocimiento explícito en nuestra Constitución pero debe entenderse reconocido indirectamente, dada la remisión del art. 5, inc. 2º, de la CPR (incorporado en 1989) a los instrumentos internacionales ratificados por Chile en materia de Derechos humanos, como el art. 11.1 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el art. 27.3 de la *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Por otra lado, constituye un complemento casi necesario para el disfrute de otras garantías constitucionales, como el derecho a la intimidad (art. 19 N° 4), el derecho a la inviolabilidad del hogar (art. 19 N° 5) o el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 19 N° 8).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha enfatizado que la vivienda adecuada debe ser habitable, lo que supone que proteja la salud y la seguridad de sus ocupantes. Para lograr este objetivo se ha articulado una extensa normativa, que abarca la regulación de los organismos competentes (particularmente el D.L. 1.305, de 1975), el desarrollo urbano y la política habitacional (especialmente regulados en el D.S. N° 458, V. y U., de 1976, L.G.U.C.), y que es complementada con las legislaciones sobre integración de la discapacidad (Ley N° 19.284) y medio ambiente (Ley N° 19.300). Estas leyes han tenido un amplio desarrollo reglamentario.

Examinando este conjunto de normas, las referidas a los menores de entre tres meses y diez años son francamente escasas; es más, si se buscasen normas exclusivas para este grupo el resultado sería completamente estéril. Con todo, es posible destacar un conjunto de normas que les resultan especialmente aplicables.

- a) La urbanización del suelo supone, conforme a la L.G.U.C., cesiones de terrenos para la generación de espacios públicos que permitan recrearse y realizar actividades deportivas (art. 70 L.G.U.C.), socializando con la comunidad. Es tarea de los instrumentos de planificación que tales espacios se distribuyan de una manera adecuada, considerando tanto la intensidad de ocupación del suelo como el equilibrio entre las distintas zonas de la ciudad.

- b) El programa de subsidio habitacional exige, tratándose de postulaciones colectivas de más de 30 viviendas, estándares especiales en cuanto a las plazas con juegos infantiles y zonas deportivas, de forma que los niños con menores recursos tengan un estándar razonable de espacios públicos.
- c) Por otro lado, los diferentes programas habitacionales priorizan a los grupos familiares postulantes con menores o hijos aún no nacidos, en algunos casos exigiendo que se trate de menores de 15 años.
- d) Las construcciones de uso público están sometidas a exigencias de accesibilidad especiales para facilitar el desplazamiento de personas con movilidad reducida, lo que beneficia a embarazadas y menores.
- e) La O.G.U.C. ha regulado en un capítulo especial la construcción de edificios destinados a local escolar u hogar estudiantil (arts. 4.5.1. a 4.5.14), extendiéndose a sala-cunas, jardines infantiles, etc.

Se trata de un catálogo modesto. Sin embargo, debe destacarse que el MINVU posee una amplia potestad reglamentaria, complementada por la que poseen los Gobiernos Regionales y Municipios a través de los Instrumentos de Planificación Territorial, y que puede ser fiscalizada por Municipios y SEREMIS MINVU y de Salud. En consecuencia, el desarrollo de la legislación urbana y habitacional por vía reglamentaria aún puede engrosarse, con tal que no se afecten otros derechos constitucionales (fundamentalmente los de propiedad, art. 19 N° 24, y libre empresa, art. 19 N° 21 de la CPR). Así, por ejemplo, podrían plantearse mayores exigencias en los proyectos de vivienda social: se trataría de un tema económico y no jurídico. Del mismo modo podrían incrementarse las exigencias relativas a la infancia en los desarrollos urbanos condicionados.

Esto supone identificar estándares o exigencias concretas y compatibles con la realidad socioeconómica del país que puedan ser establecidos en leyes, impidiendo así que el Gobierno pueda desconocerlos por la simple vía de modificar un reglamento. Con ello se generaría un “enfoque de derechos” en la política de vivienda, semejante al que se está ensayando en otras políticas sociales con las leyes N° 19.966 y 19.949. En caso de optar por la vía legislativa, convendría señalar que el desarrollo integral de la infancia es uno de los objetivos que animan y fundamentan las políticas públicas relativas a la habitabilidad.

Otra área donde puede avanzarse es la EIA de planes urbanísticos. Si se implementara la noción de Evaluación Ambiental Estratégica, se mejorarían los estándares de salud y contaminación, que afectan especialmente a los menores.

De igual manera, sería importante generar medidas legales que atenúen la sostenida segregación socio-espacial de nuestras ciudades. Se trata de un tema especialmente complejo, pues implica intervenir el mercado del suelo urbano. Algunas herramientas a explorar serían las exigencias de cuotas de viviendas sociales en los proyectos inmobiliarios de un tamaño relevante (perfeccionando el modelo iniciado desde 1997 en las Zonas urbanizables de desarrollo condicionado) y en todos los Municipios, a través de incentivos y castigos aplicados a través del figura redistributiva del Fondo Común Municipal.

Finalmente, también es deseable diseñar fórmulas que eviten la aparición de conjuntos de viviendas sociales alejados de los equipamientos mínimos que requiere un menor, tarea que debiera corresponder a MIDEPLAN.

En síntesis, el desafío es que las políticas de vivienda social tengan un talante urbanístico, huyendo de la tentación de sacrificar la calidad de los entornos en aras de una mayor producción habitacional.



## VI. TRABAJO E INTEGRACIÓN

En este capítulo se analiza la normativa vigente que regula políticas, programas y prestaciones en torno al trabajo y la integración social. La estructura capitular se ha organizado en las siguientes secciones: en primer lugar se describen las normas relevantes en este ámbito; luego se realiza un análisis crítico de dicha normativa –se efectúa un análisis sobre la coherencia de la legislación revisada, esto es, la articulación de la normativa en relación con lo dispuesto en los distintos niveles en que se expresa; se formulan los alcances de fondo sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente, lo cual entrega juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados, así como de la forma en que esta normativa se traduce en políticas públicas; y se da cuenta de las omisiones que han sido detectadas–; por último, se expresan las conclusiones principales a la luz de los análisis realizados, y las recomendaciones y propuestas específicas que permitirían mejorar la normativa actual.

### *A) DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE*

#### ***Normas de rango constitucional***

Además de la aplicación de las garantías constitucionales consagradas en el art. 19 N° 2 (igualdad ante la ley), N° 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), N° 24 (derecho de propiedad), y de lo establecido en el ya citado art. 1° de nuestra carta fundamental, en la dimensión trabajo e integración social destacan especialmente las siguientes garantías (que se transcriben extractadas):

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 16°. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

N° 18°. El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

N° 21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Cabe recordar que el recurso de protección es aplicable para resguardar la mayoría de estas garantías (N° 2, N° 3 inciso cuarto, N° 16 –en lo relativo a la libertad de trabajo y

al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto—, N° 19, N° 21 y N° 24). Llama la atención que tanto el derecho a la seguridad social como la igualdad de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes no se encuentren dentro de las causales para interponer la acción constitucional de protección.

### ***Normas de rango internacional***

Nuestro país ha ratificado un sin número de tratados internacionales sobre esta materia, los que metodológicamente se agruparán según el organismo del cual emanan.

#### **1. Organización de Naciones Unidas**

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, promulgado en nuestro país el 28 de abril de 1989, y publicada en el D.O. el 27 de mayo de 1989. Este pacto establece la obligación para los Estados Partes de garantizar el ejercicio de los derechos que en él se consagran, sin discriminación alguna; estableciendo además que los hombres y mujeres tienen igual título a gozar de todos los derechos enunciados en el pacto.

En el art. 6° del Pacto se reconoce el “derecho a trabajar”, lo cual comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, debiendo los Estados Partes tomar las medidas adecuadas para garantizar este derecho (v. gr., a través de orientación y formación técnico-profesionales, preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva), en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Por su parte, el art. 9° reconoce el “derecho a la seguridad social”, incluyendo seguros sociales.

Además, el art. 7° reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren: a) una remuneración mínima, b) un salario equitativo, sin distinciones de ninguna especie, c) condiciones de existencia digna, d) seguridad e higiene en el trabajo, e) igualdad de oportunidades en la promoción laboral, f) descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, remuneraciones en caso de horas extraordinarias.

El art. 8° obliga a los Estados Partes a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, b) el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales, y el derecho de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, c) el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos, d) el derecho de huelga, ejercido en conformidad con las leyes de cada país.

Los Estados Partes se obligan a conceder a la familia, en su calidad de elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la

educación de los hijos a su cargo (art. 10.1). Además, los Estados deben proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social, quedando prohibido el trabajo infantil (art. 10.2).

Los Estados Partes también reconocen el derecho de toda persona a obtener un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1).

Un último artículo relevante para la comprensión de esta dimensión es el art. 15, según el cual los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural, b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979, promulgada en nuestro país el 27 de octubre de 1989 y publicada en el D.O. el 9 de diciembre de 1989. Por este tratado internacional el Estado de Chile se ha comprometido a la prevención, eliminación y la sanción de todas las conductas discriminatorias en contra de la mujer, obligándose el Estado a adoptar todas las medidas tendientes a estos fines. Un ejemplo de esto es la prohibición de discriminar a una mujer por el hecho de ser madre<sup>130</sup>. Otro

---

<sup>130</sup> Art. 11.1: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Art. 11.2: A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

ejemplo es que el Estado debe asegurar las condiciones mínimas de igualdad estableciendo en particular las prestaciones familiares.

*Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, promulgada el 12 de abril de 2005, y publicada en el D.O. el 8 de junio de 2005. Mediante esta Convención todos los Estados partes se comprometen a respetar y asegurar a los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro del territorio jurisdiccional los derechos previstos en dicho instrumento, entre los cuales se puede mencionar el derecho de gozar en las mismas condiciones que los nacionales de la seguridad social<sup>131</sup>.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, promulgado el 30 de noviembre de 1976, y publicado en el D.O. el 29 de abril de 1989. Por este tratado los Estados Partes se comprometen a respetar a todos los individuos que se encuentren en su territorio el reconocimiento de los derechos que por este pacto se establecen sin distinción alguna (Art. 2°). Por su parte el art. 8° establece que no se podrá someter a nadie a esclavitud, estando prohibida la trata de esclavos en todas sus formas; y tampoco se podrá constreñir a una persona a ejecutar trabajos forzosos u obligatorios<sup>132</sup>.

---

*Art. 13:* Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares;
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

*Art. 14.2:* Los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;
- e) Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;

<sup>131</sup> *Art. 27.1:* Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

<sup>132</sup> *Art. 8:* 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzosos, el cumplimiento de una pena de trabajos forzosos impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerará como “trabajo forzoso u obligatorio” a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una declaración judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

*Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, promulgada en nuestro país el 14 de agosto de 1990, y publicada en el D.O. el 27 de septiembre de 1990. En particular merece ser destacado el art. 18.3.: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”. Además recuérdese que el art. 20 indica los niños que sean privados temporal o permanentemente de su medio familiar, tienen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, debiendo asegurárseles otro tipo de cuidados.

Por su parte, el art. 26 indica que los Estados Partes deben reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, debiendo adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. Tales prestaciones deben concederse teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de su mantenimiento<sup>133</sup>.

---

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la excepción por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad.

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

<sup>133</sup> *Art. 18:* 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

*Art. 20:* 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

*Art. 26:* 1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Por último hay que señalar los arts. 32 y 34, donde se reconoce el derecho de los niños a estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Los Estados Partes, en particular deberán: a) fijar una edad o edades mínimas para trabajar; b) disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Por su parte el Art. 34 establece que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, con ese fin los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para impedir: a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

*Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados*, promulgado el 9 de septiembre de 2003, publicado en el D.O. el 17 de diciembre de 2003. Por este tratado viene a prohibirse la participación de los menores de 18 años de edad en los conflictos armados y por lo mismo establece la prohibición de ocupar a los menores de esa edad en hostilidades. También señala que los Estados Partes deben velar para que no se reclute obligatoriamente a menores de 18 años en sus fuerzas armadas<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Art. 1: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.

Art. 2: Los Estados Partes velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Art. 3: 1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

- a) Ese reclutamiento es auténticamente voluntario;
- b) Ese reclutamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o de las personas que tengan su custodia legal;
- c) Esos menores están plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
- d) Presentan pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

4. Cada Estado Parte podrá ampliar su declaración en cualquier momento mediante notificación a tal efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual informará a todos los Estados Partes. La notificación surtirá efecto desde la fecha en que sea recibida por el Secretario General.

5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas gestionadas o situadas bajo el control de las fuerzas armadas de los Estados Partes, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

*Acuerdo de Cooperación Técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, promulgado el 30 de julio de 1997, y publicado en el D.O. el 22 de octubre de 1997. Establece que el programa facilitará el intercambio de experiencias en política social, recursos humanos y capacidades creativas orientadora al desarrollo social focalizado en la infancia. Además señala que el proyecto de reducción de disparidades está destinado entre otras cosas a garantizar la igualdad de género<sup>135</sup>.

## 2. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

*Convenio sobre el Empleo de la Mujer antes y después del Parto*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington el 28 de noviembre de 1919, promulgada el 10 de agosto de 1925 y publicada el 13 de agosto de 1925. Se establece la ilegalidad del despido cuando la mujer esté gozando de su pre y post natal o de una licencia por enfermedad surgida por el parto, reconociéndole derecho a una indemnización suficiente para su manutención y la del niño<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> El Programa de Cooperación consta de dos programas -Implementación de los Derechos del Niño, y Promoción de los Derechos del Niño- formulados para ser ejecutados con interdependencia y coherencia entre sí, de manera que se potencien mutuamente. Los objetivos del Programa Implementación de los Derechos del Niño son: a) reducir las disparidades sociales mediante un mayor acceso a servicios de mejor calidad para los niños de determinados municipios pobres, para lo que se utilizarán actividades innovadoras y costo-eficientes a partir del nacimiento; b) promover la coordinación entre los sectores y la integración de los servicios en determinados municipios pobres para mejorar la eficiencia y la eficacia; c) apoyar las actividades nacionales en la armonización de los sistemas jurídicos y prácticas administrativas con la Convención sobre los Derechos del Niño; d) mejorar la información y el análisis sobre la situación de niños, niñas, y mujeres mediante el establecimiento y reforzamiento de centros de conocimientos e información, para lo que se colaborará con instituciones gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y centros académicos de investigación; y e) promover la construcción de la igualdad de género a través de la incorporación de consideraciones específicas de igualdad de género en las actividades del programa.

<sup>136</sup> *Art. 2:* Para la aplicación de la presente Convención, el termino “mujer” designa a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o su nacionalidad, casada o no y el termino “niño” designa a todo niño, legítimo o no.

*Art. 3:* En todos los establecimientos industriales o comerciales, públicos o privados, o en sus dependencias, a excepción de los establecimientos en los que solo se emplean los miembros de una misma familia, una mujer:

- a) No será autorizada para trabajar, durante seis semanas siguientes al parto;
- b) Tendrá el derecho de abandonar su trabajo, mediante la presentación de un certificado médico por el cual se declare que el parto se producirá probablemente en un plazo de seis semanas
- c) Recibirá durante el periodo en que ella permanezca ausente, en virtud de lo dispuesto en los párrafos a) y b), una indemnización suficiente para su mantenimiento y el de su niño en buenas condiciones de higiene.

Dicha indemnización, cuyo monto exacto será fijado en cada país por la autoridad competente, se pagará con los fondos públicos o por un sistema de seguro. Tendrá derecho, además, a los cuidados gratuitos de un médico o de una matrona. Ningún error de parte del médico o de la matrona, en la estimación de la fecha del parto impedirá a una mujer recibir la indemnización a que tiene derecho, a contar desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que el parto se produzca.

- d) Tendrá derecho en todos los casos, si ella amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir el amamantamiento.

*Art. 4:* En caso de que una mujer se ausente de su trabajo en virtud de lo dispuesto en los párrafos a) y b) del artículo 3º de esta Convención, o permanezca alejada durante un periodo mas largo, como

*Convenio N° 6 relativo al Trabajo de los Menores en la Industria*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington el 28 de noviembre de 1919, promulgada el 10 de agosto de 1925 y publicada en el D.O. el 15 de octubre de 1925. En esta convención se prohíbe el empleo de menores de 18 años en los trabajos nocturnos de los establecimientos industriales (previamente definidos por este tratado) o en sus dependencias. Lo importante es que se establece una excepción en caso de ser un establecimiento industrial en que se emplea únicamente a los miembros de una misma familia, el problema con esto es que no se establece qué se entiende por familia<sup>137</sup>. Además se establece otra excepción en que los mayores de dieciséis pero menores de dieciocho años pueden trabajar igualmente en trabajos nocturnos y es el caso de trabajos que por su naturaleza no se puedan detener.

*Convenio N° 13 sobre el Empleo de la Cerusa en la Pintura*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra entre el 25 de octubre y el 19 de noviembre de 1921, promulgada el 10 de agosto de 1925 y publicada en el D.O. el 15 de octubre de 1925. Por esta convención se prohíbe el emplear a menores de dieciocho años en los trabajos de pintura industrial en que se use cerusa<sup>138</sup>.

*Convenio N° 16 sobre el Examen Médico de los Menores en el Trabajo Marítimo*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 25 de octubre de 1921, publicada en el D.O. el 10 de octubre de 1935. Por esta Convención se prohíbe el empleo de menores de dieciocho años a bordo de buques sin previa presentación de un certificado médico que pruebe su aptitud para dicho trabajo, con la excepción de buques en que se encuentran empleados los miembros de una familia<sup>139</sup>.

---

consecuencia de una enfermedad comprobada por certificado médico y resultante de su embarazo o de su parto, y que la coloque en la imposibilidad de reanudar su trabajo, será ilegal para su patrón, hasta que su ausencia haya alcanzado una duración máxima fijada por la autoridad competente de cada país, despedirla durante dicha ausencia o en una fecha tal que el plazo del desahucio expire mientras dure la mencionada ausencia.

<sup>137</sup> *Art. 2:* 1. Queda prohibido emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de aquellas en que únicamente estén empleados los miembros de una misma familia, salvo en los casos previstos a continuación.

2. La prohibición del trabajo nocturno no se aplicará a las personas mayores de dieciséis años empleadas en las industrias mencionadas a continuación en trabajos que, por razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse día y noche:

a) fábricas de hierro y acero; trabajos en que se empleen hornos de reverbero o de regeneración y galvanización del palastro y del alambre (con excepción de los talleres de desoxidación);

b) fábricas de vidrio;

c) fábricas de papel;

d) ingenios en los que se trata el azúcar en bruto;

e) reducción del mineral de oro"

<sup>138</sup> *Art. 3.1:* Es prohibido emplear a los menores de 18 años y a las mujeres en los trabajos de pintura industrial en que se use la cerusa, el sulfato de plomo y todos los productos que contenga estos pigmentos.

<sup>139</sup> *Art. 2:* Las personas menores de dieciocho años no podrán ser empleadas a bordo, salvo en los buque en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, sin previa presentación de un certificado médico que pruebe su aptitud para dicho trabajo, firmado por un médico reconocido por la autoridad competente.

