



Diciembre | 32
2011

Serie Informe

Legislativo

Capacidad de los Menores en Chile: Una Legislación Adolescente

Silvia Baeza V.
M. Teresa Muñoz G.

ISSN 0717-1544

Silvia Baeza V. es abogado de la Universidad de Chile y coordinadora de Estudios Jurídicos de Libertad y Desarrollo.

M. Teresa Muñoz G. es abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez y LLM en Derecho Corporativo de la Universidad de Nueva York.

Índice

Resumen Ejecutivo	5
I. Una Mirada a la Situación Actual	7
1. Introducción	7
2. Aspectos Civiles	8
3. Los Menores en el Derecho de Familia	16
4. Los Menores en el Derecho Penal	22
5. Los Menores en el Derecho Procesal	29
6. Los Menores en la Ley sobre Tribunales de Familia	33
7. Los Menores en el Derecho Laboral	36
8. Los Menores en el Derecho a la Salud	41
II. Lo que se está Discutiendo	46
1. Regulación de Empaquetadores en Supermercados	46
2. Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud	47
3. Rotulación de Alimentos y Bebidas Alcohólicas	51
III. Conclusiones	52

Resumen Ejecutivo

Durante el último tiempo se han discutido proyectos de ley que establecen regímenes especiales de capacidad para los menores de edad. Algunos se orientan a proteger a los menores y, en consecuencia, restringen sus libertades sometiendo sus decisiones a las de los adultos a cuyo cargo se encuentran, tal como ocurrió con la polémica Ley de Rotulación de Alimentos conocida como “Ley del Súper 8”. En sentido diverso, existen proyectos que tienden a aumentar los ámbitos de decisión de los menores, sustrayéndolos de la esfera de protección de sus padres o tutores. En la misma línea, se ha considerado dentro del debate la regulación específica de los menores en normas de diversa índole como la que tipifica las conductas terroristas, la que regula el consumo de bebidas alcohólicas, las normas de trabajo, etc.

Así, la discusión legislativa y las normas vigentes que determinan el régimen jurídico aplicable a los menores de edad, especialmente los menores adultos o adolescentes, presenta características propias de la edad de los sujetos a los que se les aplica. A veces los tratamos como adultos, a veces como niños. Consideramos como sociedad que tienen conciencia y responsabilidad suficiente en algunos aspectos y en otros les negamos toda participación.

Este trabajo pretende, en su primera sección, realizar un análisis general de la normativa vigente en Chile respecto de los menores y la capacidad que el legislador les reconoce según sea el estatuto normativo de que se trate. En una segunda parte, se expondrán los ejes principales de discusión que se han abierto a propósito de los proyectos de ley en trámite, para concluir reflexionando sobre los criterios que permitan homogeneizar las normas aplicables a los menores, en los distintos cuerpos legales, estableciendo diferencias solo en aquellas materias en que sea estrictamente necesario.



Capacidad de los Menores en Chile: Una Legislación Adolescente

I. Una Mirada a la Situación Actual

1. Introducción

Las diferentes iniciativas legislativas que inciden en el régimen aplicable a los menores, en el contexto de nuestra legislación, nos conducen a reflexionar sobre cuál es el trato que le queremos dar a los menores de edad. Una respuesta es sin duda considerarlos personas plenamente capaces en todas las áreas a partir de cierta edad, tomando en cuenta los cambios que ha habido en la sociedad, donde los jóvenes aparentemente están más conscientes de su entorno y realidades. Una alternativa distinta es seguir considerándolos como sujetos que no poseen las mismas capacidades que un adulto para comprender la realidad y las consecuencias de sus actos. Cualquiera de las respuestas debe llevarnos a reflexionar sobre estas opciones y, en todo caso, de ampliarse el ámbito de libertad, responsabilidad y derechos de los menores, debe necesariamente reducirse el grado de responsabilidad de los adultos que están a cargo de ellos.

Es frente a esta reflexión que se ha decidido iniciar una revisión de la legislación que rige a los menores de edad en Chile, con referencia a lo que ocurre en otros países. Al observar lo debatido en algunos proyectos de ley es posible apreciar, a lo menos, una tendencia al cambio en relación con el tratamiento legal que se les quiere dar a los menores de edad.