*Convenio N° 24 sobre el Seguro de Enfermedades (Industria)*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 25 de mayo de 1927, publicada en el D.O. el 8 de octubre de 1931. Señala que la indemnización solo podrá ser suspendida de manera parcial cuando el asegurado mantenga cargas de familia<sup>140</sup>.

*Convenio N° 25 sobre el Seguro de Enfermedades (Agricultura)*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 25 de mayo 1927, publicada en el D.O. el 8 de octubre de 1931. Se señala que la indemnización podrá ser suspendida de manera parcial cuando el asegurado mantenga cargas de familia.

*Convenio N° 103 sobre la Protección a la Maternidad*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 4 de junio de 1952, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999. Señala que toda mujer enferma debido al parto tiene derecho a una prolongación del descanso puerperal, además de tener derecho a recibir prestaciones en dinero. Asimismo tiene derecho a lapsos de tiempo para la lactancia del menor y los cuales se consideran como horas de trabajo<sup>141</sup>.

---

*Art. 3:* El empleo de estos menores en el trabajo marítimo no podrá continuar sino mediante renovación del examen médico, a intervalos que no excedan de un año, y la presentación, después de cada nuevo examen, de un certificado médico que pruebe la aptitud para el trabajo marítimo. Sin embargo, si el término del certificado caducase en el curso de un viaje, se prorrogará hasta el fin del mismo.

*Art. 4:* En casos urgentes, la autoridad competente podrá admitir que una persona menor de dieciocho años se embarque sin haberse sometido a los exámenes previstos por los artículos 2 y 3 del presente Convenio, a condición de que dicho examen se realice en el primer puerto donde toque el buque.

<sup>140</sup> *Art. 3.3:* La indemnización podrá ser suspendida:

b) durante todo el tiempo que el asegurado no sufra, por el hecho de su incapacidad, una pérdida en sus ingresos normales del trabajo, o cuando se mantenga a expensas del seguro o del tesoro público; sin embargo, la suspensión de la indemnización será solo parcial cuando el asegurado así mantenido tenga cargas de familia.

<sup>141</sup> *Art. 3.6:* En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

*Art. 4:* 1. Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas.

2. Las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.

3. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas.

4. Las prestaciones en dinero y las prestaciones médicas serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos; en ambos casos, las prestaciones serán concedidas, de pleno derecho, a todas las mujeres que reúnan las condiciones prescritas.

5. Las mujeres que no reúnan, de pleno derecho, las condiciones necesarias para recibir prestaciones tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública, a reserva de las condiciones relativas a los medios de vida prescritos por la asistencia pública.

*Convenio N° 121 sobre las Prestaciones en caso de Accidente y Enfermedad Profesional*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 8 de julio de 1964, promulgado el 8 de noviembre de 1999 y publicado el 29 de enero de 2000. Se establece una prestación monetaria para los hijos en caso de fallecimiento del sostén de la familia aumentadas por el monto de las asignaciones familiares<sup>142</sup>.

---

6. Cuando las prestaciones en dinero concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio estén determinadas sobre la base de las ganancias anteriores, no deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones.

7. Toda contribución debida en virtud de un sistema de seguro social obligatorio que prevea prestaciones de maternidad, y todo impuesto que se calcule sobre la base de los salarios pagados y que se imponga con el fin de proporcionar tales prestaciones, deberán ser pagados, ya sea por los empleadores o conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, con respecto al número total de hombres y mujeres empleados por las empresas interesadas, sin distinción de sexo.

8. En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea.

*Art. 6:* Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.

<sup>142</sup> *Art. 18:* 1. Las prestaciones monetarias en caso de fallecimiento del sostén de la familia consistirán en un pago periódico a las siguientes personas: a la viuda, de acuerdo con lo que prescriba la legislación nacional; al viudo a cargo e incapacitado; a los hijos a cargo del fallecido, y a toda otra persona que fuera designada por la legislación nacional. Dicho pago periódico será calculado de conformidad sea con las disposiciones del artículo 19, sea con las del artículo 20. Sin embargo, no será necesario disponer un pago al viudo incapacitado y a cargo cuando las prestaciones monetarias a otros sobrevivientes son apreciablemente superiores a las que establece este Convenio y cuando otros sistemas de seguridad social, distintos de aquellos que cubren los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, establecen a favor de tal viudo prestaciones apreciablemente superiores a las consignadas para los casos de invalidez en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952.

2. Además, deberá pagarse una prestación para gastos funerarios a una tasa prescrita que no será inferior a su costo normal. El derecho a esta prestación podrá ser subordinado a condiciones prescritas, cuando las prestaciones monetarias a los sobrevivientes sean notablemente superiores a las que establece el presente Convenio.

3. Cuando esté en vigor una declaración formulada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 y el Miembro interesado considere que carece de los servicios administrativos necesarios para efectuar pagos periódicos, podrá pagarse, en substitución de los pagos periódicos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, una suma global correspondiente al equivalente actuarial de los pagos periódicos debidos. Este equivalente actuarial será calculado sobre la base de las informaciones existentes.

*Art. 19:* 1. En el caso de un pago periódico al cual se aplique el presente artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagaderas durante la contingencia, deberá ser tal que para el beneficiario tipo que se indica en el cuadro II del presente Convenio sea por lo menos igual, para la contingencia correspondiente, al porcentaje indicado en dicho cuadro del total de las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagaderas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia se calcularán de conformidad con reglas prescritas y, cuando las personas protegidas o sus cabezas de familia estén clasificadas en categorías según sus ganancias, las ganancias anteriores podrán calcularse de conformidad con las ganancias de base de las categorías a las que hayan pertenecido.

---

3. Podrá prescribirse un límite máximo para la cuantía de la prestación o para las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la misma, a reserva de que ese máximo se fije de tal modo que, cuando las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia sean iguales o inferiores al salario de un trabajador calificado de sexo masculino, las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas.

4. Se calcularán sobre el mismo tiempo básico las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia, el salario del trabajador calificado de sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares.

5. Para los demás beneficiarios, la prestación será fijada de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

6. Para los fines del presente artículo serán considerados como trabajadores calificados de sexo masculino los siguientes:

a) un ajustador o un tornero de una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas; o

b) un trabajador ordinario calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente;

c) una persona cuyas ganancias sean iguales o superiores a las ganancias del 75 por ciento de todas las personas protegidas, determinándose estas ganancias sobre una base anual o sobre la base de un período más corto, según se prescriba; o

d) una persona cuyas ganancias sean iguales al 125 por ciento del promedio de las ganancias de todas las personas protegidas.

7. Será un trabajador ordinario calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo anterior, la persona empleada en el grupo principal de actividades económicas que ocupe el mayor número de personas protegidas de sexo masculino económicamente activas para la contingencia considerada, o de cabezas de familia de personas protegidas, según sea el caso, en el grupo que ocupe mayor número de personas protegidas o de sus cabezas de familia; a este efecto se utilizará la Clasificación industrial internacional uniforme de todas las actividades económicas, adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su séptimo período de sesiones, el 27 de agosto de 1948, modificada, reproducida en el anexo al presente Convenio, o con las modificaciones que en dicha Clasificación puedan introducirse en cualquier momento.

8. Cuando la cuantía de las prestaciones varíe de una región a otra, el trabajador calificado de sexo masculino podrá ser determinado, dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 6 y 7 del presente artículo.

9. El salario del trabajador calificado de sexo masculino se determinará sobre la base del salario por un número normal de horas de trabajo fijado, sea por contratos colectivos, sea por o en virtud de la legislación nacional, cuando fuere aplicable, o por la costumbre, debiendo incluirse los subsidios de carestía de vida, si los hubiere. Cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 8 del presente artículo, deberá tomarse el salario medio.

10. Ningún pago periódico será de cuantía inferior a la mínima prescrita.

*Art. 20:* 1. En el caso de un pago periódico al cual se aplique el presente artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagaderas durante la contingencia, deberá ser tal que para el beneficiario tipo que se indica en el cuadro II del presente Convenio sea por lo menos igual, para la correspondiente contingencia, al porcentaje indicado en dicho cuadro del total del salario del trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino y del importe de las asignaciones familiares pagaderas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. Serán calculados sobre el mismo tiempo básico el salario del trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares.

3. Para los demás beneficiarios, la prestación se fijará de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

4. Para la aplicación del presente artículo serán considerados como trabajadores ordinarios no calificados adultos de sexo masculino los siguientes:

a) un trabajador ordinario no calificado de una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas; o

*Convenio N° 127 sobre el Peso Máximo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1967 y publicado el 3 de noviembre de 1972. Establece que el empleo de menores de dieciocho años en el transporte manual de carga no ligera será limitado, notablemente inferior al de los trabajadores adultos de sexo masculino<sup>143</sup>.

*Convenio N° 138 sobre la Edad Mínima de Admisión para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 26 de junio de 1973, promulgado el 17 de febrero de 1999, y publicado el 12 de mayo de 1999. Por este convenio los Estados Partes se comprometen a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de ingreso al empleo. Además cada Estado debe realizar una declaración sobre la edad mínima para el ingreso al empleo o trabajo en los medios de transporte matriculados –en Chile la edad mínima es de quince años– y obliga además que la edad mínima de admisión en los trabajos que pueden resultar peligrosos a la salud, seguridad o moralidad de los menores no debe ser menor de dieciocho años<sup>144</sup>.

---

b) un trabajador ordinario no calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente.

5. Será un trabajador ordinario no calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo precedente, la persona empleada en el grupo principal de actividades económicas que ocupe mayor número de personas protegidas de sexo masculino económicamente activas para la contingencia considerada, o de sostenes de familia de personas protegidas, según sea el caso, en el grupo que ocupe mayor número de personas protegidas o de sus sostenes de familia; a este efecto se utilizará la Clasificación industrial internacional uniforme de todas las actividades económicas, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas en su séptimo período de sesiones, el 27 de agosto de 1948, modificada, reproducida en anexo al presente Convenio, o con las modificaciones que en dicha Clasificación puedan introducirse en cualquier momento.

6. Cuando la cuantía de las prestaciones varíe de una región a otra, el trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino podrá ser determinado, dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del presente artículo.

7. El salario del trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino se determinará sobre la base del salario por un número normal de horas de trabajo fijado sea por contratos colectivos, sea por o en virtud de la legislación nacional, cuando fuere aplicable, o por la costumbre, debiendo incluirse los subsidios de carestía de vida, si los hubiere. Cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 6 del presente artículo deberá tomarse el promedio del salario.

8. Ningún pago periódico será de cuantía inferior a la mínima prescrita.

<sup>143</sup> *Art. 7:* 1. El empleo de mujeres y jóvenes trabajadores en el transporte manual de carga que no sea ligera será limitado.

2. Cuando se emplee a mujeres y jóvenes trabajadores en el transporte manual de carga, el peso máximo de esta carga deberá ser considerablemente inferior al que se admita para trabajadores adultos de sexo masculino.

<sup>144</sup> *Art. 1:* 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.

*Art. 2:* 1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio; a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 a 8 del presente Convenio, ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna.

*Convenio Nº 156 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre los Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 23 de junio de 1981, promulgado el 3 de noviembre de 1998, y publicado el 3 de marzo de 1999. Los Estados Miembros deberán incluir dentro de sus políticas nacionales el objetivo de permitir que las personas con responsabilidades familiares desempeñen un empleo sin que sean objeto de discriminación y sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales<sup>145</sup>.

2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que establece una edad mínima más elevada que la que fijó inicialmente.

3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años.

5. Cada Miembro que haya especificado una edad mínima de catorce años con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente deberá declarar en las memorias que presente sobre la aplicación de este Convenio, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo: a) que aún subsisten las razones para tal especificación, o b) que renuncia al derecho de seguir acogiéndose al párrafo 1 anterior a partir de una fecha determinada.

*Art. 3:* 1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años.

2. Los tipos de empleo o de trabajo a que se aplica el párrafo 1 de este artículo serán determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

<sup>145</sup> *Art. 1:* 1. El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

2. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

3. A los fines del presente Convenio, las expresiones "hijos a su cargo" y "otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén" se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el artículo 9 del presente Convenio.

4. Los trabajadores y las trabajadoras a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores se designarán de aquí en adelante como "trabajadores con responsabilidades familiares".

*Art. 3:* 1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

*Convenio N° 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra el 17 de junio de 1999 promulgada el 29 de agosto de 2000, publicada el 17 de noviembre de 2000. Se establece que se entiende por niño todo menor de dieciocho años, y señala qué se entiende por las peores formas de trabajo infantil. Además establece la obligación del Estado de elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar estas peores formas de trabajo infantil<sup>146</sup>.

---

2. A los fines del párrafo 1 anterior, el término "discriminación" significa la discriminación en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

*Art. 4:* Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;
- b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

*Art. 5:* Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- a) tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales;
- b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar.

*Art. 6:* Las autoridades y organismos competentes de cada país deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas.

*Art. 7:* Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.

*Art. 8:* La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo."

<sup>146</sup> *Art. 2:* A los efectos del presente convenio, el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años.

*Art. 3:* A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

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

*Art. 6:* 1. Todo Miembro deberá elaborar y poner en práctica programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, las peores formas de trabajo infantil.

## **Normas con rango de ley**

Evidentemente, el principal cuerpo normativo referido a esta dimensión es el Código del Trabajo<sup>147</sup>. Dentro de su Título Preliminar destacan las siguientes normas:

Art. 2°. Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables en los registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquiera naturaleza.

---

2. Dichos programas de acción deberán elaborarse y ponerse en práctica en consulta con las instituciones gubernamentales competentes y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, tomando en consideración las opiniones de otros grupos interesados, según proceda.

Art. 7: 1. Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole.

2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

- a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;
- c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;
- d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

3. Todo Miembro deberá designar la autoridad competente encargada de la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio.

<sup>147</sup> Su texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado mediante D.F.L. N° 1 (D.O. 16.01.2003).

Lo dispuesto en los incisos terceros y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

Art. 5°, incisos 1° y 2°: El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

En el Libro I, sobre contrato individual, entre otras normas destacan las referidas a la capacidad de trabajar, cuya regla general se encuentra establecida en el art. 13, según la cual pueden celebrar contrato de trabajo los mayores de edad. Si bien existen excepciones a esta regla en la cual se permite que los menores de dieciocho años pero mayores de dieciséis puedan celebrar contrato de trabajo siempre cuando cuenten con las autorizaciones expresa del padre o la madre o en su caso quien lo tenga a cargo. También pueden contratar los menores de dieciséis pero mayores de quince años, siempre que cuenten con la autorización pertinente y hayan cumplido con la obligación escolar, y siempre que su trabajo sea ligero y no perjudique ni su salud ni su desarrollo y no impidan a que asistan a las escuela o programas de formación. Los menores de dieciocho años no pueden trabajar más de ocho horas diarias (art. 13).

Además se establece que los menores de dieciocho años no pueden ser admitidos a trabajos en que se requiera fuerza excesiva ni actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, moral o seguridad (art. 14). Relacionado con esto se encuentra la prohibición para contratar a menores de dieciocho años en cabaret y otros establecimientos análogos (art. 15).

Solo en casos debidamente calificados se puede autorizar a que un menor pueda trabajar pero con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras entidades similares (art. 16).

Asimismo queda prohibido el trabajo nocturno en establecimientos industriales, y comerciales, que se ejecuten entre las 22<sup>00</sup> y las 07<sup>00</sup> horas (art. 18).

Hay que agregar que solo los menores de 21 años pueden celebrar los contratos de trabajos de aprendizaje (art. 79).

Las remuneraciones y cotizaciones de seguridad social son inembargables (art. 57), salvo excepciones, entre las cuales cabe destacar las pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, en cuyo caso es embargable hasta el 50% de las remuneraciones (art. 57). En el contrato de trabajo puede fijarse una suma de dinero que el trabajador asigna a la mantención de su familia; la mujer casada puede recibir hasta el 50 % de la remuneración de su marido cuando éste ha sido declarado vicioso (art. 59).

En caso de nacimiento y muerte de un hijo así como de muerte del cónyuge, el trabajador tiene derecho a un día de permiso pagado, adicional al feriado anual (art. 66).

El Libro II del Código del Trabajo, sobre la protección a los trabajadores, incluye normas relevantes para este estudio. El principio orientador se encuentra en el art. 184:

Art. 184, incisos 1° y 2°: El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.

Una norma interesante en nuestra legislación corresponde al art. 192, el cual concede “acción popular” para denunciar las infracciones que se observen a lo establecido en el Título I del Libro II (arts. 184-193), estando especialmente obligados para formular tales denuncias los inspectores del trabajo, el personal de Carabineros de Chile, los conductores de medios de transporte terrestre, los capitanes de naves mercantes, los funcionarios de aduana, y los encargados de las labores de carga y descarga en los puertos.

Las trabajadoras tienen derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y de doce después de él (art. 195). En caso de enfermedad causada con ocasión del alumbramiento, la madre tiene derecho a una prolongación del descanso postnatal, por el tiempo que determine el servicio encargado de la atención médica (art. 196). La mujer que se encuentre haciendo uso de estos descansos ha de recibir un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba.

En el evento que la salud de un niño menor a un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, lo cual ha de acreditarse por medio de certificado médico, la madre trabajadora tiene derecho al permiso y subsidio indicados, por el período de tiempo que el servicio fije (art. 199, inc. 1° primera parte). En estos casos, nuestro Código además reconoce una interesante facultad para la madre: En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, puede gozar del permiso y subsidios referidos (art. 199, inc. 1° segunda parte)<sup>148</sup>.

También el Código señala que cuando la salud de un menor de dieciocho años de edad requiera de la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o una enfermedad con grandes probabilidades de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al

---

<sup>148</sup> Este derecho también corresponde a quien tenga a su cuidado a un menor de un año y se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Véase además el art. 200.

año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

En el caso de que ambos padres sean trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Y cuando el padre tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa, el padre podrá hacer uso de este permiso.

El tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes (art. 199 bis).

En caso de que una trabajadora o un trabajador tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección, tendrá derecho a permiso y subsidio hasta por doce semanas (art. 200).

El Código obliga a todas las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras, de cualquiera edad o estado civil, a tener salas cunas, esto es, espacios anexos e independientes del local de trabajo donde las mujeres pueden dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo (art. 203). Los costos de las salas cunas corresponden al empleador (art. 205)<sup>149</sup>.

Desde el punto de vista de los derechos de la madre y del recién nacido, el art. 206 señala que las madres trabajadoras tienen el derecho irrenunciable de disponer de dos porciones de tiempo, que en conjunto no excedan de una hora al día, para dar alimento a sus hijos. Las horas en que la madre puede estar con el recién nacido se consideran trabajadas.

Si el empleador no respeta los derechos que se reconocen en el Título II del Libro II, también existe “acción popular”, pudiendo cualquier persona denunciar las infracciones que se cometieren ante la JUNJI o la Dirección del Trabajo (art. 207). En caso de demostrarse la infracción, el art. 208 señala que se aplicará una multa al empleador de 14 a 70 UTM, a beneficio de la JUNJI. Esta multa puede llegar a ser de 140 UTM en caso de reincidencia en la infracción.

El Título III del Libro II se refiere al seguro social contra riesgos de accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales. El art. 209 establece que el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originen del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, regulado por la Ley N° 16.744, sobre la que se tratará más adelante.