En décadas pasadas, la situación parecía bastante clara, siendo considerados, en términos generales, incapaces hasta los 18 años¹. Toda persona menor de esta edad debía tener un representante y la ley establecía claramente que solo podían actuar válidamente en la vida jurídica, representados o autorizados. Como consecuencia de ello, la responsabilidad generada por sus actos recaía generalmente en sus padres o guardadores. En el mismo sentido, en los casos en que el legislador les ha permitido actuar válidamente por sí mismos, otorgado alguna capacidad especial o aplicado un régimen especial de responsabilidad, lo dispone expresamente en una ley. Este distinto estatuto para los menores, no implica discriminación, ni un trato desigual en su contra. Por el contrario, el objetivo tenido a la vista para establecer estas diferencias es, justamente, proveer de una adecuada protección a quienes, a juicio del legislador, no se encuentran en igualdad de condiciones para actuar en la vida jurídica, por razones de edad o madurez, de capacidades cognitivas o comprensivas, resguardando así el equilibrio que debe darse en las relaciones jurídicas.

El marco normativo general en esta materia, se encuentra principalmente en el Código Civil. Los demás cuerpos legales se remiten a lo que en él se establece, o bien señalan las excepciones a esa normativa. Para los efectos de este trabajo se han revisado las disposiciones de distintas áreas, referidas a siete ejes considerados relevantes, como las

¹ Sin perjuicio de excepciones, por ejemplo en materia de responsabilidad extracontractual civil, en que el límite está en los 16 años.

normas del Código Civil, las del Derecho de Familia, Penal, Procesal, Laboral y de Salud; este último comprende también aspectos que inciden en ella, tal como el consumo de alcohol.

2. Aspectos Civiles

El Código Civil (CC) establece el sistema general de nuestra legislación y define los términos que se utilizan en las demás áreas del derecho. Se distingue en materia civil entre las personas naturales que actúan en la vida jurídica, según su edad. Así, el infante o niño es todo el que no ha cumplido siete años; el impúber, el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce; el menor adulto es el que ha dejado de ser impúber. Mayor de edad es quien ha cumplido dieciocho y menor de edad el que no ha llegado a cumplirlos. La ley también establece que son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y el tutor o curador². Estas distinciones tienen relevancia, ya que determinan la capacidad con la cual los menores pueden actuar. La capacidad se entiende como la aptitud de una persona para adquirir derechos y ejercerlos por sí misma.³ Debe distinguirse la capacidad que permite adquirir y ser titular de derechos y la de ejercicio, que habilita a la persona para ejercer por sí misma estos derechos⁴.

La regla general es que todas las personas son legalmente capaces, salvo aquellas que el legislador señala expresamente que no tienen dicha aptitud, dentro de los cuales están los menores de edad⁵. Se distingue entre personas plenamente capaces, relativamente incapaces y absolutamente incapaces. En relación con la edad, es absolutamente incapaz el impúber, por lo que sus actos no producirían obligación alguna⁶. Es relativamente incapaz el menor adulto y sus actos pueden tener valor bajo ciertas circunstancias. El legislador vela porque existan condiciones de igualdad entre las partes en las relaciones jurídicas y ha considerado que éstas no se encuentran presentes en la mayoría de las relaciones entabladas por los menores, pues la conciencia que tienen de sus actos varía de manera progresiva en razón de su edad.

En Chile, entendemos como sociedad que alcanzados los 18 años, toda persona tiene la madurez suficiente para poder actuar por sí misma y comprender las consecuencias de sus

² El artículo 26 del Código Civil (CC) distingue entre las distintas personas naturales que actúan en la vida jurídica, según su edad. Así, *"llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos"*. Por su parte, el artículo 43 señala que *"Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador"*.

³ Alessandri R., Arturo y otros. "Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general. Tomo I. Año 1998. Séptima edición, febrero, 2005. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 237 y sgtes.

⁴ En el Título II del Código Civil sobre los Actos y Declaraciones de Voluntad, el artículo 1.445 establece la necesidad de que toda persona sea legalmente capaz, como requisito para que se pueda obligar válidamente por sus actos o declaraciones de voluntad. Así, el inciso segundo de este artículo señala que *"la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"*.

⁵ El artículo 1.446 establece la regla general sobre capacidad, señalando que *toda persona es legalmente capaz, salvo aquellas que la ley declara incapaces*. El artículo 1.447 complementa este último, distinguiendo entre absolutamente incapaces, relativamente incapaces y otras incapacidades particulares.

⁶ El acto del absolutamente incapaz no genera obligaciones. En términos generales, es obligación civil la que concede tanto acción para requerir su cumplimiento, como excepción para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ella; mientras que es obligación natural la que solo concede excepción. Caución, por su parte, se refiere a toda obligación accesoria que se contrae para poder garantizar una obligación principal.

actos y por ello, a los menores de esa edad se les ha protegido. Por ejemplo, un niño de 7 años debe actuar siempre representado y en cambio, el menor adulto, en atención a su mayor conciencia y madurez, puede actuar con autorización de su representante e incluso sin ésta en casos especiales, como reconocer hijos y testar.

La manera de suplir la incapacidad del menor se realiza por medio de representantes. La ley precisa quiénes pueden ejercer este cargo y define sus atribuciones y responsabilidades.⁷ Como es natural, los primeros representantes del menor son el padre o la madre, el adoptante y el tutor o curador. La representación de los padres generalmente se denomina patria potestad y es parte de la relación paterno filial que el legislador reconoce y ampara. Se presenta, con matices, en distintos países. Así, Argentina, Colombia, Cuba, Perú y México, la definen en general como “*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.*”⁸ En Bolivia y República Dominicana, se habla de autoridad de los padres, comprendiendo la responsabilidad que a éstos les corresponde por sus hijos⁹.

En Chile, se distingue la patria potestad, responsabilidad que recae sobre los bienes del hijo, de la responsabilidad y cuidado sobre la persona de éstos, llamado “cuidado personal”¹⁰. La patria potestad es ejercida por el padre o la madre o por ambos conjuntamente. A falta de acuerdo, corresponde al padre y si están separados, a quien tenga el cuidado personal del hijo¹¹. Esta representación termina por la emancipación, legal o judicial y que se produce por circunstancias tales como la muerte del padre o madre, (a no ser que el otro padre sobreviviente pueda ejercerla), el matrimonio o por cumplir dieciocho años. Los motivos de emancipación judicial son el abandono o el maltrato habitual, entre otros¹². La patria potestad puede suspenderse por ciertas causales¹³ como la minoría edad del padre o madre. En estos casos, corresponde al padre mayor de edad y a falta de éste, a un guardador.

La patria potestad se compone de un conjunto de derechos, deberes y responsabilidades. Así, se confiere a los padres el derecho legal de goce o usufructo legal sobre los bienes del hijo, que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos. Queda fuera del usufructo el peculio profesional o industrial del menor¹⁴ que está compuesto por los bienes que éste adquiere por su trabajo y cuya administración le corresponde exclusivamente, ya que es considerado para estos efectos como mayor de edad. En este sentido, puede celebrar contratos y los efectos de éstos se radicarán en su persona y en

⁷ El artículo 43 del CC señala que “*Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador.*”

⁸ A modo de ejemplo ver artículo 264 del Código Civil argentino.

⁹ Apuntes de clase de Derecho Civil de la profesora de la Universidad Católica, Carmen Domínguez A., sobre Patria Potestad y Responsabilidad Parental, pág. 2.

¹⁰ El artículo 243 del CC define la patria potestad como *el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*. En su inciso segundo, señala que *se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer*.

¹¹ Todo lo anterior puede ser alterado ya por acuerdo de los padres o por resolución del juez, fundada en el interés del menor. En caso de no estar presente o habilitado para ejercer este cargo el padre o madre, por ejemplo, por haberse establecido la filiación del menor contra la oposición de dicho padre, deberá nombrarse un tutor o curador, según corresponda.

¹² Si el hijo menor se emancipa, queda, en todo caso, sujeto a guarda.

¹³ Artículo 267 del CC.

¹⁴ Pueden también quedar excluidos los bienes que el menor adquirió por donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha expresado que no sean administrados por quien ejerza la patria potestad o que se obtenga la emancipación del menor para poder gozar de ellos, o que el goce de los mismos corresponda al hijo.

este patrimonio especial. La excepción a esta regla particular de administración dice relación con la enajenación y gravamen de bienes raíces, para lo cual el menor requiere de autorización judicial¹⁵. El menor adulto puede también disponer testamentariamente de sus bienes o reconocer a un hijo¹⁶. La patria potestad impone también deberes, por lo que corresponde al padre que la ejerce, la representación legal del menor, judicial y extrajudicial, ya que en materia judicial el menor no tiene capacidad y siempre deberá comparecer representado¹⁷.

En suma, la regla general para el hijo menor de edad en materia civil es la incapacidad. Las excepciones se refieren a la administración de su peculio profesional, la facultad de reconocer hijos y disponer de sus bienes en testamento.