---

<sup>149</sup> Para una correcta comprensión de este derecho, téngase presente lo sostenido en la Dimensión Salud y en los arts. 203 a 208 del Código del Trabajo.

El Título V establece que los menores de dieciocho años y las mujeres no podrán llevar, transportar, cargar, arrastrar o empujar manualmente y sin ayuda mecánica, cargas superiores a los 20 kilogramos (art. 211 J). Además se señala que los menores no necesitarán autorización alguna para afiliarse a un sindicato ni para intervenir en la administración y dirección del mismo (art. 214). También se establece que se podrá convenir en la negociación colectiva normas comunes entre otras cosas de las salas cunas (art. 314)

Otros cuerpos legales de interés para el análisis de esta dimensión son los siguientes:

- Ley N° 19.985 (D.O. 02.12.2004). Otorga un reajuste de remuneración a los trabajadores del sector público y reajusta las asignaciones familiares y maternales, del subsidio familiar. Establece un bono de escolaridad para determinados trabajadores que tienen hijos entre cinco y veinticuatro años de edad que sean carga familiar y siempre que estén cursando estudios regulares, y un bono adicional a este bono de escolaridad. Además se establece el monto del subsidio familiar. Y se concede un aumento del aguinaldo de fiestas patrias por cada causante de asignación familiar.
- Ley N° 18.987. Incrementa las asignaciones familiares y maternales del sistema único de prestaciones familiares a las montos que la misma ley determina, los cuales van desde \$1.245 a \$3.930 dependiendo del ingreso mensual que se recibe (art. 1).
- Ley N° 10.662 (D.O. 23.10.1952), sobre la Caja de Previsión de la Marina Mercante. Donde se establece que el pensionado por invalidez tendrá derecho a una asignación familiar por las mismas cargas que las que perciban los imponentes activos. Además se establece que los beneficiados de las pensiones de vejez tendrán derecho a asignaciones familiares en las mismas condiciones que los pensionados por invalidez. También se establece que los hijos menores de quince años, legítimos, naturales, ilegítimos y adoptivos, tendrán derecho a una pensión de orfandad. Hay que hacer notar que la distinción entre los hijos naturales, legítimos e ilegítimos ha sido derogada. En caso de que los hijos menores de quince años no vivan a expensa del cónyuge sobreviviente, las pensiones de orfandad serán entregadas a las personas o instituciones que los tengan a su cargo. Asimismo se establece un fondo común con el objeto de conceder el beneficio de la asignación familiar a aquellos imponentes que justifiquen tener a sus expensas hijos legítimos, naturales o ilegítimos, adoptivos hijastros (arts. 21, 23.2, 26, 27, 35).
- Ley N° 20.012 (D.O. 02.05.2005). Se concede por una sola vez un bono extraordinario a ciertos beneficiarios, entre los cuales se cuenta a los beneficiarios de subsidio familiar de la ley N° 18.020, los trabajadores que perciban el beneficio de asignación familiar y cuyo ingreso no superen los \$180.000.
- Ley N° 18.611 (D.O. 23.04.1987). Crea el Fondo Nacional de Subsidio Familiar con cargo al cual se pagan los subsidios familiares, a cargo de la Superintendencia de Seguridad Social. Se determina que el subsidio familiar otorgado conforme a esta ley solo durar tres años desde el mes que comenzó a devengarse, pero con la posibilidad de ser renovado. Este beneficio de subsidio familiar puede ser renunciado con el consentimiento de quien efectivamente este percibiendo el beneficio.

- Ley N° 15.386 (D.O. 11.12.1963). Establece las pensiones de orfandad, las que no podrán ser inferiores a un 50 % y un 15 % por cada huérfano.
- Ley N° 19.518 (D.O. 14.10.1997). Fija el Estatuto de Capacitación y Empleo.
- Ley N° 19.728 (D.O. 14.05.2001), sobre Seguro de Desempleo.
- Ley N° 19.553 (D.O. 04.02.1998). Establece una bonificación adicional al bono de escolaridad por cada hijo que cause este derecho, cuando la remuneración sea igual o inferior de \$200.000, para determinados trabajadores de ciertos servicios. Y se concede un bono de escolaridad y la bonificación adicional a los trabajadores no docentes que se desempeñen en los sectores de la Administración del Estado y siempre que cumplan con las calidades señaladas en el art. 2 de la ley 19.464.
- Ley N° 16.744 (D.O. 01.02.1968). Establece Normas sobre Accidente del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Se señala que los montos de las pensiones aumentan un 5% por cada hijo que le cause asignación familiar. Y se establece una pensión de supervivencia en caso de muerte del afiliado o muerte del inválido pensionado, para distintos beneficiarios entre los cuales están los hijos del afiliado. Tienen derecho de percibir una pensión los hijos del causante menores de dieciocho años, y en caso que los descendientes carezcan de padre o madre la pensión es aumentada en un 50%, debiendo entregarse a las personas o instituciones que los tengan a cargo (arts. 41-49).
- Ley N° 19.882 (D.O. 23.06.2003). Se señala en esta ley un incentivo anual por logros de aprendizaje en el ámbito de la comunicación verbal para los trabajadores que laboren con niños entre tres meses y cuatro años y que logren los mejores resultados comparativos en dicha área de evaluación en los jardines de la JUNJI.
- Ley N° 18.056 (D.O. 09.11.1981). Se otorga una pensión de gracia para las personas que hubieren prestados servicios distinguidos o hubieren realizado actos meritorios del beneficio, más allá de su personal deber. En caso de su fallecimiento, entre las personas que lo pueden solicitar están los hijos.
- Ley Orgánica Constitucional N° 18.961 de Carabineros de Chile (D.O. 15.07.2005). Establece que la pensión de retiro del personal femenino se calcula con un aumento de un año por cada hijo que tengan. Los asignatarios de montepío cuyo causante falleciere sin derecho a obtener pensión de retiro, tienen derecho a la devolución del dinero de las imposiciones hechas por el causante. Asimismo, establece el derecho de percibir una indemnización de desahucio por el fallecimiento del carabinero a las personas señaladas en el montepío (arts. 58.3, 70 bis, 71 bis, 72 bis y 74).
- Ley N° 20.032 (D.O. 14.07.2004). Establece el sistema según el cual el Sename subvenciona a sus colaboradores acreditados. Interesan las normas referidas a actividades dirigidas para la protección de los derechos del niño, niña y adolescentes, centros de residencia, programas y diagnóstico. Una de las líneas en que debe desarrollarse la atención es a través de programas, entre los cuales destaca los programas de protección de los derechos (v. gr., el programa de protección especializado en otorgar intervención reparatoria frente a situaciones de grave vulneración de los derechos, tales como la explotación sexual comercial infantil u otras problemáticas que atenten contra el normal desarrollo del menor).
- Ley N° 18.600 (D.O. 19.02.1987). Se establece que las personas naturales que tengan a su cargo a personas con discapacidad mental pueden postular al subsidio familiar, siempre que se trate de un cuidado permanente. Los menores que adolecen de discapacidad mental son beneficiados con la subvención correspondiente al

sistema asistencial; sin embargo el goce del beneficio de la pensión asistencial es incompatible con la subvención.

- Ley N° 19.253 (D.O. 05.10.1993), sobre protección, fomento y desarrollo indígena.
- Ley N° 19.284 (D.O. 14.01.1994), establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.
- Ley N° 19.069 (D.O. 30.07.1991) sobre Organizaciones Sindicales y Negociaciones Colectivas. Señala que los menores no necesitan autorización para poder afiliarse a algún sindicato, ni para intervenir en la administración y dirección del mismo.
- D.F.L. N° 31 (D.O. 18.04.1953) fija la ley orgánica de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Se establece la inembargabilidad de las pensiones que paguen la caja de previsión de la defensa nacional o por su intermedio, salvo que se trate de pensiones alimenticias decretadas judicialmente. Además se señala que los hijos legítimos herederos de un imponente no pagan impuesto de herencia por las pensiones insolutas, desahucio u otros fondos quedados al fallecido. Asimismo se establece que se puede decretar un montepío a favor de un menor de edad huérfano.
- D.F.L. N° 2 (D.O. 28.11.1998). Establece la subvención estatal que reciben los establecimientos educacionales.
- DFL N° 5.291 (D.O. 19.05.1930), Ley de Educación Primaria. Se establece que no se puede ocupar a menores de dieciséis años en talleres o fábricas que no hayan cumplido con la obligación escolar. En caso de ocupar a niños que no hayan cumplido con su obligación escolar en el servicio doméstico se debe matricularlos en una escuela y facilitarles la asistencia regular a clases. Se señala también que los dueños o jefes de oficinas, de fábricas, comercio, taller, fundo o empresa industrial de cualquiera índole que empleen a menores de dieciséis años que no hubieren cumplido la obligación escolar, son sancionados con una multa o pena de 1 a 30 días de prisión.
- D.F.L. N° 245 (D.O. 31.07.1953).
- D.F.L. N° 1 (D.O. 30.05.2000), fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil; de la ley N° 17.344 que Autoriza Cambio de Nombre; de la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271 de Impuesto a las Herencias, asignaciones y Donaciones.
- D.F.L. N° 150 (D.O. 25.03.1982), fija el Texto Refundido y Sistematizado del Sistema Único de Prestaciones Familiares y de Subsidios de Cesantía. Se establece que serán causante de la asignación familiar los hijos y los adoptados hasta los dieciocho años, los nietos, bisnietos, huérfanos de padre y madre o abandonados por estos, los niños huérfanos, y será requisito para que causen asignación familiar el hecho de que vivan a expensa del beneficiario, y que no disfruten de una renta, cualquiera que sea el origen –y por lo mismo no se considera renta las pensiones de orfandad–; los causantes no dan derecho a más de una asignación por cada uno de ellos; las asignaciones son pagadas al beneficiario a cuyas expensas vive el causante, aun así la madre puede pedir que se le haga entrega a ella directamente. En el caso de las instituciones que tienen a su cargo al menor, ellas reciben las asignaciones familiares. El monto de las asignaciones familiares es uniforme en relación a los causantes como de los beneficiarios.
-

- DL N° 3.500 (D.O. 13.11.1980), sobre Sistema de Pensiones. Se establecen los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia. Además se señalan los requisitos que debe cumplir los hijos para ser beneficiarios de la pensión, uno de los cuales es ser menor de dieciocho años. Esta pensión es de 15 % por cada hijo que cumple con los requisitos necesarios, aumentable en caso de que el o la cónyuge no tengan derecho a pensión. En el caso que el gasto de los funerales lo hicieran personas distintas de los hijos, cónyuge, padres del afiliado, tienen derecho al pago de los gastos efectivos con un tope de 15 UF, quedando el saldo para la cónyuge, y a falta de ésta los hijos o los padres del afiliado (arts. 5, 7, 8, 55, 58, 72, 79 y 88).

### ***Normas de rango inferior***

- Decreto Supremo N° 114 (D.O. 11.07.2002), sobre el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia. Se establece que conforme a lo establecido en el instructivo presidencial sobre participación ciudadana, el Consejo debe consultar al Comité de Consultivo de la Sociedad Civil, integrado por organizaciones civiles que trabajan con la temática de la infancia y adolescencia (art. 6).
- Decreto Supremo N° 105 (D.O. 01.09.2004), dispone beneficios para los deudores de los SERVIU afectados por enfermedades catastróficas.
- Decreto Supremo N° 117 (D.O. 11.07.2002), sobre Reglamento del Subsidio Habitacional Rural (arts. 4 y 13.2).
- Decreto N° 63 (D.O. 24.04.2004). Establece una subvención a los niños que vivan en situación de pobreza e indigencia y que estén matriculados en el primer o segundo nivel de transición.
- Decreto N° 944 (D.O. 06.11.2002). Establece una subvención por alimentación para los alumnos de establecimientos educacionales subvencionados con servicio de internado.
- Decreto N° 163 (Ministerio del Trabajo, D.O. 13.09.1968), sobre asignación familiar, prestaciones médicas y pensiones de los familiares y los asegurados. Se establece que el pensionado además de tener derecho a la pensión mensual por invalidez absoluta también tiene derecho a una asignación familiar de un 10% del salario medio de los pensionados por cada hijo legítimo, natural o adoptivo menores de quince años. Cuando un hijo no vive a expensa del asegurado, la asignación es entregada a la persona o la institución que tiene al menor a su cargo (art. 35). También se establece que se abona a las beneficiarias de pensión de vejez 52 semanas de imposiciones por cada hijo. Se señala que la viuda tiene derecho a pensiones cuando existen hijos menores. Y por último, se establecen pensiones de orfandad para los hijos legítimos, ilegítimos, naturales y adoptivos menores de quince años (arts. 44 y 45).
- Decreto N° 313 (Trabajo, D.O. 12.05.1973). Incluye a los escolares en seguro de accidente de acuerdo con la ley N° 16.744. Si un estudiante, como consecuencia de un accidente, pierde al menos el 70% de su capacidad para trabajar, tiene derecho a una pensión de invalidez. Si la incapacidad es menor al 70 % pero superior al 15%, tendrá derecho a una pensión si acredita que carece de recursos iguales o superiores al monto de la pensión, otorgándose el beneficio solo en carácter de

temporal. En ambos casos el estudiante está obligado a someterse a tratamientos médicos (art. 8).

## ***B) ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA VIGENTE***

### ***Aclaraciones conceptuales y contextuales***

Los contenidos y alcances de la legislación laboral tienen efectos significativos sobre distintos factores del mercado laboral, tales como, el empleo, los salarios y la conflictividad laboral. Las reformas de los últimos años han buscado corregir los desequilibrios heredados de las transformaciones realizadas bajo el alero del gobierno militar, que si bien habían eliminado numerosas excepciones y tratos especiales de antigua data, no habían conseguido instaurar un marco normativo de carácter balanceado y con legitimidad social entre empresarios y trabajadores.

En tal sentido, y para efectos del abordaje crítico de la dimensión trabajo e integración social, conviene tener en cuenta dos focos de análisis: 1) el modo en que la normativa recoge las relaciones entre trabajo y maternidad, y 2) la manera en que el trabajo afecta la atención y desarrollo integral del niño/a desde los 3 meses hasta los diez años de edad. En este punto vale tomar en consideración que el tema del cuidado y las responsabilidades familiares, principalmente el cuidado de los/as niños/as y las personas dependientes, está íntimamente relacionado con la posición y roles de las mujeres en la sociedad, particularmente en la esfera familiar y del trabajo.

El reparto de roles y la responsabilidad de las tareas de cuidado entre el Estado, la familia y el mercado de trabajo, plantean grandes desafíos a las mujeres para insertarse en igualdad de oportunidades al mercado laboral. Vale recordar que el concepto de cuidado se relaciona con el ámbito del trabajo y la diferenciación, no siempre clara, entre trabajo remunerado y trabajo no remunerado.

La literatura ha demostrado que los sistemas de cuidado no solo interfieren en los patrones de participación laboral sino también en los niveles de pobreza. Bettio y Plantenga sostienen que las barreras a la participación laboral femenina pueden incrementar el riesgo de que las familias caigan en la pobreza, especialmente en el caso de las mujeres separadas<sup>150</sup>. Adicionalmente, un bajo nivel de actividad económica incide en un mayor riesgo de pobreza una vez que se alcanza la tercera edad. Esta es otra razón para propiciar un modelo de cuidado que sea compatible con patrones de participación laboral continua, dado que ello puede reducir el riesgo de mayores niveles de pobreza en las mujeres de la tercera edad.

Las políticas de apoyo al cuidado traen consigo una serie de beneficios sociales y económicos, entre los cuales se encuentra una mayor incorporación de la mujer al

---

<sup>150</sup> BETTIO, Francesca, PLANTENGA, Janneke: *Comparing care regimens in Europe*, Feminist Economics, Marzo 2004 (para una exposición más detallada de la relación entre sistemas de cuidado y fertilidad véanse las págs. 104-106).

mercado laboral. Como efecto de estos beneficios se puede potenciar el logro de la igualdad entre hombres y mujeres. Pero hay un elemento que en el trazado de estas políticas puede resultar contradictorio en relación con el objetivo de igualdad.

Dicho elemento dice relación con el traspaso de parte de la responsabilidad sobre el cuidado proporcionado por las mujeres a las instituciones encargadas del servicio. Esta decisión, sin embargo, no implica necesariamente la promoción de una participación equitativa de ambos progenitores en estas tareas. Antes bien, implica un desplazamiento del problema, pero no su abordaje a fondo. En consecuencia, los diseñadores de la normativa deben tomar en consideración este efecto, evaluando cuáles pueden ser las políticas más adecuadas que favorezcan a la familia en su conjunto, sin sobrecargar a ninguno de sus miembros.

Para el caso que analizamos –y en la situación particular de este informe– lo anterior cobra relevancia dado que en nuestro país la participación laboral de las mujeres ha experimentado un notable crecimiento en el período 1986-2005. En particular, la participación laboral ha crecido en forma muy importante entre las madres de hijos/as pequeños/as. Los cambios, sin embargo, no han sido lo suficientemente drásticos como para alinear la tasa de participación del país con la de economías desarrolladas e inclusive con muchas de las economías latinoamericanas. De hecho, la economía chilena, a pesar de su crecimiento continúa, exhibiendo tasas de participación laboral femenina inferiores al promedio de la región<sup>151</sup>.

En este contexto se identifican algunos factores críticos que la normativa debe tener en cuenta de modo tal de poder facilitar tanto la incorporación equitativa de la mujer al trabajo como el desarrollo integral del niño/a desde la gestación hasta los tres meses de edad.

*Existencia de un modelo de sociedad con predominio fuerte del hombre como proveedor principal de recursos y la familia concebida de manera tradicional (hombre proveedor-madre cuidadora).* Bajo este modelo el Estado interviene (o se abstiene de intervenir) para fomentar un reparto específico de tareas entre hombres y mujeres, lo que de alguna manera se expresa en la norma. Sin embargo, en cuanto a la división del trabajo se constata una fuerte diferenciación entre las prácticas laborales y familiares asignadas a hombres y mujeres. Las mujeres (casadas o madres de familia) se dedican prioritariamente a las labores domésticas y familiares. En ocasiones trabajan pero sus trayectorias laborales suelen interrumpirse con la maternidad y crianza de los/as hijos/as.

*Tensiones entre la vida laboral y familiar.* Las mujeres valoran positivamente el trabajo remunerado al otorgarles la posibilidad de generar ingresos propios, desarrollarse en un ámbito ajeno al doméstico y potenciar su autoestima. Pero la valoración positiva se reduce en la medida que el trabajo se superpone con el rol doméstico y de cuidadora

---

<sup>151</sup> Para mayor profundidad en el desarrollo de estos aspectos críticos, ACOSTA, Elaine, PERTICARA, Marcela: *Participación Laboral Femenina y Cuidado Infantil*, BID-DIPRES, Universidad Alberto Hurtado.

tradicionalmente asignado a la mujer. Sin embargo, los cambios producidos en el último tiempo en la familia han tenido un impacto significativo sobre la inserción laboral femenina. En particular, la red de apoyo familiar ya no es un recurso que está disponible tan fácilmente como en el pasado.