2. 1. Tutelas y Curadurías

En ausencia o inhabilidad del padre que ejerce la patria potestad, serán representantes legales del menor los tutores y curadores¹⁸, según sean impúberes o menores adultos, respectivamente. Ambos cargos se ejercen sobre los bienes y la persona del menor¹⁹. El tutor o curador se nombra por decreto judicial y debe otorgar fianza o caución²⁰ y confeccionar inventario solemne de los bienes del pupilo. La ley establece formalidades y requisitos para ejercer el cargo, para proteger los intereses de los menores por sobre los del guardador. También establece una serie de incapacidades y causales de exención, entre las que destaca la incapacidad relativa a la edad, que fija el límite mínimo para ejercer el cargo en los veintiún años de edad²¹. Los menores de edad no pueden entonces ser tutores o curadores. Los guardadores representan o autorizan al menor en los actos judiciales o extrajudiciales que les conciernan²² y administran sus bienes con una serie limitaciones. A modo de ejemplo, para enajenar o gravar bienes raíces requiere de autorización judicial, por causa de utilidad o necesidad manifiesta, y pública subasta²³. Para repudiar o aceptar una

¹⁵ Los artículos 252 y siguientes del CC se remiten a la reglamentación sobre este derecho legal de goce. Es posible mencionar que el padre o madre que ejerce la patria potestad no requiere rendir fianza o caución de conservación o restitución, ni hacer inventario solemne; que la madre casada en sociedad conyugal que ejerce este derecho es considerada separada parcialmente de bienes para estos efectos, pudiendo actuar con las mismas facultades que respecto de su patrimonio reservado del artículo 150; las limitaciones en caso de donación de bienes del hijo, o aceptación o repudio de herencia a éste deferida, son las mismas que rigen para los tutores y curadores; que se debe dar conocimiento al hijo de la gestión realizada al término de la patria potestad, entre otras cosas.

¹⁶ El artículo 262 del CC señala que: *"El menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte, ni para reconocer hijos."*

¹⁷ En caso de que el hijo demande a sus padres será autorizado por el juez, quien le nombrará un curador para la litis, lo mismo que si el padre se niega o está imposibilitado para representarlo contra un tercero. No es necesaria la representación cuando se interpone contra un menor una acción penal por un delito, cuasidelito o falta. Los padres en este caso solo están obligados a suministrarle ayuda para su defensa.

¹⁸ El artículo 338 del CC define las tutelas y curadurías o curatelas, también conocidas en términos generales como guardas, como *cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida.*

¹⁹ Así, difieren de los curadores adjuntos, que se nombran para ejercer cierta administración separada de la del representante general, y de las curadurías especiales, que se nombran para un negocio particular. Estas guardas pueden ser testamentarias, legales o dativas, en que el juez es quien nombra al guardador, a falta de las anteriores.

²⁰ Salvo los casos mencionados en el artículo 375 del CC, esto es el cónyuge, ascendiente, descendiente, los interinos y quienes se encargan de negocios particulares sin administración de bienes. Puede relevarse de fianza a personas de conocida probidad, que puedan responder y cuando el menor tenga pocos bienes.

²¹ Artículo 500, CC.

²² Artículo 390, CC.

²³ El artículo 393 del CC dispone que: *"No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o*

herencia del pupilo, requiere decreto de juez y beneficio de inventario²⁴. Para provocar la partición de las herencias o bienes raíces en que tengan parte sus pupilos requiere de autorización judicial²⁵. En general, para este tipo de actos los representantes de los menores necesitan de aprobación judicial u otro requisito adicional²⁶.

La curaduría del menor adulto, esto es, *aquella a que solo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado*²⁷, se ejerce, conforme al artículo 439 del CC, tal como la del hijo sujeto a patria potestad, respecto del peculio profesional. Además, el curador puede confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares, si lo estima conveniente y bajo su responsabilidad²⁸. En la administración de estos bienes y también para reconocer hijos o para disponer por testamento, el menor sujeto a curaduría tiene capacidad para actuar por sí mismo. Pero la situación del impúber y la del menor adulto difieren bastante. El primero está incapacitado para actuar por sí, debiendo actuar siempre representado por su tutor y en la administración de sus bienes el juez debe autorizar prácticamente todo. En cambio, el menor adulto puede administrar los bienes de su peculio profesional y ser autorizado por el curador para administrar parte de los bienes pupilares. Tanto el impúber como el menor adulto tienen acción para dirigirse contra sus guardadores por los perjuicios sufridos bajo su administración, con un plazo de prescripción de cuatro años desde que termina el pupilaje.

2.2. Capacidad de los Menores en Materias Específicas

En otras materias específicas de tipo civil, el legislador ha establecido diversas excepciones a la capacidad plena de los 18 años. Así, respecto de la posesión²⁹ se establece que los menores de edad pero mayores de siete años pueden adquirirla sobre una cosa mueble, pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con autorización³⁰. Por otra parte, en relación con la tradición³¹ se vuelve a la regla general y se necesita facultad de enajenar la cosa como dueño. Si éste es menor de edad, deberá actuar representado o autorizado. La excepción en ambos casos se encuentra en el peculio profesional, salvo para la enajenación

necesidad manifiesta." Artículo 394: "La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta."

²⁴ El artículo 397 del CC señala: "El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario."

²⁵ El artículo 1322 del CC, inciso primero, dice: "Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial."

²⁶ Aún más, el artículo 402 del CC prohíbe la donación de bienes raíces del pupilo, aunque exista decreto del juez que lo autorice.

²⁷ El artículo 435 del CC dispone: "La curaduría del menor de que se trata en este título, es aquella a que solo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado."

²⁸ El artículo 440 del CC establece: "El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber. Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar bajo su responsabilidad los actos del pupilo en esta administración. Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella.

El curador ejercerá también, de pleno derecho, la tutela o curatela de los hijos bajo patria potestad del pupilo."

²⁹ El artículo 700 del CC dice: "La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo."

³⁰ Artículo 723 del CC.

³¹ En términos simples es un modo de adquirir el dominio de las cosas que consiste en la entrega que el dueño hace de una cosa a otra persona, el que entrega con la facultad e intención transferir el dominio y el que recibe con la capacidad e intención de adquirirlo.

o gravamen de bienes raíces. Sobre la prescripción³², que puede ser ordinaria o extraordinaria, según sean los requisitos exigidos y el período de tiempo necesario para adquirir, se hace referencia a los menores, ya que en la prescripción ordinaria -más exigente- se permite la suspensión en favor de los menores; así el período necesario de posesión se detiene y al cumplir la mayoría de edad, el menor convertido en adulto sigue contando con el tiempo de posesión obtenido durante su minoría de edad.

En materia sucesoria existen una serie de normas referidas a los menores, ya sea confirmando la regla general o estableciendo excepciones. De este modo, para poder adquirir por sucesión, solo se requiere existir al momento de fallecer el causante; no hay ningún impedimento para que un menor de cualquier edad adquiera por esta vía³³, independiente de las reglas de administración de dichos bienes. Sobre la facultad de otorgar testamento, en cambio, el legislador señala que el impúber es inhábil para testar. Es hábil el menor adulto y además puede disponer de sus bienes por acto testamentario. Los menores están inhabilitados para actuar como testigos en testamentos o para desempeñarse como albaceas o ejecutores testamentarios. Para proteger sus derechos sucesorios, se les concede a los menores la suspensión del plazo de prescripción de la acción de reforma de testamento que expirará cuatro años después que cumplan la mayoría de edad³⁴. Siguiendo la misma lógica, en materia de donaciones por acto entre vivos³⁵, los menores son inhábiles para donar. Para aceptar una donación, requerirá de la actuación válida de su representante. En suma, el legislador, en cuestiones sucesorias y de donaciones reafirma constantemente la norma general en materia de capacidad. Los menores son considerados incapaces y deberán actuar representados o autorizados.

En materia civil son también relevantes los modos de extinguir las obligaciones que, en términos simples, son hechos o actos a los que la Ley atribuye el valor de hacer cesar los efectos de la obligación. En este aspecto también es posible encontrar normas que, consistentes con el criterio general, exigen la intervención de representantes para la validez de los actos de los menores de edad. A modo de ejemplo, el pago³⁶ debe ser efectuado por quien tiene capacidad de enajenar y a quien tenga la administración de sus bienes³⁷. En consecuencia pueden recibir legítimamente el pago, los tutores y curadores por sus pupilos, o los padres y madres sobre sus hijos. Las normas que regulan la remisión o condonación de las deudas siguen la regla general: se exige que el acreedor sea hábil para disponer de manera que el menor no podría realizar estos actos por sí mismo.

³² El artículo 2492 del CC señala: "*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.*"

³³ En este sentido cobran importancia las reglas para aceptación y repudiación de herencias o legados que rigen a los representantes legales, pues serán éstos los llamados a aceptar o repudiar por el menor la herencia o legado.

³⁴ En términos simples, las asignaciones forzosas son aquellas que deben ser siempre respetadas por el testador y en caso contrario, los legitimarios a quienes el testador no haya dejado todo lo que les correspondía, podrán ejercer acción de reforma del testamento, por un plazo de cuatro años.

³⁵ Esto es, un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que lo acepta.