*Rigidez en la estructura de las jornadas laborales.* Los esquemas flexibles de trabajo en Chile están muy poco desarrollados. La legislación laboral no sólo establece cuántas horas a la semana a lo máximo se puede trabajar, sino que también legisla sobre la duración diaria y en días de la semana laboral. Frente a esta realidad muchas mujeres, particularmente aquellas de menos recursos, deben optar por trabajos en el sector informal o por cuenta propia. Estas modalidades les permiten compatibilizar más fácilmente trabajo remunerado y familia. Chile, en relación con América Latina y los países industrializados, presenta una baja proporción del empleo en jornadas parciales. La inserción laboral de las mujeres en el sector informal es también baja.

*Bajas remuneraciones.* En el mercado laboral chileno, las mujeres se insertan principalmente en ocupaciones relacionadas con las ventas, funciones administrativas y servicios personales. En estas ocupaciones los salarios son particularmente bajos, por lo que el trabajo remunerado no compensa los costos de abandonar el hogar. En los quintiles de ingresos más bajos existe una visión ambigua de la conveniencia de trabajar fuera del hogar, en particular cuando hay niños pequeños y el trabajo remunerado tiene que cubrir también el costo del cuidado infantil.

*Escasez de servicios de cuidado infantil y poca compatibilidad con el trabajo a tiempo completo.* Los servicios infantiles gratuitos o de bajo costo son escasos o incompatibles con el trabajo a tiempo completo. Existe siempre la necesidad de complementar el cuidado formal con cuidado informal. Al final del día, si el niño/a se enferma o el sistema de cuidado falla, es la madre la que tiene que asumir el cuidado. Las mujeres de quintiles superiores utilizan extensamente la opción del servicio doméstico para el cuidado de los/as hijos/as. Las mujeres de los primeros quintiles no tienen esta opción y hace uso principalmente de la asistencia de familiares o el pago de servicios informales.

*Políticas maternas amplias pero rígidas.* Las políticas maternas en Chile contemplan un fuero maternal de doce meses luego de cumplido el postnatal, una licencia por maternidad de dieciocho semanas (seis de preparto y doce de postparto), derecho a sala cuna por dos años, derecho a dos medias horas diarias por dos años para alimentar al niño y derecho a licencias especiales por enfermedad del niño menor de un año o por enfermedad grave de un hijo menor de dieciocho años. No existe flexibilidad, como en otros países, para pactar con el empleador trabajo a jornadas parciales y/o flexibilización de los descansos pre y postnatal. Así una política diseñada para proteger la estabilidad laboral de la mujer, termina perjudicando en alguna medida su inserción laboral al generar una visión en la cual su contratación es más costosa que la del hombre.

*Cultura Laboral Machista.* Las mujeres se sienten discriminadas en el mercado laboral por edad, maternidad, cuidado de los niños, independientemente de su nivel de

ingreso. Por un lado, perciben que en el mundo laboral no existen condiciones que favorezcan la conciliación del trabajo remunerado con las labores de crianza y cuidado de los hijos. Por otro, se percatan de los costos en la vida familiar asociados al trabajo remunerado, especialmente en el caso del cuidado de los hijos. Como resultado, las mujeres, cuando pueden, se reservan fundamentalmente para el espacio privado (la familia, los hijos) y los hombres continúan ejerciendo su rol de proveedor en plenitud, en el espacio público. El trabajo remunerado de la mujer fuera del hogar se sigue considerando como un complemento o apoyo al marido, quien ejerce la función de proveedor principal.

*Desinformación o desconocimiento de la normativa laboral:* Por lo general, existe desinformación respecto de la normativa en relación con los derechos asociados a la maternidad y al cuidado de los hijos. Varios estudios demuestran que el desconocimiento se extiende también a los empleadores quienes muchas veces no poseen información y por eso no respetan algunos beneficios. Sin embargo, otros, teniendo conocimiento los omiten por su conveniencia. Existen diferencias en el respeto a la normativa según el tipo de empleador y la empresa en que trabaje la mujer. En concreto, las madres trabajadoras se exponen a muchas dificultades en su quehacer laboral cuando algún hijo se enferma. Entre las dificultades está la incompreensión del empleador y la amenaza de quedarse sin empleo.

En resumen, la confluencia de estos factores determina tasas de participación bajas para las mujeres casadas y en particular para las mujeres con niños pequeños (menores de cinco años). Aún mujeres con fuerte apego al mercado laboral optan por pasar a la inactividad con el nacimiento de los niños. Según estimaciones realizadas la presencia de niños en el hogar es por lejos la variable que tiene mayor efecto sobre la participación laboral femenina<sup>152</sup>. Adicionalmente se ha puesto evidencia que no es la ausencia de los hijos, sino las dificultades que las madres enfrentan para lograr su cuidado adecuado, la variable predictora de depresión entre mujeres trabajadoras. Los problemas de inserción laboral son más agudos en las mujeres de estratos socioeconómicos bajos, de bajo nivel educativo, las que en general sólo pueden insertarse en trabajos no-calificados mal remunerados y carecen de redes gratuitas de ayuda familiar.

### ***Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente***

La legislación de protección a la maternidad actualmente vigente en Chile está alineada con las normas y directivas de la OIT. En ese sentido, contempla protección contra el despido de mujeres embarazadas sin causa justa, de forma similar que en los países industrializados y latinoamericanos. Sin embargo, la legislación nacional presenta diferencias respecto de la duración del fuero maternal y la cobertura de todos los sectores de la actividad económica y de ocupaciones<sup>153</sup>. La licencia maternal en Chile,

---

<sup>152</sup> ACOSTA, Elaine, PERTICARA, Marcela, op. cit.

<sup>153</sup> Así, por ejemplo, mientras la legislación chilena reconoce este derecho a las mujeres durante el embarazo y hasta un año después de finalizada la licencia por maternidad, la ley argentina protege el empleo de la trabajadora hasta siete meses y medio después del parto, la costarricense señala que la

por ejemplo, es una de las más largas de América Latina. La mayoría de los países no establece restricciones sobre cómo estructurar los períodos pre y post-natal, norma que ha sido cuestionada en Chile. En América Latina, por ejemplo, existe flexibilidad en la mayoría de las legislaciones para trasladar tiempo del pre al post natal.

Sin embargo, a la luz de la lectura de las normas jurídicas vigentes en nuestro país, es plausible sostener que:

(1) existe una contradicción entre lo que podría considerarse un tratamiento de privilegio a la mujer trabajadora, expresado en la existencia de normas especiales de protección, y la fuerte reivindicación de la igualdad de oportunidades y trato, con planteamientos tendientes a eliminar toda forma de discriminación por sexo, tanto en remuneración como en la ocupación de los puestos de trabajo,

(2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, las tensiones de roles que ello produce así como los cambios recientes introducidos en el mercado laboral; y

(3) las reformas a la normativa orientadas o encaminadas a resolver estas dificultades no han logrado despejar elementos de tensión subsistentes que propendan a una reconciliación del mundo laboral y familiar en vistas de la atención integral del niño.

Sobre estos puntos vale la pena destacar algunos argumentos. La legislación laboral tiende a *establecer un estándar rígido para el conjunto del sector productivo*, sin considerar la heterogeneidad existente en su interior y la necesidad de adaptarse rápidamente a situaciones que son muy dinámicas. En tal sentido, queda pendiente avanzar en aspectos que pueden redundar en beneficios para una conciliación de la vida laboral y familiar como son la jornada laboral y las modalidades de contratación. Esto permitiría conjugar mayores grados de flexibilidad laboral pero con protección a los trabajadores, legitimar las regulaciones más flexibles y desarrollar una legislación mejor adaptada a las condiciones específicas de cada empresa.

En relación con la *duración y tipo de jornada laboral*, la normativa vigente (Código del Trabajo) *no es compatible con las nuevas formas de trabajo* basadas más en el producto que en el tiempo de trabajo. Estas modalidades se están introduciendo en el mercado laboral en forma creciente con el objeto de obtener mayor productividad al mismo tiempo que permiten compatibilizar las tareas familiares con las obligaciones laborales<sup>154</sup>.

La normativa laboral vigente no permitiría acumular horas de trabajo para su futuro uso, ya que existen restricciones diarias y semanales que determinan las jornadas

---

protección contra el despido se extiende durante el periodo de lactancia pero sin especificar duración, y la normativa de Ecuador alude exclusivamente a la finalización de la licencia por maternidad. Los países industrializados, sumados a Uruguay, Chile y El Salvador, prohíben que la mujer embarazada desarrolle actividades consideradas insalubres o peligrosas.

<sup>154</sup> Dentro de estas nuevas modalidades se encuentran las jornadas parciales, la reducción del tiempo de trabajo en el año, la flexibilidad horaria, el banco de horas y el teletrabajo.

ordinarias. Tampoco hay margen para distribuir las horas o semanas de trabajo al año. Existen ciertas flexibilidades (art. 38, modificado por la Ley N° 19.482, 3.12.1996) pero la ley es explícita al establecer que estas modalidades sólo deben adaptarse en caso de fuerza mayor. Las empresas, sin embargo, pueden establecer normas de trabajo más flexibles a través de distintas modalidades. No obstante, algunas de estas prácticas –tal es el caso de la subcontratación– no están normadas en forma adecuada, dando lugar a maltratos y abusos frecuentes.

Por su parte, la normativa existente en lo que dice relación con *las condiciones de higiene y seguridad en los ambientes de trabajo* están siendo sobrepasadas. Incluso los pisos mínimos referidos por ejemplo a Concentraciones Ambientales Máximas Permitidas respecto de productos químicos, existencia de servicios higiénicos y agua potable en el lugar de trabajo y niveles de ruido aceptables, no son respetados, como tampoco las normas referidas a la extensión máxima de la jornada laboral. Lo antes dicho puede tener repercusiones dañinas en el periodo de gestación y en ese sentido la ley no es específica de aquellos factores adversos para tal etapa.

Al observar las modalidades de cumplimiento de la legislación protectora de la maternidad se detecta la *existencia de otorgamiento de beneficios no siempre exactamente apegados a lo establecido en la ley*. Un ejemplo de ello lo constituye el pago de una suma de dinero directamente a la trabajadora para reemplazar la obligación de costear la sala cuna. Esta práctica de carácter ilegal resulta en muchas ocasiones de un acuerdo entre las partes y aunque pueda resultar conveniente para ambos el monto asignado habitualmente es menor que el valor cobrado por el servicio formal de cuidado<sup>155</sup>.

Otras situaciones similares a ésta son la reducción del derecho de alimentación al periodo de amamantamiento o la práctica de llegar una hora más tarde o retirarse una más temprano del trabajo como fórmula para cumplir el mismo derecho. Los datos sugieren que estas adecuaciones en muchos casos se ajustan a los deseos y posibilidades de la trabajadora, aún cuando impliquen una rebaja de costos para la empresa. Esta situación ameritaría la revisión de lo dispuesto en la normativa de modo de hacer los ajustes que se requieran.

### ***Omisiones normativas o tratamiento incompleto***

En relación con las omisiones de temas relevantes que requieren ser considerados por la normativa, en lo que se refiere a la protección del niño/a desde los tres meses hasta los diez años, vale mencionar los siguientes vacíos:

En primer lugar, hay que resaltar que tanto el derecho a la seguridad social como la igualdad de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes no se

---

<sup>155</sup> Cfr. HENRÍQUEZ, et al.: “Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas”, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Cuadernos de Investigación No. 3, 1997.

encuentran dentro de las causales para interponer la acción constitucional de protección.

El tema de la protección a la maternidad no se agota en la revisión detallada de los efectos que tiene en quienes están cubiertas por ley. El problema más grave, entendido como la mayor carencia del modelo de protección a la maternidad (permisos pre y post natal y derecho de alimentación del hijo menor de dos años), radica en la *insuficiencia en la cobertura de esta protección*. El número de trabajadoras excluidas parece ser alto y en razón de las nuevas modalidades de empleo tiende a ir en aumento. En el año 2002, el 25,8% de las empresas chilenas empleaba a veinte mujeres o más, con lo cual solo un cuarto de las empresas tenían la obligación de proveer salas cunas a los hijos menores de dos años.

Al ejemplo anterior hay que agregar los casos de mujeres que se emplean en el sector informal, aquellas que trabajan a honorarios, el trabajo a domicilio, las temporeras, entre otras modalidades de inserción laboral llamadas “atípicas”, pero que por razones de discriminación en el mercado laboral, se generalizan especialmente entre las mujeres. De los derechos de sala cuna y alimentación están excluidas las trabajadoras de empresas pequeñas (que como sabemos concentra una parte considerable de la mano de obra del país) o de mayor tamaño pero con bajo empleo femenino. Adicionalmente, quedan excluidas las diecinueve mujeres contratadas en una empresa que no necesariamente es pequeña, pero que no contrata más mujeres para no ser alcanzada por la norma (o bien, se subdivide en varias empresas).

Como lo indican Abramo y todazo, la legislación vigente tiene varias limitaciones. En primer lugar, el derecho a sala cuna está asociado exclusivamente a las mujeres y no a los hijos, indistintamente a través del padre o de la madre (ambos con responsabilidades familiares), lo que contribuye a reforzar la desigual distribución de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y a dificultar el acceso femenino al trabajo<sup>156</sup>. Por tal razón, el criterio para evaluar la adecuación de las leyes a las actuales condiciones del mundo laboral y cómo ello afecta el desarrollo integral del niño/a no debe restringirse al análisis de su cumplimiento, sino que también requiere evaluar su cobertura, en otras palabras, averiguar cuán *inclusivas* son estas leyes.

Respecto del trabajo infantil y otras formas de maltrato, se detectan algunos vacíos al no quedar suficientemente clara la prohibición de contratar a menores, tal como lo establecen los convenios de la OIT, donde se prohíbe expresamente el trabajo a los menores de quince años. En la Ley de Educación Primaria, por ejemplo, se plantea la posibilidad que menores de dieciséis años puedan trabajar, siempre y cuando hayan cumplido con la obligación escolar o se les facilite la misma.

Hay que destacar además que en parte de la normativa (v. gr., Decreto N° 1340 y DL No. 3500) se continúa haciendo la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos,

---

<sup>156</sup> ABRAMO, L., TODARO, R: Cuestionando un mito: costos laborales de hombres y mujeres en América Latina. OIT, Lima, 2004.

siendo que se ha incorporado reforma legal al respecto para poner término a las discriminaciones entre tipos de hijos.

### ***Conclusiones***

La revisión de la normativa sobre la dimensión del trabajo permite concluir que, en términos generales, la protección del niño/a está considerada. En efecto, ella se expresa en la facultad de la madre de dejar de trabajar, de mantener sus ingresos mediante los respectivos subsidios, de garantizar el empleo mediante el fuero que la protege, de cuidarlo en caso de enfermedad grave y de garantizar el cuidado del hijo así como de alimentarlo durante los dos primeros años de vida si se dan las condiciones de exigibilidad de sala cuna para el empleador. Cabe agregar que varias de estas protecciones se establecen respecto del padre del menor o de quien lo tenga a su cuidado por resolución judicial. Ello reafirma que la intención de la normativa en estos casos, más que proteger la maternidad, ha avanzado en la búsqueda de protección de la familia.

Sin embargo, el análisis realizado permite concluir respecto de esta dimensión que el problema no se encuentra tanto en el déficit o incongruencia de la norma como en su débil capacidad de ajuste a la situación cambiante de incorporación de la mujer al mercado laboral con las tensiones que ello acarrea, así como la introducción acelerada de nuevas modalidades de empleo y condiciones de trabajo distintas.

En términos amplios, algunos estudios demuestran que ni las trabajadoras ni los empleadores se declaran partidarios de modificar drásticamente la legislación vigente. La tendencia general apunta a conservar las distintas instituciones, ampliando el ejercicio de algunos derechos a mayor número de trabajadoras y propiciando cambios y acomodos que, recogiendo la diversidad existente entre las trabajadoras, faciliten el ejercicio de sus derechos de maternidad sin que ello afecte sus condiciones de inserción igualitaria en el mercado laboral.

No obstante, el sistema legal enfrenta el desafío de ampliar a todas las trabajadoras, la protección a la maternidad, así como que el cuidado de los hijos, sea una responsabilidad compartida y cofinanciada entre la familia, el Estado y los empresarios.

### ***C) RECOMENDACIONES***

La evidencia empírica señala que existe una fuerte tensión entre el rol activo de la mujer en el mercado laboral y su tradicional función de cuidadora del hogar. La estructura del mercado laboral chileno, orientado hacia el trabajo a tiempo completo, con largas jornadas laborales sumado a una legislación protectora de la maternidad de carácter rígido, desincentivan tanto la oferta como la demanda laboral de las mujeres.

En términos generales se sugiere una revisión de la norma existente en función del criterio de integración de las políticas maternales con políticas expresas de cuidado infantil como mecanismo esencial para incentivar la participación laboral femenina o en su defecto garantizar el retorno de las madres al trabajo luego de la licencia maternal. A partir de este criterio se han identificado algunos puntos clave a la hora de repensar la normativa en función del contexto de cambios y en pro de la inserción laboral femenina en condiciones de igualdad.

*Flexibilización de licencias maternales.* Los sistemas de protección de la maternidad vigentes en los países europeos se basan fundamentalmente en una *combinación de licencias maternales, subsidios monetarios y permisos para el cuidado de los niños*. Existe una gran variabilidad entre países en lo que respecta a la generosidad de los beneficios (monetarios y en especie), longitud de las licencias maternales y longitud y permisividad de las licencias especiales para el cuidado de los niños pequeños. En general, sin embargo, se nota que largas duraciones en las licencias maternales son combinadas con ciertos incentivos impositivos o subsidios para incentivar a la mujer a volver al trabajo remunerado. Esto es, se da la opción de la mujer de tomar un largo período de licencia o retornar al trabajo remunerado luego de un tiempo. Adicionalmente la mayoría de los países no establece restricciones sobre cómo estructurar los períodos de pre y post-natal, política que ha sido muy criticada en Chile. Finlandia y el Reino Unido, por ejemplo, restringen qué tan pronto puede empezar el prenatal, pero no establecen una duración mínima para el mismo. En Irlanda, el prenatal no puede ser menor a cuatro semanas pero puede extenderse hasta diez. En Dinamarca o Italia, por ejemplo, las mujeres pueden optar por tomar el total de la licencia o sólo algunos días con un mínimo exigido; pueden alargar el período reduciendo las remuneraciones o tomando licencias en bloques. En América Latina, la mayoría de los países dan plena libertad para trasladar tiempo del pre al postnatal, lo que permite a la madre acomodar su descanso de acuerdo a sus necesidades laborales y personales. Es en este contexto que debería evaluar la extensión del post natal hasta seis meses.

*Integración de licencias maternales con políticas expresas de cuidado infantil y/o esquemas de reducciones horarias.* La integración de las políticas maternales con políticas expresas de cuidado infantil es esencial para garantizar el retorno de las madres al trabajo luego de la licencia maternal. Ciertas madres pueden desear combinar el trabajo a tiempo parcial o el trabajo en su casa con el cuidado de los/as niños/as. En España, por ejemplo, los padres pueden reducir su jornada hasta en un tercio y percibir el salario proporcional a su dedicación hasta que el niño cumple los seis años. Italia permite a los padres extender la licencia postnatal hasta diez meses con una tasa de recupero del salario del 30%.