³⁶ Modo de extinguir las obligaciones que consiste en prestarse efectivamente aquello que se debe.

³⁷ A menos que se pruebe que el pago se ha utilizado en un provecho justificado por el acreedor.

En relación con la nulidad³⁸, se establece la nulidad absoluta para los actos celebrados por los absolutamente incapaces, entre ellos, los impúberes; y la nulidad relativa que es la sanción a los actos celebrados por los relativamente incapaces, como el menor adulto, si no actúan debidamente representados o autorizados.

En lo que se refiere a los contratos, en la compraventa se aplica la norma general de capacidad: los impúberes o menores adultos, deberán actuar representados o autorizados por sus representantes legales. Por su parte, el menor adulto podrá celebrar por sí mismo el contrato cuando actúe dentro del giro de su peculio profesional o industrial, salvo la venta de bienes raíces. En el mandato, la calidad de mandatario puede recaer en un menor adulto. En este caso, los actos que ejecute serán válidos en cuanto obliguen a quien lo contrató y/o a terceros. Sin embargo, las obligaciones del mandatario para con terceros o para con el mandante, deben seguir las reglas generales, es decir, deberán actuar representados o autorizados, según lo exija el acto que deban ejecutar³⁹. En el mismo sentido, el legislador civil reitera la norma general de capacidad a propósito de los contratos de depósito, prenda, hipoteca y transacción. En el caso del contrato de fianza, el CC señala que quien está obligado a prestar fianza, debe dar un fiador capaz de obligarse como tal. Frente a esto, los menores en general son incapaces de obligarse como fiadores, salvo que exista decreto judicial que lo autorice y solo a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente y por causa urgente y grave.

2.3. Responsabilidad Civil Extracontractual

Tradicionalmente, se ha entendido que una persona es responsable cuando está sujeta a la obligación de reparar el daño sufrido por otra. Esta obligación se cumple, en materia civil, mediante la indemnización de perjuicios. El daño es de la esencia de la responsabilidad civil extracontractual, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, que contempla la existencia de figuras delictivas de mero peligro y sanciona conductas tentativas y frustradas, si no existe daño no hay responsabilidad civil⁴⁰. La responsabilidad civil extracontractual surge de la comisión de un hecho antijurídico, imputable, que causa daño y que es ejecutado ya sea con intención de dañar a otro o faltando a la diligencia y cuidado exigido. Como consecuencia, corresponde indemnizar los perjuicios causados a quien los ha sufrido. En esta materia, se encuentra expresamente regulada la capacidad de las personas y se ha establecido una regla distinta⁴¹. Solo son incapaces en relación con su edad los menores de siete años. Sin embargo, entre los siete y dieciséis años se deberá determinar si el menor actuó con o sin discernimiento, para poder establecer si se le considera responsable. A partir de los dieciséis años de edad, hay plena capacidad.

El por qué el legislador ha modificado la regla general radica posiblemente en el hecho que la noción del bien y del mal se adquiere antes que la capacidad de comprender los alcances y efectos de la celebración de un acto o contrato. Si bien los infantes son incapaces de

³⁸ El artículo 1681 del CC dice: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa."

³⁹ El artículo 2128 del CC expresa: "Si se constituye mandatario a un menor adulto, los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores."

⁴⁰ Apuntes del curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad extracontractual. Profesor Enrique Barros Bourie. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2001.

⁴¹ Artículo 2.314 y sgtes. del CC.

cometer un delito o cuasidelito civil, serán responsables de los daños que éstos pudiesen ocasionar las personas a cuyo cargo estén, siempre que se les pueda imputar negligencia. Los padres son responsables por los hechos de los hijos que habitan en su misma casa y del tutor o curador por los hechos del menor que vive bajo su dependencia. Esta responsabilidad por hechos de otro surge de la posición de garante de quien tiene a cargo el cuidado de un menor que puede ser considerado responsable en materia extracontractual. Si dicho menor realiza un acto impropio y daña a otros, se presume la culpabilidad o descuido del guardián. Así, y en vistas de la capacidad de que carece el menor para comparecer en juicio y para actuar en general en la vida jurídica, su representante legal deberá responder por él. Sin embargo, la ley permite al garante eximirse de dicha responsabilidad si prueba que con su autoridad y cuidado, no ha podido evitar el hecho que ocasionó el perjuicio. Por último, los padres serán siempre responsables de los delitos y cuasidelitos que cometan sus hijos menores, y que conocidamente provengan de la mala educación y hábitos viciosos que les han dejado adquirir. *“El fundamento histórico de esta responsabilidad de los padres se encuentra en el deber de cuidado que les incumbe respecto de la persona de los hijos. Se entiende que si ellos han causado un perjuicio a otro, sea de orden patrimonial o extrapatrimonial, ello supone que ha habido un descuido de los padres”*⁴².