*Promoción y protección de esquemas flexibles de trabajo.* Las horas y el lugar de trabajo son factores decisivos a la hora de determinar la compatibilidad del trabajo remunerado con la familia o con la vida fuera del trabajo. En las últimas décadas se han desarrollado formas de trabajo remunerado que buscan compatibilizar las tareas familiares con la vida laboral, las cuales involucran la reducción del énfasis en el tiempo de trabajo, instrumentación de jornadas parciales, reducción de las semanas de trabajo

en el año, horas de entrada y salidas flexibles, teletrabajo, entre otras. Este tipo de modalidades flexibles se han introducido en países como Australia, Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos. Sin embargo, la introducción de esquemas flexibles de trabajo que compatibilicen vida familiar y laboral no ha ido acompañada de la protección a la maternidad y al cuidado del hijo menor.

*Ampliación del derecho de alimentación:* Para evitar los efectos discriminatorios que la actual normativa dispone sobre este punto se sugiere ampliar el derecho de alimentación a todas las trabajadoras con hijos menores de dos años, independientemente del hecho que la empresa esté obligada o no a proveer sala cuna.

*Ampliación del derecho de salas cuna e introducción de modalidades flexibles:* Este derecho debería beneficiar a todas las mujeres que trabajan, independientemente del número que contrate cada empresa. Si en efecto se quiere propender un trato igualitario entre hombres y mujeres la normativa debería modificarse en función de que el financiamiento, actualmente de cargo exclusivo de quien contrata mujeres, debe ser redistribuido entre la empresa, el Estado y los padres (incluyendo explícitamente a los hombres). La normativa debería hacerse cargo de la regulación de lo que en la actualidad constituye una práctica habitual en muchas empresas, considerada como conveniente tanto para mujeres como empresarios, referida a la utilización de bonos como forma de financiamiento directo de la sala cuna.

*Instrumentación de Subsidios al Cuidado Infantil versus Subsidios Monetarios Familiares.* El uso de subsidios al cuidado infantil puede ser efectivo para promover la participación laboral en países en los que la gran compresión en la estructura salarial limita la oferta de servicios de cuidado infantil a costos razonables. Una opción alternativa dice relación con que el Estado otorgue subsidios infantiles, es decir una transferencia monetaria a todas las familias con hijos en determinadas edades y con cierto nivel socioeconómico. Los subsidios infantiles generan un efecto ingreso neto que reduce la oferta laboral y en general también pueden gatillar sustitución entre formas de cuidado infantil formales e informales. La recomendación es focalizar los subsidios en el cuidado infantil si el objetivo de la política es fomentar la participación laboral femenina.

*Fomento y protección de modalidades de cuidado infantil no convencionales:* Este apoyo tendría que tener un horario continuado y flexible, lo que favorecería a las madres que tienen largas jornadas de trabajo o trabajos por turno. Esta propuesta no está orientada a sustituir las salas cunas y jardines infantiles, sino a complementar el trabajo que llevan a cabo aquellas organizaciones respondiendo a las necesidades sentidas de la familia.

*Reforzar la promoción y difusión de los derechos laborales, en particular aquellos referidos a las madres y padres trabajadores.* Esta recomendación se formula en la línea de hacer más visible las leyes y normas que rigen la maternidad y el cuidado de los hijos como consecuencia del desconocimiento de la normativa y del temor a exigir los derechos. Relevante en este sentido es el poco uso que hacen los padres de las licencias para el cuidado de sus hijos enfermos. Tal y como se ha realizado exitosamente con temas como

la violencia intrafamiliar deberían generarse campañas de sensibilización asociadas a la importancia de la maternidad y el cuidado de los hijos menores, como una responsabilidad no solo de la madre sino de la sociedad en su conjunto. Estas campañas son de extraordinaria importancia, particularmente porque apuntan a modificar pautas de conductas valóricas que son las que ofrecen más resistencia a cambiar. Dichas campañas no deben ir dirigidas solo a la mujer, sino también a los hombres, y a los empresarios.



## VII. RÉGIMEN JURÍDICO-PENAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

En rigor no existe un régimen jurídico-penal especialmente estructurado a partir de la edad de la víctima, sin perjuicio de lo cual la ley suele considerar ese factor en sus regulaciones. Lo que a continuación se expone es un *catastro* de las regulaciones que, sea que consideren explícitamente el factor etario o no, son potencialmente relevantes desde la perspectiva de la protección del que está por nacer y niñas y niños menores de diez años, poniendo énfasis en aquellas que son especialmente aplicables al caso de tratarse de personas menores de diez años. Siempre en perspectiva de protección, al final se considera también la situación de niñas y niños en ese tramo en su eventual calidad de infractores de la ley penal.

### ***Protección penal del que está por nacer***

La pieza clave del sistema de protección penal del que está por nacer en el derecho chileno es la regulación del aborto, concepto que, conforme a la opinión hoy virtualmente unánime, implicar darle muerte al feto.

Al respecto, la regulación de la cuestión en Chile puede calificarse, desde una perspectiva de modelos comparados, como un modelo de prohibición absoluta, esto es, un modelo en el cual la interrupción del embarazo por decisión de la mujer embarazada carece de un *status* jurídico especial que tienda a excluir la responsabilidad penal de los intervinientes, sea de un modo virtualmente ilimitado (sistema de plazos), sea bajo ciertas condiciones preestablecidas (modelo de indicaciones), sea mediante una combinación de criterios. En general este debate, que ha sido tan arduo en las sociedades occidentales, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, no ha tenido lugar oficialmente en Chile. En efecto, en nuestro país, las discusiones oficiales han girado en torno a los alcances de la exclusión tácita y en bloque de la aplicación de las disposiciones penales a métodos anticonceptivos sospechosos de actuar con posterioridad a la concepción, con lo cual se revive también el debate sobre el momento de inicio de la protección jurídica de la vida<sup>157</sup>, y en torno a la situación del llamado aborto terapéutico<sup>158</sup>. Más allá de estos márgenes, la cuestión central en torno a la posibilidad de un aborto voluntario no punible está resuelta en términos tajantemente negativos.

---

<sup>157</sup> El debate ha sido particularmente arduo en sede constitucional y administrativa, a propósito de la comercialización del llamado “anticonceptivo de emergencia”, popularmente conocido como “píldora del día después”. Desde un punto de vista estrictamente penal, sin embargo, la cuestión decisiva no es desde cuando existe vida humana, sino sólo desde cuando hay embarazo – por la estructura de la ley que distingue según la posición de la “mujer embarazada” –, contexto en el cual la corrección de la tesis de la implantación o anidación parece indiscutible.

<sup>158</sup> La discusión ha girado en torno al reemplazo del texto del art. 119 del Código Sanitario, mediante uno de los últimos actos legislativos de la Junta de Gobierno, con motivaciones evidentes. Con todo, la doctrina penal mantiene mayoritariamente un examen diferenciado de la cuestión a la luz de las reglas generales en materia de justificación y exculpación de conductas típicas.

Mediante una regulación que se mantiene inalterada desde 1874, nuestro Código Penal (CP) reprime el aborto en sus diversas formas. Al efecto la ley distingue entre el aborto cometido por terceros y el llamado autoaborto. Respecto del aborto causado por terceros, la ley gradúa la pena atendiendo a si la conducta se ha realizado con (art. 342 N° 3 CP) o sin la voluntad de la mujer embarazada, siendo más grave, como es natural, el segundo caso, respecto del cual se distingue, además, si ha mediado fuerza sobre la mujer (art. 342 N° 1 CP; el aborto no consentido pero sin fuerza se tipifica en el art. 342 N° 2 CP)<sup>159</sup>.

Cuando el tercero en cuestión es un facultativo, esto es, un profesional del área de la salud humana, que ha obrado con abuso de su oficio, la ley prevé una doble agravación: por una parte un aumento automático en un grado respecto de la pena respectiva prevista, según el caso, en el art. 342 CP; y adicionalmente una agravación potencial mediante la equiparación de la autoría con la complicidad, en cuanto se le da el mismo tratamiento tanto al facultativo que causa el aborto como al que “coopera” en él (art. 345 CP). La agravación en razón del abuso del oficio, ciertamente plausible desde una perspectiva ética y de mayor protección de la vida del que está por nacer, ha sido, sin embargo, considerada disfuncional desde un punto de vista de política-criminal, por cuanto reprime con mayor dureza una práctica que reduce los riesgos asociados para la salud y la vida de la mujer. En otras palabras, aun a partir de una prohibición absoluta del aborto, parece socialmente preferible que el delito se cometa en circunstancias menos peligrosas para otros bienes jurídicos involucrados.

En cuanto al llamado autoaborto, la ley reprime en los mismos términos a la mujer que se practica su propio aborto como a la que consiente en que éste se realice (art. 344 CP). Llama la atención en este contexto, especialmente a la luz del debate descrito inicialmente, que la pena prevista para la mujer sea más severa que la que corresponde a los terceros que intervienen con ella<sup>160</sup>. Sin duda se trata de una solución coherente con la idea de terceros que intervienen en un ilícito que principalmente pertenece a la mujer (los partícipes siempre merecen menos pena que el principal), pero en este caso un tratamiento más benigno se puede fundar sin dificultades en las circunstancias apremiantes y en el conflicto que habitualmente rodean la decisión de interrumpir el embarazo. Político-criminalmente parece ser una materia a revisar.

Desde el punto de vista subjetivo, todas las conductas típicas requieren dolo –sea éste directo o eventual<sup>161</sup>–, de suerte que no se sanciona, salvo una excepción muy puntual,

---

<sup>159</sup> Según opinión dominante, para estos efectos la intimidación se equipara a la fuerza.

<sup>160</sup> La única señal de benignidad viene dada por la regulación del inciso segundo del art. 344, referida al llamado aborto *honoris causa*, esto es, aquél guiado por el propósito de ocultar la “deshonra” asociada al embarazo fuera del matrimonio, circunstancia que, como es evidente, carece en la actualidad de la relevancia social que alguna vez pudo haber tenido. Se echan de menos, en consecuencia, criterios de atenuación más acordes con lo que parecen ser los conflictos propios de la mujer embarazada en el contexto de la sociedad actual.

<sup>161</sup> A partir del empleo del adverbio “maliciosamente” en el art. 342, se ha desarrollado una ardua discusión respecto de la procedencia del dolo eventual en materia de aborto, la que, sin embargo, no es del caso abordar en este contexto.

el aborto cometido con imprudencia (lo que llamaríamos, en la terminología de la decimonónica legislación chilena “cuasidelito de aborto”). Esto se desprende del sistema de *numerus clausus* que en materia de delitos imprudentes rige en el derecho chileno (art. 10 N° 13 CP), que exige tipificación específica expresa, así como de la circunstancia que técnicamente el aborto no constituye un delito “contra las personas”, de modo que no le son aplicables las tipificaciones genéricas que respecto de la comisión imprudente de dichos delitos prevén los artículos 490 a 492 del Código. La única excepción prevista por el derecho chileno se encuentra en el art. 343, que –más allá de las discusiones respecto de sus alcances precisos– al menos reconocidamente abarca hipótesis imprudentes. El precepto se hace cargo del que causa un aborto, sin tener ese propósito, ejerciendo violencia sobre una mujer cuyo estado de embarazo le consta o que resulta manifiesto.

Ahora bien, más allá de los comentarios técnicos, debe admitirse que la decisión de no establecer una figura genérica de aborto imprudente es del todo acertada y no es más que expresión de una constante en el derecho comparado. En efecto, son tantas y tan variadas las conductas, tanto de la propia madre como de terceros a su respecto, que pueden representar riesgos para el desarrollo del embarazo en general (*vgr.*, fumar, beber alcohol, practicar deportes, trabajar bajo ciertas circunstancias, etc.), tanto más si se considera que, además, cada embarazo tiene una evolución diferente, que la consideración genérica del aborto imprudente como delito resulta incompatible con la más elemental seguridad jurídica. Por otro lado, sin embargo, debe destacarse que algunas legislaciones han previsto hipótesis específicas de aborto imprudente, técnica que no está sometida a los reparos ya señalados. Es lo que hace, por ejemplo, el derecho español en relación con el aborto cometido en el contexto de un tratamiento médico imprudente (art. 146 del Código penal español, si bien la extensión genérica a la imprudencia grave parece delicada)<sup>162</sup>. Hipótesis como éstas son susceptibles de ser estudiadas.

Desde un punto de vista estrictamente preventivo, debe recalcarse la relevancia de extender métodos adecuados de anticoncepción, así como de adecuados mecanismos de entrega de niños en adopción

Hasta aquí bajo el rótulo de protección penal del que está por nacer sólo se ha considerado el aborto, esto es, el atentado contra la vida del que está por nacer. Puede pensarse, sin embargo, en atentados contra el *nasciturus* que no provoquen su muerte ni estén encaminados tampoco a ese fin<sup>163</sup>. Si bien debe reconocerse que se trata de situaciones más bien teóricas, puede ocurrir que la conducta dolosa de un sujeto no se

---

<sup>162</sup> Art. 146. El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

<sup>163</sup> Si la conducta se endereza a producir la muerte del feto y este resultado no se logra, de todas maneras se está en presencia de una tentativa de aborto o de un aborto frustrado, figuras igualmente punibles, aunque con menor pena que el aborto consumado (arts. 7º, 50 y ss.)

dirija contra la vida del que está por nacer, sino contra su integridad. Por ejemplo, por venganza contra los padres, se ocasiona una malformación al feto o se le causa daño cerebral. Si a estos casos más bien extraños se agrega la perspectiva del desempeño médico imprudente, al que se hacía referencia precedentemente, se podrá advertir que la importancia práctica del asunto aumenta significativamente. Pues bien, en el derecho chileno vigente tales conductas son atípicas y, en consecuencia, no pueden perseguirse criminalmente. A su respecto sólo cabe el recurso a las reparaciones civiles. En contraste, algunas legislaciones extranjeras prevén el delito de lesiones al feto, incluyendo también previsiones sobre las lesiones imprudentes en el contexto de un tratamiento médico. Es lo que ocurre con el Código español de 1995 (arts. 157 y 158 CP español)<sup>164</sup>.

### ***Especial consideración de la (inexistente) regulación sobre manipulación genética***

En alguna medida relacionada con la protección del que está por nacer, si bien sus consecuencias se extienden mucho más allá, al punto de poder hablarse de la afectación de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se encuentra la problemática penal de la manipulación genética.

Al respecto debe destacarse que no es ésta una materia que pueda ser abordada en primera línea y en forma autónoma por el ordenamiento punitivo. Por el contrario, todo indica que las posibilidades y límites de la manipulación genética en una sociedad dada deben determinarse en el contexto de un debate social y jurídico mucho más amplio, al cual se invita al derecho penal recién cuando ya se han adoptado las decisiones estructurales al respecto, precisamente para que éste proteja los valores fundamentales expresados en tales decisiones. En esta materia, más aun que en otras, el derecho penal cumple una función esencialmente accesorio.

Pues bien, hasta el momento no existe en Chile una regulación extrapenal de la investigación y la manipulación genética al cual el derecho penal pueda acceder, de modo que no debe extrañar que tampoco existan disposiciones punitivas al respecto: simplemente faltan los presupuestos conceptuales para ello. Con todo, en la perspectiva de lo que podría llegar a ser el derecho futuro, no está de más considerar modelos comparados al respecto, entre los que se puede mencionar el Código español

---

<sup>164</sup> *Art. 157.* El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

*Art. 158.* El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

de 1995<sup>165</sup>, cuyos artículos 159 a 162 regulan, precisamente, los delitos relativos a la manipulación genética<sup>166</sup>.

### ***Protección penal de la vida de niñas y niños menores de diez años***

Como es natural, los niños en general gozan –a lo menos– de la misma protección penal en relación con su vida, salud e integridad corporal que el ordenamiento jurídico chileno prodiga a todas las personas, cualquiera sea su edad. Desde esa perspectiva, la ubicación etaria es, en principio, irrelevante para la ley. Existen, sin embargo, algunas disposiciones particulares que, asociadas más bien al parentesco que existe entre víctima y victimario, tienen una relevancia especial, más aún si se trata de niños pequeños. A continuación se revisarán dichas disposiciones.

En lo que concierne a la producción de la muerte de un niño, además de los tipos penales genéricos de homicidio, simple o calificado (art. 391 CP), la ley regula separadamente la hipótesis que se da cuando son los padres u otros ascendientes quienes dan muerte al niño. Se trata de los delitos de parricidio y de infanticidio, los que, en conjunto, exhiben un panorama algo incoherente.

Manteniendo una tradición en general abandonada por las legislaciones penales más modernas, el Código penal chileno sigue atribuyéndole una relevancia especial al

---

<sup>165</sup> Cabe destacar que el marco para las decisiones penales en el derecho español se encuentra en leyes extrapenales, especialmente la Ley 35/1988, sobre reproducción asistida humana, y la Ley 42/1988, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

<sup>166</sup> *Art. 159.* 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

*Art. 160.* 1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

*Art. 161.* 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

*Art. 162.* En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

llamado “parricidio” (art. 390 CP), concepto que entre nosotros abarca bastante más que lo que el nombre sugiere, pues consiste en dar muerte al padre, madre, hijo u otros ascendientes o descendientes, pero también al cónyuge e incluso, ahora, al “conviviente”. Para los efectos de este trabajo importa destacar que quien da muerte a su hijo o descendiente responde en general, como parricida, con una pena más grave que la que corresponde a un homicidio simple o, aun, calificado. Puede decirse entonces, que los niños de hasta diez años, en cuanto hijos o descendientes, se aprovechan también de la especial protección penal que la ley prevé para el vínculo de filiación.

Tanto o más desconcertante resulta entonces la figura de infanticidio, regulada en el art. 394 CP y que constituye una figura privilegiada, no sólo respecto del parricidio, sino que también del homicidio calificado, y que se verifica cuando cualquier ascendiente mata al niño dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores al parto. Si bien una regulación de este tipo puede tal vez resultar razonable en atención a los conflictos que enfrenta la mujer durante su embarazo o a la especial situación psicológica en la que la sume el puerperio, el que el beneficio se extienda también a otros ascendientes, incluidos los del lado paterno ha sido objeto de crítica desde hace décadas. La consecuente falta de fundamento de la figura lleva a concluir que para la ley chilena la vida del menor de cuarenta y ocho horas simplemente vale menos que la de un niño que ha logrado superar dicho umbral, lo que, desde luego, constituye un defecto grave de la legislación.

Al margen de esta incoherencia, que resulta imperioso corregir, todo indica que el camino que debería transitar el derecho chileno en esta materia es el de la derogación de estas normas especiales que indefectiblemente sirven de fuente de incoherencias. Parece preferible seguir el ejemplo de las codificaciones más modernas y prescindir del parricidio y del infanticidio, dejando la cuestión entregada a la aplicación de las reglas generales. No constituye argumento suficiente en contra la alusión a la llamada violencia intrafamiliar, pues, como se verá en seguida, en ese contexto el problema de fondo no es de derecho penal material, sino preventivo y procesal penal, cuestiones que pueden abordarse razonablemente sin necesidad de mantener normas anacrónicas.

### ***Protección penal de la salud y la integridad corporal de niñas y niños menores de diez años***

En lo que respecta a la protección de la salud y la integridad corporal de los niños, naturalmente rigen a su respecto las disposiciones generales en materia de lesiones: castración, mutilaciones, lesiones gravísimas, lesiones simplemente graves y lesiones menos graves (arts. 395 a 399 CP). Adicionalmente, cuando las lesiones han sido cometidas por los ascendientes del niño, o por el cónyuge o actual conviviente de su ascendiente o de cualquier miembro del grupo familiar que lo tenga bajo su cuidado, las penas correspondientes se aumentan en un grado conforme al art. 400 CP<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> El art. 400 hacía referencia a las lesiones cometidas contra las personas mencionadas en el art. 390 (parricidio), pero en virtud del art. 21 letra c) de la Ley N° 20.066, la referencia se hace ahora a “alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar”, esto es,

### ***Especial consideración del maltrato infantil (también psíquico) como hipótesis de violencia intrafamiliar***

Es precisamente la última disposición citada del Código Penal la que permite introducir una reflexión sobre las aristas penales de la llamada violencia intrafamiliar, en particular en lo que se refiere al maltrato de menores de diez años.

Si bien se mira, el viejo Código penal chileno siempre ha reconocido la gravedad de los atentados físicos en el seno de la familia, lo que se expresa nítidamente en esta tradicional agravación en materia de lesiones, en el ya mencionado tipo penal de parricidio y, en fin, en la circunstancia modificatoria de responsabilidad del art. 13, la llamada “circunstancia mixta de parentesco” que, conforme a la opinión unánime entre nosotros, tiene efecto agravante tratándose de delitos violentos. Mal puede decirse entonces que el derecho penal chileno haya ignorado el problema. Todo indica, más bien, que una serie de condicionamientos culturales y sociales ha impedido que se haga realidad lo que la legislación propone desde antiguo, siendo, además, altamente dudoso que esos condicionamientos se encuentren superados<sup>168</sup>.

Siendo esto así, debe celebrarse la búsqueda de estrategias jurídicas diferenciadas para hacer frente al problema, con énfasis en la prevención y en la superación del conflicto, más que en la respuesta unidimensional del derecho penal, la que en muchos casos, además, resulta contraproducente<sup>169</sup>. Más que homenajes a la legalidad penal, parecen preferibles herramientas efectivas para poner término a la violencia, proteger física y económicamente a las víctimas y, eventualmente, aunque no deba ser lo decisivo, para superar el conflicto subyacente, todo ello, naturalmente, cerca de ciertos márgenes, porque una renuncia al instrumentario penal resulta inaceptable.

Ésa era la orientación de la primera ley sobre la materia, la Ley N° 19.325, y sigue siendo en principio la de la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar, Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, si bien esta última amplía significativamente el ámbito de aplicación del derecho penal, más allá incluso de lo previsto en la legislación penal tradicional. Naturalmente es ésta una decisión legítima, pero evidentemente genera las mismas dudas de efectividad que suscitaba la aplicación del Código. Con todo, es posible que los mecanismos procesales con que cuenta permitan una efectividad mayor.

---

“quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente” o cuando la conducta recaiga “sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

<sup>168</sup> Noticias provenientes de países de considerable mayor grado de desarrollo, como es el caso de España, permiten ser escépticos al respecto.

<sup>169</sup> Vergüenza, dependencia económica y sentimental inhiben la presentación de denuncias, tanto más si la efectiva actuación del sistema penal (prisión preventiva, potencial condena, etc.) conduce a extremar la situación.

No debe perderse de vista, sin embargo, que, tal como su antecesora, la ley de violencia intrafamiliar es esencialmente una ley extrapenal. Define las conductas de violencia y prevé un conjunto de medidas de superación y sanción extrapenal a su respecto. Por violencia intrafamiliar se entiende, conforme al art. 5° de la ley, en lo que aquí importa, “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien... sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”, lo que se extiende a la violencia que “recaiga sobre persona menor de edad... que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”. Es evidente, entonces, que la ley se hace cargo exhaustivamente de las posibilidades de maltrato infantil en el seno del hogar.

Ahora bien, varias son las consecuencias estrictamente penales de la ley de violencia intrafamiliar. En lo que respecta a los delitos clásicos de lesiones, con la modificación que introduce la ley al art. 494 N° 5 del Código Penal, las lesiones menos graves constitutivas de violencia intrafamiliar no pueden en lo sucesivo ser calificadas como leves, cualesquiera que sean sus circunstancias<sup>170</sup>.

Mucho más importante que lo anterior es que, por la vía del nuevo delito de “maltrato habitual”, introducido mediante el art. 14 de la ley, pasan a tener relevancia jurídico-penal conductas que técnicamente no constituyen lesiones en sentido estricto, como ocurre con los malos tratos de obra que no dejan ni aun mínimas secuelas físicas y, especialmente, con la “violencia psíquica”<sup>171</sup>. Nótese que no se ha modificado el concepto de las lesiones, sino que se han elevado a la categoría de delito conductas hasta ahora atípicas –aunque constitutivas de violencia intrafamiliar, con consecuencias extrapenales– en razón de su carácter habitual.

En efecto, de acuerdo con el referido art. 14 “(e)l ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> La diferencia entre las lesiones menos graves –simple delito tipificado en el art. 399 CP– y las lesiones leves –falta tipificada en el art. 494 N° 5 CP– no es de carácter cuantitativo, es decir, no atiende a la extensión de las lesiones, como ocurre con la distinción entre lesiones menos graves y graves, sino de base estrictamente cualitativa, entregando la calificación al juez sobre la base de “la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. Sin embargo, el art. 21 letra d) de la ley de violencia intrafamiliar introdujo la siguiente oración final al mencionado N° 5 del art. 494: “En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”.

<sup>171</sup> Hasta ahora, el único caso en que la violencia psíquica no constitutiva de otros delitos como los de injurias tenía relevancia penal se daba en el contexto del delito de tortura (arts. 161 A y 161 B CP), que supone privación de libertad por parte de agentes del Estado.

<sup>172</sup> El inciso segundo dispone: “Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”.

Desde un punto de vista procesal, la persecución penal está condicionada por una decisión de la Justicia de Familia, toda vez que, según reza el inciso final del art. 14, el Ministerio Público sólo puede dar inicio a la investigación por este delito si el respectivo juzgado de familia le ha remitido los antecedentes de acuerdo con la Ley de Tribunales de Familia.

Por último, tiene también relevancia penal el hecho que el incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas en sede civil al parecer se entiende directamente constitutivo del delito de desacato previsto en el inciso segundo del art. 240 del Código de procedimiento Civil, con una pena de hasta cinco años de privación de libertad (art. 94 de la Ley de Tribunales de Familia).

### ***Consideración especial de los delitos de abandono de niñas y niños***

En este contexto deben considerarse también los delitos de abandono de niños, considerados delitos de peligro tanto respecto de la vida como de la salud o integridad corporal de los mismos. Por abandono se entiende genéricamente poner a una persona en una situación de desamparo. Mediante una regulación extremadamente farragosa y con notas evidentes de anacronismo, que merece ser revisada y simplificada, los arts. 346 a 351 del Código disponen en lo fundamental lo siguiente:

En primer lugar se debe distinguir si el niño es abandonado en un lugar no solitario o en uno solitario. En el primer caso, el delito exige que el niño en cuestión sea menor de siete años de edad (art. 346 CP). Si el abandono lo realizan los padres o quienes tienen a su cargo al niño, la pena se agrava, aunque atendiendo para la extensión de la agravación a su mayor o menor acceso a una “casa de expósitos” (si residen a menos de cinco kilómetros, mayor agravación; si residen más lejos, menor agravación) (art. 347 CP). Si a consecuencia del abandono resultan lesiones graves o la muerte del niño, se produce una agravación adicional, distinguiendo a su vez si el autor tenía o no a su cargo al niño (art. 348 CP). Tratándose de lugares solitarios, para la ley ya es suficientemente grave que el niño sea menor de diez años, de modo que también constituye delito, con más pena que la prevista para el caso de abandono en lugar no solitario (art. 349 CP). Respecto de este caso, rigen aproximadamente las mismas razones de agravación (arts. 350 y 351 CP).

Debe destacarse que, más allá de las notas algo pintorescas de la regulación, se trata de delitos de gran relevancia desde la perspectiva de la protección de los niños, especialmente de recién nacidos que son abandonados por madres que no están en condiciones de hacerse cargo de ellos y que no han incurrido en conductas abortivas. Por lo mismo, la reformulación de la materia a través de normas más claras, manteniendo las orientaciones político-criminales del viejo Código, las que, si bien se miran, van encaminadas a preservar la integridad del niño abandonado, con estímulos para conductas alternativas al abandono, no debe menospreciarse.

## ***Protección de la seguridad y libertad ambulatoria de niñas y niños menores de diez años***

En paralelo al delito de secuestro (art. 141 CP), el Código penal chileno contiene desde sus orígenes en el art. 142 CP el delito de sustracción de menores. La conducta típica del delito consiste, literalmente en “sustraer” a un menor de dieciocho años. Esta literalidad requiere, sin embargo, conforme a la opinión ampliamente extendida de la doctrina, importantes precisiones, porque evidentemente la conducta deberá presentar diferencias según si la víctima es un niño pequeño o es, en cambio, un adolescente cercano a la adultez. La distinción necesaria tiene que ver también con el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

En efecto, todo parece indicar que en el art. 142 CP se regulan dos delitos diferentes bajo una misma denominación: por una parte un delito que atenta exclusivamente contra la seguridad de niños a los que, por su corta edad, no se les reconoce ni aun una mínima libertad ambulatoria, respecto de los cuales la conducta típica es, en efecto, simplemente “sustraer”, casi como ocurre con una cosa en el contexto del hurto o del robo (en general se admite que el elemento material de la “apropiación” está dado por la “sustracción” de la cosa); y por otro lado un delito contra la libertad de la víctima, tal como ocurre respecto de víctimas mayores de edad, lo que supone un cierto reconocimiento de algún grado de libertad ambulatoria, y que obliga a considerar otros verbos rectores, probablemente aquéllos previstos para el secuestro, como son encerrar o detener. La distinción es, en rigor, de sentido común, pues resultaría a todas luces absurdo considerar que un niño de 16 ó 17 años ha sido sustraído cuando, por ejemplo, realiza voluntariamente con otra persona un viaje interurbano sin autorización de sus padres, situación que se ve de un modo completamente distinto si se trata de un niño de cuatro años.

En ese sentido el texto original del Código era mucho más nítido, en la medida en que distinguía entre la sustracción de un menor de diez años y la sustracción de un menor de edad pero mayor de diez, y le asignaba a este último caso las penas del secuestro<sup>173</sup>. Y si bien el texto vigente lamentablemente ha perdido esa claridad inicial, del conjunto de las disposiciones legales vigentes es posible todavía deducir un criterio de distinción plausible, lo que plantea, sin embargo, la cuestión de si se trata de una solución razonable a la luz de las valoraciones actuales.

En efecto, la clave la da el art. 357 CP, referido a la inducción al abandono del hogar de niños mayores de diez años. La disposición plantea inmediatamente la cuestión de qué ocurre cuando el inducido es menor de esa edad, siendo la respuesta unánime que en ese caso se trata lisa y llanamente de una sustracción de menores<sup>174</sup>. Con esto, sin embargo, se está reconociendo al mismo tiempo que a partir de los diez años la ley le

---

<sup>173</sup> La distinción por tramo etario fue respetada por las Leyes N° 9.762, de 10 de noviembre de 1950, y N° 18.222, de 28 de mayo de 1983, y recién se abandona con la Ley N° 19.241, de 28 de agosto de 1993.

<sup>174</sup> El artículo reza: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

reconoce un cierto grado de libertad ambulatoria, no tanta como para que la inducción al abandono de hogar sea legítima, pero sí al menos para excluir la tipicidad a título de sustracción de menores – que es un delito mucho más grave - cuando no concurren circunstancias adicionales que vulneren tal libertad, esto es, cuando no se dan las circunstancias típicas propias del secuestro.

Este criterio interpretativo resulta dogmáticamente impecable y debe mantenerse. Una cuestión diferente es si la opinión que el art. 357 CP tiene del grado de autonomía ambulatoria de los niños mayores de diez años corresponde a las actuales valoraciones sociales, y esto es bastante dudoso. Todo indica que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la extensión de las expectativas de vida, el consiguiente retraso en la asunción social de responsabilidades por parte de los niños y, en general, la nueva concepción que se tiene de la infancia, conducen a que *de facto* a un niño de diez años o un poco más, sujeto a la efectiva protección y cuidado de adultos, no se le reconoce el grado de autonomía ambulatoria que podía reconocérsele en otra época. Si esto es efectivo, bien cabría modificar las prescripciones legales, esta vez de un modo técnicamente más limpio que lo que ha sido la regla en los últimos años.

Como sea, para los fines de este informe no se presentan mayores dudas, porque respecto de niños menores de diez años inequívocamente la conducta típica consiste en una simple “sustracción”, sin consideración a la posible expresión de voluntad del niño.

Por otra parte, sin embargo, debe tenerse presente que, cualesquiera que sean las valoraciones vigentes sobre la edad a partir de la cual se le puede reconocer algún grado de autonomía ambulatoria a los niños, el tipo penal del art. 142 CP en su variante de simple sustracción es difícilmente aplicable respecto de niños que fácticamente no se encuentran sometidos al cuidado de nadie y, a despecho de todas las aprensiones, gozan de amplia autonomía ambulatoria, esto es, fundamentalmente *niños de la calle*.

Una cuestión adicional que presenta el tipo de sustracción de menores es si pueden ser sujeto activo del mismo el padre o ascendiente que carece de la tuición sobre el niño. Aunque la ley no distingue, todo indica que, al menos en principio, en la sustracción de un descendiente contra las decisiones de la justicia en materia de tuición hay mucho más de desacato que de atentado potencial contra la integridad del niño en cuestión. La sola extensión desenfrenada de las penas previstas sugiere con vehemencia que la *ratio legis* no se ve servida cuando se pretende aplicar el tipo en estos casos. Ésta puede considerarse la opinión ampliamente dominante en nuestra práctica y merece en principio plena aprobación. Sin embargo, precisamente porque la regla puede conocer excepciones – piénsese en la madre o padre a quien se le ha quitado la tuición del niño o negado las visitas por maltrato o abuso sexual -, parece altamente conveniente una regulación expresa de la situación. Ciertamente ésta se puede obtener interpretativamente, pero con un grado de incertidumbre que no resulta aconsejable.

## ***Protección penal del estado civil de niñas y niños menores de diez años***

Desde antiguo la legislación chilena se ha preocupado de cautelar el estado civil de los niños. El origen histórico de la preocupación del legislador dice relación con la relevancia que, sobre todo en épocas pretéritas, tiene la pertenencia a un grupo familiar para el desarrollo y las posibilidades de las personas.

Las conductas tipificadas son la suposición de parto y la sustitución de un niño por otro (art. 353 CP), la usurpación del estado civil de otro y la sustracción, ocultamiento o exposición a un hijo con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil (art. 354 CP), la negativa de presentar a un niño que se tiene a cargo cuando lo reclaman sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, así como la omisión de explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición (art. 354 CP), y la entrega a un establecimiento público o a otra persona de un niño menor de diez años a cuya crianza o educación se está a cargo, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, cuando resulta perjuicio grave para el niño (art. 356 CP). Por último, como ya se ha mencionado, la ley reprime al que induce a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona (art. 357 CP).

Debe tenerse presente, sin embargo, que la realización de algunas de estas conductas en nuestra realidad social no representa necesariamente un atentado repudiable contra la situación del niño, al menos no en el sentido que sin duda ha tenido presente el legislador. Es lo que ocurre con la práctica aún extendida en algunos ámbitos de “pasar por la libreta”, esto es, de reconocer como hijos propios niños que no lo son, precisamente como un mecanismo de resguardo de los mismos, por ejemplo, desde el punto de vista de la seguridad social. Así, es relativamente usual que los abuelos asuman la paternidad de los hijos de sus hijas adolescentes. Este tipo de realidades ha motivado la dictación cada cierto tiempo de leyes de amnistía que se hacen cargo de la situación, como fue, por ejemplo, el caso de la Ley N° 19.488, de 31 de diciembre de 1996<sup>175</sup>. Ahora bien, este solo hecho sugiere que tal vez las soluciones al problema deben abordarse derechamente a través de una matización de las disposiciones penales.

En una lógica similar a la de los delitos contra el estado civil de las personas se encuentran, en general, las prescripciones penales de la Ley N° 19.620, de 5 de agosto de 1999, actual ley de adopción. En efecto, además de disposiciones tendientes a preservar la reserva y confidencialidad de los procesos de adopción, imponiendo penas a quienes revelan indebidamente antecedentes relativos a dichos procesos (arts. 39 y 40), la ley tipifica como delito la obtención, mediante abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, de la

---

<sup>175</sup> Cuyo artículo único rezaba, en su inciso primero: “Concédese amnistía a quienes hayan cometido el delito de suposición de parto o el de usurpación del estado civil de otro, previstos en los artículos 353 y 354 del Código Penal, siempre que la criatura a que se refiera el delito haya sido engendrada por un descendiente o colateral de sus autores y, como consecuencia del mismo delito, haya quedado inscrita como hijo de éstos”.

entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción (art. 41). La pena, considerable en su límite máximo (presidio menor en cualquiera de sus grados y multa), se aumenta en un grado cuando el delito se comete por autoridad, empleado público, abogado, médico, matrona, enfermera, asistente social o por el encargado, a cualquier título, del cuidado del menor, cuando ejecutaren las conductas que allí se sancionan abusando de su oficio, cargo o profesión (art. 44, en relación con art. 41).

En la misma línea se encuentra la incriminación de la solicitud o aceptación de contraprestaciones indebidas<sup>176</sup> “por facilitar la entrega de un menor en adopción”. También en estos casos se prevé la agravación prevista en el art. 44.

### ***Protección de la indemnidad sexual de niñas y niños menores de diez años***

En materia de delitos sexuales, son varias las conductas de que pueden ser víctimas los niños de hasta diez años, algunas de ellas especialmente aplicables a ellos por encontrarse plenamente abarcados en la franja etaria decisiva para la ley penal, que se sitúa en la actualidad en los catorce años.

En efecto, puede decirse que tratándose de menores de catorce años en el derecho chileno rige una suerte de prohibición absoluta de contacto sexual. Lo que la ley pretende proteger no es ya la libertad sexual de los niños, libertad sexual que sencillamente no se les reconoce sino a partir de los catorce años, sino que lo que se da en llamar su indemnidad sexual. Debe tenerse presente que en materia de protección de la infancia frente al abuso y la explotación sexual, el Estado chileno se encuentra obligado por instrumentos internacionales, entre los cuales destaca, especialmente, la Convención de Derechos del Niño, con varias disposiciones al respecto<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> La referencia obvia a lo “indebido” se obtiene del muy peculiar art. 43, ejemplo de mala técnica legislativa en materia penal, que reza: “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean éstos de carácter legal, social, psicológico, psiquiátrico, u otros semejantes”.