En consecuencia, la norma en materia de responsabilidad civil extracontractual difiere de la regla general, ya que solo son incapaces los infantes y los menores de dieciséis años si han obrado sin discernimiento. Cumplidos los dieciséis años son totalmente capaces de cometer un ilícito civil.

2.4. Capacidad de los Menores en Materia Civil en la Legislación Comparada

Con el objeto de ilustrar y complementar el análisis, se expone de modo ilustrativo, la legislación comparada, de cuatro países: Argentina, Brasil, España e Inglaterra, a la que se hará también referencia en posteriores capítulos de este trabajo. Al igual que en la legislación chilena, en los países indicados se establece la mayoría de edad a los 18 años. Sin embargo, y como se demostrará a continuación, las normas de capacidad de los menores de edad difieren. Tanto Argentina como Brasil contemplan la distinción entre incapaces absolutos y relativos, que también recoge nuestra legislación. Así, para el primero, son incapaces absolutos, en razón de su edad, los menores de 14 años; e incapaces relativos, los menores adultos, esto es, menores de 18 y mayores de 14 años, los que podrán realizar solo aquellos actos que las leyes les autoricen expresamente⁴³. En Brasil, el Código Civil brasileiro señala que son absolutamente incapaces de realizar personalmente los actos de la vida civil los menores de 16 años, y relativamente incapaces, los mayores de 16 y menores de 18 años⁴⁴. En España, por su parte, no se efectúa la

⁴² Apuntes de clases de Derecho Civil de la profesora Carmen Domínguez A. de la Universidad Católica de Chile, sobre Patria Potestad y Responsabilidad Parental, pág.2.

⁴³ El Código Civil argentino, artículo 52 señala: *“Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.”* Artículo 55: *“Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.”* Artículo 127: *“Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.”* Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

⁴⁴ El Código Civil brasileiro, artículo 3, dice: *“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos;...”* Artículo 4: *“São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;...”* El artículo 5 de este cuerpo

distinción anterior. El Código Civil español establece que se es capaz para todos los actos de la vida civil a partir de la mayoría de edad, salvo excepciones establecidas expresamente para casos especiales. A su vez, el mayor de 16 y menor de 18 años emancipado puede disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad⁴⁵. En Inglaterra, en que rige el sistema jurídico del *common law*, y dada la relevancia otorgada a los precedentes judiciales que conforman gran parte de su ordenamiento jurídico, no existen normas legales que establezcan una edad mínima única en materia de capacidad civil. Así, se confiere a los menores diversos derechos y deberes de la vida adulta en distintas etapas de su desarrollo, utilizándose, por ejemplo, la palabra "niño" indistintamente para el "menor de 18 años", "menor de 14 años", o "quien no ha alcanzado la edad de escolarización obligatoria"⁴⁶.

En Chile, no son considerados responsables en materia civil extracontractual los menores de siete años y los menores de dieciséis y mayores de siete que hubiesen obrado sin discernimiento. Esta regla difiere, por ejemplo, de la situación en Argentina, donde los menores de 10 años no responden por los daños causados por ellos, por carecer de discernimiento⁴⁷. El artículo 921 del Código Civil argentino dispone al respecto que "los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos de menores de diez años".

En Brasil, la regla es diferente. Se considera absolutamente incapaz o inimputable de la comisión de un ilícito civil a toda persona menor de 16 años de edad. Los mayores de 16 y menores de 18 años son incapaces relativos, por lo que pueden ejercer ciertos actos de la vida civil y podrían ser responsables por los perjuicios que causen, si las personas que responden por ellos no tuviesen obligación de hacerlo o no dispusiesen de medios suficientes para ello⁴⁸. En España, por su parte, no existen normas sobre la responsabilidad extracontractual que cabe a los menores por sus propios actos. Son sus padres a quienes toca responder por los mismos, sea total o parcialmente, salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño⁴⁹. En Inglaterra, no

legal, agrega que, a partir de los dieciocho años, la persona se encuentra habilitada para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, y que la incapacidad de los menores de edad cesa en determinadas circunstancias, que enumera, como por ejemplo, el casarse o el ejercicio de un empleo público. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

⁴⁵ Código Civil español, artículo 314: "La emancipación tiene lugar: 1. Por la mayor edad. 2. Por el matrimonio del menor. 3. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4. Por concesión judicial." Artículo 322: "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código." Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>.