<sup>177</sup> A continuación se transcriben las principales:

*Art. 34.* Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

*Art. 35.* Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

*Art. 36.* Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

*Art. 37.* Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un

---

niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

*Art. 39.* Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

*Art. 40.* 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Consecuentemente, con total independencia de las circunstancias del caso concreto, siempre constituye delito de violación impropia (art. 362 CP) el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de catorce años. En el caso en que, además, se mate al niño, se aplican penas de las más graves del Código: presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado (art. 372 bis CP). Por su parte, siempre constituye delito de abusos sexuales impropios (art. 366 bis CP), la realización de acciones sexuales en menores de catorce años, entendiéndose por acciones sexuales los actos de significación sexual y relevancia ejecutados sobre la víctima con contacto corporal o, cuando no exista dicho contacto corporal, afectando sus genitales, ano o boca (definición legal del art. 366 ter CP). Si la conducta consiste en la introducción de objetos de cualquier índole en la vagina, el ano o la boca del niño o se emplean animales en ello, las penas son las mismas que las previstas para la violación impropia (art. 365 bis)<sup>178</sup>.

Por su parte, el art. 366 quater CP reprime a los que, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realicen ante menores de catorce años actos de significación sexual, o bien determinen a dichos menores a la realización de actos de tal significación, o les hagan ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter<sup>179</sup>.

Adicionalmente la ley penal se hace cargo de diversas aristas de la llamada pornografía infantil, entendiéndose por tal aquella en cuya producción se emplean menores de edad<sup>180</sup>. Así, se reprime la producción de tal material (art. 366 quinquies), la comercialización o difusión del mismo sin haber participado en su producción (art. 374 ter inciso primero CP) y, con discutible criterio, la adquisición o almacenamiento del mismo (art. 374 bis inciso segundo CP). Debe considerarse, en todo caso, que al menos tratándose de la conducta de producción del material pornográfico, tratándose de menores de catorce años, esto es, del segmento en el cual se encuentran las personas que son objeto del presente informe, generalmente – si bien no siempre – constituirá participación punible en un delito más grave, de violación impropia o de abusos sexuales impropios.

---

<sup>178</sup> No se menciona aquí la figura de estupro, prevista en el art. 363 CP, ni la discutible tipificación del art. 365 CP, esto es, la sodomía con menor de edad, consistente en el acceso carnal a persona menor de edad del mismo sexo, por la sencilla razón que tales delitos sólo son aplicables respecto de niños *mayores* de catorce años, ya que en caso contrario se tratará necesariamente de un caso de violación impropia.

<sup>179</sup> Respecto de menores de edad pero mayores de catorce, las conductas son punibles sólo si concurren las circunstancias del N° 1 del art. 361, esto es, fuerza o intimidación, o bien las del estupro.

<sup>180</sup> Definición legal en el art. 366 quinquies inciso segundo CP: “Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”. Si bien los términos de la ley no son los más felices, la opinión al parecer dominante en la doctrina entiende que, en todo caso, sólo puede tratarse de situaciones en las cuales realmente niños concretos se ven concretamente amenazados en su indemnidad sexual, lo que no ocurre, por ejemplo, cuando simplemente se retrucan con elementos sexuales fotografías de un niño.

Algo parecido cabe decir respecto de las conductas relativas a la prostitución infantil. La ley reprime en la actualidad tanto al proxeneta, esto es, al que para satisfacer los deseos de otro facilita o promueve la prostitución de menores de edad, previéndose una pena mayor cuando la conducta se realiza con habitualidad o con abuso de autoridad o confianza (art. 367 CP), como al que mediante el pago de un precio (“prestación de cualquier naturaleza”) accede a los servicios sexuales de un menor de edad (art. 367 ter CP). Más allá de los alcances precisos de estas disposiciones, especialmente de esta última<sup>181</sup>, lo cierto es que tratándose de menores de catorce años generalmente se realizarán las exigencias típicas de la violación impropia o, al menos de los abusos sexuales impropios.

Tangencialmente cabe mencionar que con la primera gran reformulación de los delitos sexuales producida mediante la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, se suprimieron las figuras de raptó, originalmente contenidas en los arts. 358 a 360 del Código. El raptó consistía en la sustracción de una doncella con propósitos lascivos, de suerte que podía interpretarse como un delito de peligro en relación con la libertad o, tratándose de menores de la edad mínima para consentir en materia sexual, la indemnidad sexual. Con la supresión, ahora son aplicables sólo las disposiciones en materia de sustracción de menores, precedentemente analizadas.

Por último, la legislación vigente prevé una serie de sanciones accesorias, tendientes a proteger en el futuro a los niños afectados, como es la pérdida de la patria potestad u otros derechos sobre la persona o bienes del niño (art. 370 bis CP), la interdicción para ser guardadores o ser oídos como parientes y el sometimiento a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal (art. 372 CP), la inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos en materia de educación o dirección de la juventud (art. 371 inciso segundo CP), y ahora, la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados (arts. 39 bis y 372 CP).

Si se debe valorar el estado actual de la regulación legal para la protección de los niños de hasta diez años en materia sexual, puede decirse que, en general se trata de un régimen de tipificación adecuado, sin perjuicio que la severidad de las penas no guarda relación con la proporcionalidad exigible en materia penal, lo que se expresa especialmente en la ausencia de distinciones y matices que parecen relevantes. Los verdaderos problemas de justificación conceptual y posibles excesos desde un punto de vista político-criminal guardan relación más bien con la fijación en los catorce años del límite considerado para los efectos del ejercicio de una relativa libertad en materia sexual. En efecto, en general no existen dudas sobre la racionalidad y justificación de tabuizar todo tipo de contactos sexuales con niños menores de diez años, o aun de

---

<sup>181</sup> Por la desafortunada elección de los términos empleados, extraños a todo el sistema de los delitos sexuales en nuestro ordenamiento, se puede discutir si se exige acceso carnal o si basta con acciones sexuales en los términos del art. 366 ter o incluso con conductas de significación sexual pero sin contacto como las previstas en el art. 366 quater. Si bien la precisa existencia de este último precepto sugiere que la conducta ya está tipificada excluyentemente, la circunstancia adicional de pago puede todavía sembrar dudas.

doce o quizás más, pero ciertamente el límite en los catorce años sin ningún tipo de distinciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de conducta de que se trate – considérense las importantes diferencias que, desde un punto de vista de las valoraciones sociales, existen entre el acceso carnal y otras formas de contacto sexual -conduce a resultados ciertamente desconcertantes, que sólo se explican por voluntarismo político, probablemente bien intencionado, pero no por ello menos perjudicial<sup>182</sup>. Con todo, como se ha dicho, esos reparos en general no afectan a la situación que rige para los menores de diez años.

### ***Delitos contra niñas y niños previstos en la Ley de Menores***

La Ley de Menores en su Título V contiene algunas disposiciones penales que se hacen cargo de conductas contra niños y que resultan complementarias de las normas ya analizadas. En particular, el art. 62 de la Ley de Menores dispone penas de prisión en cualquiera de sus grados o presidio menor en su grado mínimo o multa para las siguientes conductas: ocupación de menores de dieciocho años en trabajos u oficios que los obliguen a permanecer en cantinas o casas de prostitución o de juego; la tolerancia del empresario, propietario o agente de espectáculos públicos en que menores de dieciséis años hagan exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes con propósito de lucro; y la ocupación de menores de edad en trabajos nocturnos, entendiéndose por tales aquéllos que se ejecutan entre las diez de la noche y las siete de la mañana.

Adicionalmente, el mismo artículo contiene aquí una regulación especial del maltrato infantil, expresamente subsidiaria de otras disposiciones legales, especialmente de la Ley de Violencia Intrafamiliar<sup>183</sup>. La regulación es del siguiente tenor: “El maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares, será sancionado con todas o algunas de las siguientes medidas: 1) Asistencia del agresor a programas terapéuticos o de orientación familiar, bajo el control de la institución que el juez estime más idónea o conveniente, tales como el Servicio Nacional de la Mujer, el Servicio Nacional de Menores, el Centro de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los Centros Comunitarios de Salud Mental Familiar, declarándolo así en la sentencia definitiva. La Institución designada deberá, periódicamente, remitir los informes de cumplimiento al tribunal en que esté radicada la causa; 2) Realización de trabajos determinados, a petición expresa del ofensor, en beneficio de la comunidad, para la Municipalidad o para las corporaciones municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio, análogos a la actividad, profesión u oficio del condenado o relacionados con ellos, sin que estos trabajos alteren sus labores

---

<sup>182</sup> Las consecuencias son particularmente graves para aquellos niños que son imputados por estos delitos, los que perfectamente pueden cometerse en el contexto de una relación amorosa normal. Este desacierto recién ha venido a ser superado en parte con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, donde se excluye la responsabilidad penal del adolescente en aquellos casos en los que la diferencia de edad entre “victimario” y “víctima” es reducida (art. 4º Ley).

<sup>183</sup> Tal como en aquella ley, en esta regulación se prevé que en caso de lesiones menos graves o graves los antecedentes deben remitirse a la justicia penal (inciso tercero).

habituales, y 3) Multa, a beneficio municipal, equivalente al ingreso diario del condenado, de uno a diez días, la que se fijará prudencialmente por el juez”.

Esta regulación rige también para quienes abandonen al niño sin velar por su crianza y educación o lo corrompan (inciso final).

### ***Delitos y circunstancias relativas a niñas y niños en la Ley de Drogas***

Desde antiguo las leyes chilenas referidas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas han considerado con mayor rigor las conductas ilícitas que afectan a menores de edad. En la actualidad, la vigente Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, expresa tal orientación en las siguientes disposiciones:

Conforme al art. 5° de la ley, comete delito “(e)l que suministre a menores de dieciocho años de edad, a cualquier título, productos que contengan hidrocarburos aromáticos, tales como benceno, tolueno u otras sustancias similares”<sup>184</sup>.

Si bien no de manera tan nítida, en la misma línea se encuentra la tipificación del art. 12 de la ley, conforme a la cual comete delito “(q)uien se encuentre, a cualquier título, a cargo de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otros abiertos al público, y tolere o permita el tráfico o consumo” de drogas.

Por su parte, entre las agravantes específicas que considera la ley hay varias que dicen relación directa o indirectamente con los niños. Tal es el caso, por cierto, de la circunstancia de la letra c) del art. 19, que derechamente se hace cargo del hecho de haberse suministrado, promovido, inducido o facilitado el uso o consumo de drogas a menores de edad. La orientación es también bastante nítida en la circunstancia de la letra f), consistente en haberse cometido el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”, y en alguna medida también en la de la letra g), por el hecho de haberse cometido “en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales”.

### ***Aspectos procesales de la protección penal de niñas y niños***

En general la investigación y juzgamiento de los delitos de que son víctimas los niños están sujetos a las reglas generales que rigen el proceso penal. Existen, sin embargo, algunas pocas disposiciones que demuestran algún grado de preocupación especial por

---

<sup>184</sup> La nueva ley es bastante más severa en este punto – probablemente en exceso – pues, a diferencia de su antecesora, la Ley N° 19.366, de 30 de enero de 1995, no requiere que el agente actúe “sabiendo o debiendo saber que están destinados [los productos] a ser consumidos por dichos menores” (art. 10).

parte del legislador a la hora de disciplinar los aspectos adjetivos de la protección penal de los niños.

Destaca en este contexto la regla de la frase final del inciso primero del art. 53 CPP, conforme al cual los delitos contra personas menores de edad siempre son delitos de acción penal pública, esto es, delitos respecto de los cuales los órganos estatales de persecución penal pueden y deben actuar de oficio. De este modo, la persecución de ciertos delitos que tratándose de víctimas mayores de edad en principio requiere siquiera denuncia del afectado, no reconoce ese límite cuando se trata de víctimas menores de edad<sup>185</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse presente el sistema de atención a las víctimas del delito, consagrada constitucional y legalmente como una de las funciones propias del Ministerio Público (art. CPR, arts. 1º, 17 y 20 LOCMP, arts. 6º y 78 CPP), además de la consagración de una serie de derechos de intervención en el procedimiento, aun sin el patrocinio de abogado (art. 109 CPP, entre otras). En este contexto debe destacarse cómo este marco legal ha dado lugar a una práctica relevante de asistencia a cargo de especialistas, especialmente respecto de víctimas menores de edad, así como de preparación de las mismas con miras a su eventual intervención en el juicio oral. Como complemento, debe darse cuenta del desarrollo en la práctica de mecanismos que tienden a facilitar la intervención como testigos de las víctimas en general y de los niños en especial, reduciendo los efectos traumáticos de dicha intervención. Que el interrogatorio se realice en salas separadas, con la sola presencia directa del tribunal, mientras el público observa por sistema cerrado de televisión, es un ejemplo de medidas prácticas y efectivas adoptadas aun en ausencia de ley<sup>186</sup> y que, en cuanto no vulneren las garantías de la defensa ni los principios legitimantes del juicio oral, deben celebrarse y promoverse.

También debe destacarse la consagración de mecanismos de reparación que incluso pueden prevalecer, bajo ciertas circunstancias, por sobre el interés público en la persecución penal, como ocurre, por ejemplo, con los acuerdos reparatorios (art. 241 y ss. CPP) y, en menor medida, y necesariamente con el concurso del Ministerio Público, con la suspensión condicional del procedimiento. Con todo, es altamente posible que tratándose de delitos de cierta relevancia contra menores de diez años estos mecanismos tengan una aplicación más bien reducida, porque no siempre se darán a

---

<sup>185</sup> Esto está fuera de toda discusión tratándose de los llamados delitos de acción pública previa instancia particular (art. 54 CPP), como inequívocamente se desprende de las consecuencias que expresamente extrae el art. 56 CPP. No es tan evidente, sin embargo, tratándose de delitos de acción penal privada – paradigmáticamente, delitos contra el honor (art. 55 CPP) – no sólo porque tal consecuencia no se menciona expresamente en el citado art. 56 CPP, sino además porque no es claro que la persecución penal siempre sea beneficiosa para el niño (criterio que siempre ha estado en el trasfondo de los delitos de acción penal privada).

<sup>186</sup> Aparte del mandato genérico de protección de los testigos consagrado en el art. 308 CPP, las únicas disposiciones expresas en relación con la intervención de niños en el proceso penal se encuentra en los arts. 306 inciso segundo y 310 CPP, en virtud de los cuales a los menores de edad no se les puede tomar juramento o promesa de decir verdad antes de su declaración, así como que las preguntas que se les dirijan deben formularse a través del presidente del tribunal, disposición esta última que, sin embargo, no parece ni necesaria ni particularmente feliz en sus efectos prácticos.

su respecto los requisitos legales o, más bien, porque no existirá la voluntad de prescindir en estos casos de la persecución penal.

### ***Niñas y niños como infractores de la ley penal***

El ordenamiento jurídico-penal no se encarga de los niños sólo en cuanto potenciales víctimas de delitos, sino que también, y con singular intensidad, en su calidad de infractores de la ley penal. Técnicamente, los niños hasta cierta edad no son responsables penalmente, son inimputables. En el sistema aún vigente la responsabilidad penal comienza en principio a los 18 años, sin perjuicio que los mayores de 16 puedan ser responsables si se declara judicialmente que han obrado con discernimiento (art. 10 N° 2 y 3 CP). Con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley N° 20.084, de 7 de diciembre de 2005), ese umbral baja a los 14 años, suprimiéndose el tramo intermedio sujeto a declaración de discernimiento. El grueso de la ley entra en vigencia a contar del 7 de junio próximo<sup>187</sup>.

Ahora bien, el que los niños que no han alcanzado la edad límite fijada por la ley no sean penalmente responsables no significa, lamentablemente, que a su respecto el Estado prescinda de toda forma de control social. Al contrario, la legislación prevé mecanismos de control que, al menos en parte, tienen un indesmentible carácter punitivo. Este régimen es el que se aplica a los niños menores de diez años, objeto de este informe.

En la actualidad rige el viejo sistema de la Ley de Menores (Ley N° 16.618, según el texto refundido por el art. 6° del DFL N° 1/2000, del Ministerio de Justicia), si bien con las modificaciones introducidas por la Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004) y, ahora, por la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, que en parte entró en vigencia en diciembre pasado. Conforme al art. 8° N° 10 de la Ley N° 19.968 los tribunales de familia deben conocer y resolver, entre otras materias, de “(t)odos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal”, así como aplicar, cuando corresponda, ciertas medidas contempladas en la Ley de Menores. Hasta diciembre del año pasado esas medidas eran las del art. 29 de la Ley<sup>188</sup>, pero con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil se modificó la referencia, que ahora es al art. 30 (más aún, cuando la ley entre

---

<sup>187</sup> Seis meses después de su publicación en el Diario Oficial (7 de diciembre de 2005), conforme al art. 1° transitorio.

<sup>188</sup> Tales medidas eran las siguientes: a) Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; b) Disponer su ingreso a un centro de diagnóstico, tránsito y distribución o de rehabilitación o a un programa especializado de carácter ambulatorio, según corresponda; o c) Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación. Se disponía, además que la duración de las medidas era determinada por el tribunal, pudiendo revocarlas o modificarlas cuando variaran las circunstancias que habían llevado a decretarlas, oyendo al director del centro o programa respectivo. Tratándose de la medida de internación, la ley señalaba que ésta “sólo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario”, y que en caso alguno se podía ordenar “el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos”.

íntegramente en vigor, el art. 29 quedará derogado). El referido art. 30 de la Ley de Menores prescribe:

En los casos previstos en el artículo 8º, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.

Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

En materia de procedimiento, rige el establecido en el Párrafo 4º (art. 102 A y siguientes) de la Ley de Tribunales de Familia, también introducido mediante la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y ya en vigencia en esta parte desde diciembre de 2005.

Adicionalmente, cuando entre plenamente en vigencia la Ley N° 20.084, debe considerarse que su art. 58 dispone que “(s)i se sorprende a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos”, para disponer luego que “(u)na vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección. En todo caso, tratándose de infracciones de menor entidad podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un adulto que se haga

responsable de él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente”<sup>189</sup>.

Actualmente se está tramitando en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Protección de los derechos de la Infancia y la Adolescencia (Mensaje N° 309-352, de 18 de enero de 2005, ya despachado por la Cámara de Diputados). Desde la perspectiva específica de este acápite, esto es, desde la perspectiva del tratamiento de los niños infractores de ley, se aprecia en el proyecto una cierta mixtura – tradicional y de triste recuerdo entre nosotros – entre los aspectos de protección y los de control social, con el riesgo potencial de terminar en alguna medida criminalizando la vulnerabilidad. En efecto, sin perjuicio de las buenas intenciones expresadas en el art. 39 del proyecto (límite de las medidas de protección: no pueden implicar sanción privativa de libertad a pretexto de protección), lo cierto es que las medidas de protección previstas perfectamente pueden adquirir carácter punitivo. Que las buenas intenciones expresadas hayan desaparecido del texto de la Cámara de Diputados es ciertamente indicativo.

---

<sup>189</sup> El inciso final prevé lo siguiente: “Para los efectos de que el fiscal pueda interrogar al menor en calidad de testigo, se estará a las normas generales que regulan la materia”.

# BIBLIOGRAFÍA

## **Salud**

Aedo C. Evaluación Económica de la Prolongación del Postnatal. Informe Final. Sociedad Chilena de Pediatría. Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia. 2003.

Alegría A, Pittaluga E, Mena P et al. Evolución neurosensorial en recién nacidos de muy bajo peso de nacimiento a los 2 años de edad corregida. Rev Chil Pediatr. 2002. 73 (4): 348-356.

Almonte C. Salud Mental. 293-298. EN: Puericultura. El Cuidado de Niños y Jóvenes en el Siglo XXI. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2004.

Arteaga P, Dölz A, Droguett E et als. Evaluación del desarrollo psicomotor en lactantes y preescolares. Los Andes, Chile, 1999. Rev Chil Salud Pública. 2001; 5 (1): 19-23.

Almonte C, Insunza C, Ruiz C. Abuso sexual en niños y adolescentes de ambos sexos. Rev Chil Neuro-psiquiatr. 2002. 40 (1): 22-30.

Althabe F, Carroli G, Lede R, Belizán JM, Althabe O. El parto pretérmino: detección de riesgos y tratamientos preventivos. Rev Panam Salud Publica 1999. 5 (6): 373-385.

Alvarado R, Medina E, Aranda W. El efecto de variables psicosociales durante el embarazo, en el peso y la edad gestacional del recién nacido. Rev Méd Chile 2002; 130: 561-68.

Álvarez A, Vaccaro M, Venegas G. Estudio sobre lactancia materna en niños entre 12 y 18 meses de edad. Resúmenes. XXIV Congreso Internacional de Pediatría. Cancún. México. Agosto. 2004.

Arancibia M, Vargas NA, Calderón P. y cols. Hijo no deseado: incidencia y características en puérperas de un hospital de Santiago. Rev Chil Pediatr. 1989. 60 (2): 107-111

Arancibia M, Vargas NA, Rojas R. y cols. Patrones de crianza en el dormir en menores de un año. Area Occidente de Santiago Metropolitano. Bol Hosp SJ de Dios. 1998, 45(5): 338-343.

Arancibia S, Vargas NA, Castillo M. Traumatismos, envenenamientos y violencias en menores de 15 años: encuesta de incidencia en un Consultorio de atención primaria. Bol Hosp. S.J. de Dios. 1991. 38 (2): 11-14.

Aros S, Cassorla F. Posibles determinantes perinatales de morbilidad en la edad adulta. Rev Méd Chile 2001; 129: 307-315.

Arteaga O, Thollaug S, Nogueira AC, Darras C. Información para la equidad en salud en Chile. Rev Panam Salud Publica. 2002. 11 (5-6).

Banfi A. Enfermedad de Kawasaki. Rev Chil Pediatr. 2001; 72 (6): 487-495.

Barja S, Arteaga A, Acosta AM, Hodgson MI. Resistencia insulínica y otras expresiones del síndrome metabólico en niños obesos chilenos. Rev Méd Chile 2003; 131: 259-68.

Bedregal P, Margozzini P, Molina H. Revisión sistemática de evidencias de costo y eficacia de intervenciones para el desarrollo biosicosocial de la niñez. Organización Panamericana de la Salud. Unidad de Salud de La Niñez y Familia. Programa de Salud y Población.

Berrios X, Jadue L. Prevención primaria de enfermedades crónicas del adulto. Intervención sobre sus factores de riesgo en población escolar. Rev Chil Pediatr. 1993, 64: 397-402.

- Berríos X, Bedregal P, Guzmán B. Costo-efectividad de la promoción de la salud en Chile. Experiencia del Programa "Mírame". Rev Méd Chile. 2004; 132: 351-370.
- Bustos P, Amigo H, Arteaga A et al. Factores de riesgo de enfermedad cardiovascular en adultos jóvenes. Rev Méd Chile. 2003; 131: 973-980.
- Carrasco B, Salazar D, Merino JM. Un inventario para medir la calidad de vida familiar. Rev Chil Salud Pública. 2004; 8 (1):29-35.
- Consejo Nacional para la Promoción de la Salud. VIDA Chile. Cuenta 2003.
- Consejo Nacional de Promoción de la Salud. Vida Chile. Acta de Huechuraba. I Congreso Chileno de Promoción de la Salud. Santiago. Agosto 1999.
- Consejo Nacional de Promoción de la Salud. Vida Chile. Acta de Huechuraba 2002. II Congreso Chileno de Promoción de la Salud. Santiago. Octubre 2002.
- Cuchacovich R, Vargas NA. Hijos no deseados en el medio urbano-rural: ensayo de una pauta de detección. Rev. Chil Pediatr. 1986;57(4): 359-361
- De la Barra F, Toledo V, Rodríguez J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago Occidente. III: predictores tempranos de problemas conductuales y cognitivos. Rev Chil Neuro-psiquiatr, 2003; 41, 1, 65-76.
- De la Barra, F, Toledo, V, Rodríguez, J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago occidente. I: Prevalencia y seguimiento de problemas conductuales y cognitivos. Rev Chil Neuro-psiquiatr, 2002; 40, (1): 9-21.
- De la Barra, F, Toledo, V, Rodríguez, J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago occidente. II: Factores de riesgo familiares y escolares. Rev Chil Neuro-Psiquiat 2002; 40: 347-60.
- Declaración de Pucón. XLI Congreso Chileno de Pediatría. 2001. Rev Chil Pediatr. 2002; 73 (2): 197.
- Declaración de Toronto sobre equidad en salud. Rev Panam Salud Pública. 2002; 12 (6): 465-467.
- Depto. Políticas Públicas Saludables y Promoción. Unidad de Nutrición y Alimentación. Norma Técnica de Evaluación Nutricional de Niños y Niñas de 6 a 18 años. 2004.
- Díaz M, Lagomarsino E, Cavagnaro F. Guía de inmunizaciones para pacientes pediátricos con patología renal crónica. Rev Chil Pediatr. 2002; 73 (1): 27-33.
- Fernández M, Atalah E. Evaluación del programa de tratamiento de lactantes en riesgo nutricional en la Región Metropolitana. Rev Chil Pediatr. 2001, 72 (4): 328-333.
- Fondo de Solidaridad e Inversión Social. FOSIS. Serie reflexiones desde el puente. Avance de las obras. Cuadernillo de trabajo N° 1.
- Hübner ME, Ramírez R. Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro. Rev Méd Chile 2002; 130: 931-8.
- Jacoby E; Bull F; Neiman A. Cambios acelerados del estilo de vida obligan a fomentar la actividad física como prioridad en la Región de las Américas. Rev Panam Salud Publica 2003. 14 (4): 223-225.
- Jadue L et al. Factores de riesgo de enfermedades no transmisibles: metodología y resultados de la encuesta CARMEN. Rev Med Chile. 1999, 127: 1004-1013.

Millán T, Serani F, Vargas NA, Valenzuela MS. Características biológicas y sociales de los menores de un año muertos por neumonía en la Región Metropolitana de Chile, 1995. Rev Panam Salud Publica 1999. 6 (5): 333-345.

Ministerio de Planificación y Cooperación. División Social. Volumen 1: Pobreza, distribución del ingreso e impacto distributivo del gasto social. Serie CASEN 2003. Santiago de Chile. Agosto 2004.

Ministerio de Planificación y Cooperación. Análisis de la VIII encuesta de caracterización socioeconómica nacional (CASEN 2000). Documento N° 10. Situación de la Infancia en Chile. 2000. Santiago de Chile. Abril 2002.

Ministerio de Salud de Chile. Plan Nacional de Promoción de la Salud. Metas para el Trienio 1998-2000. 1998.

Ministerio de Salud de Chile. Encuesta Nacional de Salud 2003. [www.minsal.cl](http://www.minsal.cl)

Ministerio de Salud de Chile. División de Programas de Salud. Salud Infantil. Programa de Salud del Niño y del Adolescente. 1991.

Mourgues M, Henríquez, Tohá D y cols. Sobrevida del niño menor de 1.500 g en Chile. Rev Chil Obstet Ginecol 2002; 67(2): 100-105.

Vargas NA, Arredondo O, Ilabaca G, Maturana A, Ortuvia G. Enfermedades crónicas en pacientes hospitalizados: frecuencia y tipo de enfermedad. Rev. Chil Pediatr. 1994. 65 (5): 264-267.

Vargas NA. Cambios en la familia: repercusiones en la práctica pediátrica. Rev Chil Pediatr. 2001; 72 (2): 77-80.

Vargas NA, Valdés M, Sabugo F, Díaz-Valdés M, Arce MI. Hijo no deseado después del parto: medición de frecuencia y análisis de tendencia. Rev Méd Chile 2002; 130: 638-643.

Vargas NA, Lastra A, Villar C. Cambio de pareja progenitora en puérperas de un hospital de la región metropolitana. Frecuencia y factores asociados. Rev Med Chile 2004. 132: 719-724.

Vargas NA, López D, Pérez P. y cols. El castigo físico a los niños: opinión y conducta de los adultos. Rev Med Chile. 1993. 121: 567-573.

Vargas NA, López D, Ciocca P, López C. Características del castigo físico infantil administrado por padres de tres colegios de Santiago. Rev. Chil Pediatr 1993. 64 (5): 333-336.

Vargas NA, López D, Ciocca P, López C. Castigo físico infantil: opiniones de los niños de dos colegios. Rev Méd Chile. 1994. 122: 958-963.

Vargas NA, Jiusán A, Navarro M, Chiong A, Beca JP. Diagnóstico de los Comités de Ética Pediátrica. Rev. Chil Pediatr 1996; 67 (6): 290-293.

Vargas NA, Arancibia M, Pierry C et al. Estilos de Vida en Adolescentes de Santiago. Rev. Chil Pediatr 1996; 67 (6): 276-281.

Vega J, Bedregal P, Jadue L, Delgado I. Equidad de género en el acceso a la atención de salud en Chile. Rev Méd Chile. 2003; 131: 669-678.

Viñals F., Giuliano A. Cardiopatías congénitas. Incidencia postnatal (II). Rev Chil Obstet Ginecol 2002; 67(3): 207-210.

Wolff M. Cambios epidemiológicos en las enfermedades infecciosas en Chile durante la década 1990-2000. Rev Méd Chile 2002; 130: 353- 362.

World Health Organization. 2002 World Health Report: reducing risks, promoting healthy life. Geneva: WHO; 2002.

World Health Organization. Obesity: Preventing and managing the Global Epidemic—Summary of the Report of a WHO Consultation on Obesity, 3-5 June 1997.

Zamorano A, Márquez S, Aránguiz JL et al. Relación entre bronquiolitis aguda con factores climáticos y contaminación ambiental. Rev Méd Chile. 2003; 131: 1117-1122.

## **Identidad**

Aylwin, José: *Indigenous Peoples' Rights in Chile and Canada: A Comparative Study*. Tesis de magister, University of British Columbia, Canadá, 1999.

Bengoa, José: *La Emergencia Indígena en América Latina*. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.

Bennet, David (ed.): *Multicultural States. Rethinking Difference and Identity*. Routledge, Londres-Nueva York, 1998.

Capotorti, Francesco: *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*. Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1991.

Ceccherini, Eleonora: "El Derecho a la Identidad Cultural: tendencias y problemas en las constituciones recientes", en *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, 12-15 febrero 2002, disponible en World Wide Web [http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir\\_eco/COMPARATO/ceccherini.rtf](http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/ceccherini.rtf).

Critescu, Aurelio: *El derecho a la libre determinación*. ONU, Nueva York, 1981.

Kendall, Diane: *Social Problems in a Diverse Society*. Allyn and Bacon, Boston, 1998.

Silva, Alejandrina: "La aseveración de las identidades culturales en el marco del multiculturalismo internacional" en *Revista Persona y Sociedad*, Vol. XIII, N° 3, diciembre 1999, pp. 21-28.

Touraine, Alain: *Igualdad y Diversidad. Las Nuevas Tareas de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Villoro, Luis: *Estado plural, pluralidad de culturas*. Paidós – UNAM, México, 1998.

## **Aprendizaje**

Batthyány, K. Cuidado infantil y Trabajo. ¿Un desafío exclusivamente femenino?, CINTERFOR, Uruguay, 2004.

Bettio, Francesca and Plantenga, Janneke. Comparing care regimens in Europe, Feminist Economics, March 2004.

CEPAL. Panorama social de América Latina 2004, Capítulo IV. Estructuras Familiares, Trabajo doméstico y Bienestar en América Latina. Disponible en World Wide Web [http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/0/LCL2220PE/PSE2004\\_Cap4\\_Estructuras.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/0/LCL2220PE/PSE2004_Cap4_Estructuras.pdf)

Eming Young, M. Desarrollo del Niño en la Primera Infancia: Una Inversión En El Futuro. Disponible en World Wide Web <http://www.oas.org/udse/dit2/relacionados/libromary/index.htm>.

Fujimoto-Gómez, G. La Educación No Formal: Experiencias Latinoamericanas de Atención a la Infancia: la No Escolarización como Alternativa. En congreso Mundial de Lecto- escritura. España, Diciembre de 2000. Disponible en World Wide Web [http://www.waece.org/web\\_nuevo\\_concepto/d141.htm](http://www.waece.org/web_nuevo_concepto/d141.htm)

Fujimoto-Gómez, G. Consensos Latinoamericanos sobre los Criterios de Calidad de Atención al Niño Menor de Seis Años. En Primer Encuentro Estatal de Educación Inicial “La Calidad de la Educación Inicial”. México, Mayo de 2001. Disponible en World Wide Web [http://www.cendi.org/interiores/encuentro2001/ponencia\\_2001\\_gaby\\_fujimoto.htm](http://www.cendi.org/interiores/encuentro2001/ponencia_2001_gaby_fujimoto.htm)

Fundación Chile21. Hacia una mayor igualdad social. Atención integral de la infancia. Taller de atención integral infantil. Colección ideas. Año 5 n° 48. Noviembre 2004. Disponible en World Wide Web <http://www.chile21.cl/medios/Ideas/Col48pdf.pdf>

Hogar de Cristo. Orientaciones para el Trabajo con Párvulos en condiciones de marginalidad social. Chile, 2005.

Kotliarenco, M, Cáceres, I y Fontecilla, M. Avances en evaluación e investigación en pobreza, familia y educación inicial. Serie Documentos de Trabajo No. 9, CEANIM, Santiago, 1997.

Lira, M. Costos de los Programas de Educación Preescolar no Convencionales en América Latina. Revisión de Estudios. CEDEP. Chile, 1994.

Ministerio de Educación Chile. Evaluación de Programas de Educación Parvularia en Chile: Resultados y desafíos. Chile, 1998.

OEI. Educación Inicial Modalidades No Escolarizadas. Disponible en World Wide Web <http://www.oei.es/linea3/inicial/chilene.htm>

Romero, S y Salinas, L. Sistematización de Experiencias de Cuidado Infantil Temprano. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia N° 3. UNICEF, Chile 2005.

----Educación Preescolar: Estrategia Bicentenario Potenciar el Talento de Nuestros Niños. Ministerio de Educación Chile, 2005. Disponible en World Wide Web <http://biblioteca.mineduc.cl/documento/mineducfinal.indd.pdf>

UNESCO, Panorama Regional de América Latina y el Caribe. Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2005. Disponible en World Wide Web [http://www.unesco.cl/medios/biblioteca/documentos/informe\\_ept\\_2005\\_panorama\\_regional\\_america\\_latina\\_caribe.pdf](http://www.unesco.cl/medios/biblioteca/documentos/informe_ept_2005_panorama_regional_america_latina_caribe.pdf)

UNESCO, Anexo estadístico, Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2005. Disponible en World Wide Web [http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL\\_ID=35939&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=35939&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Vargas, E y William M. Tendencias actuales en Educación Infantil. Disponible en World Wide Web <http://www.utp.edu.co/~chumanas/revistas/revistas/rev30/vargas.htm>

## **Habitabilidad**

Abramovich, Víctor. Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”. Santiago, Chile, Diciembre 9 y 10 del 2004. Disponible en World Wide Web: <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-Unaaproximacionalenfoque-s.pdf>.

Fernández, Tomás-Ramón. *Las garantías de los derechos sociales*. /en/ MUÑOZ M., Santiago (dir). *Las estructuras del bienestar en Europa*. Fundación ONCE-Civitas, Madrid, 1999.

Fundación para la Superación de la Pobreza: *Umbrales sociales 2006. Propuestas para una futura política social*. Santiago: 2005.

Larraín, Sara, Leroy, Jean Pierre, Cansen, Karin (eds.): *Sustainable Southern Cone Program. Citizen Contribution to the Construction of Sustainable Societies*, 2003.

Martínez, José Ignacio: "Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-sede Coquimbo*, año 4 (1997).

MINVU. *Chile. Un siglo de políticas en vivienda y barrio*. División Técnica y de Fomento Habitacional MINVU, Santiago, 2004.

ONU, Consejo Económico y Social. *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari*. Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, E/CN.4/2001/51, 2001, disponible en World Wide Web

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4af39abdaafc9e4cc12569f400351376?Opendocument>.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N°4 de 1991, El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1º del artículo 11 del Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Sexto período de sesiones, 1991, Doc. E/1991/23.

ONU, World Commission on Environment and Development . *Our Common Future*, conocido como Reporte Brundtland, 1987.

Rajevic, Enrique: "Derecho y Legislación Urbanística en Chile", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol II, N° 2, julio-diciembre 2000.

Rajevic, Enrique: "La Planificación Urbana en Chile", en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Chile, N° 3, abril 2001, pp. 81-100.

Rajevic, Enrique: "Evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica y planes urbanísticos". Getafe, mayo de 2002 (inédito).

Rodríguez, Alfredo y Sugranyes, Ana: "El problema de vivienda de los «con techo»", en *Eure*, Vol.XXX, N° 91 (2004).

### ***Trabajo e integración social***

Abramo, L y Todaro, R. Cuestionando un mito: costos laborales de hombres y mujeres en América Latina. OIT, Lima, 2004

Batthyány, K. Cuidado infantil y Trabajo. ¿Un desafío exclusivamente femenino?, CINTERFOR, Uruguay, 2004.

Bettio, Francesca y Plantenga, Janneke. Comparing care regimens in Europe, *Feminist Economics*, March 2004.

CEPAL. Panorama social de América Latina 2004, Capítulo IV. Estructuras Familiares, Trabajo doméstico y Bienestar en América Latina. Disponible en World Wide Web

[http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/0/LCL2220PE/PSE2004\\_Cap4\\_Estructuras.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/0/LCL2220PE/PSE2004_Cap4_Estructuras.pdf)

Dirección del Trabajo, ENCLA 2002, Departamento de estudios, Santiago de Chile, 2003.

Henríquez y Riquelme. Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Cuadernos de Investigación No. 3, 1997.

León, Francisco. Mujer y Trabajo en las reformas estructurales de América Latina durante las décadas de 1980 y 1990. En Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, 2000. Disponible en World Wide Web

<http://www.eclac.cl/publicaciones/UnidadMujer/8/LCL1378P/lcl1378e.pdf>

Lerda y Todaro. ¿Cuánto cuestan las mujeres? Un análisis de los costos laborales por sexo. CEM, 1997.

López, Diego. Mercado laboral y fuerza de trabajo femenina. Documento Fundación Friedrich Ebert, mayo 2004, documento sin publicar.

OIT. “La mujer y el mundo del trabajo: los costos sociales de un verdadero progreso”. Disponible en World Wide Web

<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pkits/women1.htm>

OIT. Trabajo y maternidad. Las normas que protegen la salud de las trabajadoras embarazadas, Doc. 91, Santiago de Chile, 1998.