⁴⁶ Información obtenida de informe solicitado a la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) sobre Capacidad Civil en el Derecho Comparado.

⁴⁷ Código Civil argentino, artículo 907: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, solo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido." Artículo 1.114 "El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor." Artículo 1.076 "Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren." Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

⁴⁸ Código Civil brasileiro, artículos 3 número 1 y 4 número 1, anteriormente citados, y 928: "O incapaz responde pelos prejuizos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem." Disponible en http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

⁴⁹ Código Civil español, artículo 1.902: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado." Artículo 1.903: "La obligación que impone el artículo anterior

existe una norma uniforme para determinar la capacidad en materia civil extracontractual, por lo que se establecen parámetros a través de la jurisprudencia. En este caso, prima el principio del nivel de cuidado o capacidad de actuar de manera razonable que deben tener las personas en su actuar, aplicables también a los menores de acuerdo a su edad y experiencia. De ahí que se requiera demostrar que el menor sí tenía la capacidad de prever las consecuencias de sus acciones e investigar el nivel de cuidado que se esperaba de él. En el caso *Mullin v Richards*⁵⁰ de 1998, se establece que el estándar de cuidado aplicable a los menores es el de un niño normalmente prudente y razonable de la misma edad del menor demandado. Sobre la base de este criterio, entonces, se podría determinar si la lesión o daño sufrido por el demandante era previsible, y si existía un riesgo real que podría haber sido evitado⁵¹.

3. Los Menores en el Derecho de Familia

En materia de familia, relaciones que se dan entre personas ligadas por un vínculo de matrimonio, convivencia, parentesco o adopción, se entiende también que los menores de edad son incapaces de actuar válidamente. Hemos considerado las normas principales de nuestro ordenamiento jurídico⁵², a las que se hace referencia según los distintos temas abordados.

es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño." Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>

⁵⁰ En este caso dos menores de quince años de edad comenzaron a pelear en el colegio, estilo esgrima, con reglas plásticas. Al romperse una de las reglas, una astilla de plástico entró en el ojo derecho de una de las menores, resultando en la pérdida permanente de la visión en éste. La menor afectada presentó una demanda por negligencia en contra de la autoridad educativa local y de su compañera de clase. En primera instancia, el juez rechazó la demanda contra la autoridad, ya que no se pudo probar ningún incumplimiento del deber de cuidado, pero se resolvió que ambas menores eran culpables de negligencia, siendo la lesión de la demandante un resultado previsible. El tribunal determinó que la demandada debía indemnizar a la demandante, pero con una deducción del 50% atribuible a la propia negligencia de esta última. En la apelación, la demandada alegó que el juez se había equivocado al considerar la previsibilidad al no tener en cuenta su edad. La Corte de Apelaciones dictaminó que, aunque era necesario adaptar el estándar de cuidado al hecho de que la demandada era una estudiante de quince años de edad y no un adulto, debía mantenerse el análisis respecto del requerimiento señalado. La pregunta era, por tanto, si una menor de quince años de edad, normalmente prudente y razonable, en la misma situación de la demandada, habría previsto que sus acciones podían implicar un riesgo de lesión. Del análisis de los hechos la Corte dictaminó que no había fundamento para atribuir a las menores tal previsión, por cuanto éstas frecuentemente veían como un juego la "esgrima con reglas", realizada por otras estudiantes y no habían sido advertidas respecto de ella o de las lesiones que pudiesen causarse. En consecuencia, la Corte falló a favor de la demandada. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/2662.html> (julio, 2011).

⁵¹ Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional sobre Capacidad Civil en el Derecho Comparado.

⁵² Código Civil, la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, la Ley 19.620 sobre Adopción de Menores, la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias y la Ley 16.618, de Menores.

3.1. *El Matrimonio Civil y los Menores de Edad*

La Ley de Matrimonio Civil recoge el principio establecido en la Constitución, esto es que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”* y agrega que *“el matrimonio es la base principal de la familia”*.

Establece que la facultad de contraer este vínculo es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello⁵³. El legislador ha considerado que el matrimonio es un contrato que requiere de cierta de edad en los contrayentes, que importe una capacidad de comprender y asumir las responsabilidades y consecuencias que conlleva.

La Ley 19.947 sustituyó a la del año 1884 en la que se establecía que no podían contraer matrimonio los impúberes. Adicionalmente, los menores de dieciocho años tampoco podían contraerlo sin autorización. Si bien se planteó en la discusión de la ley la necesidad de elevar la edad requerida para casarse (por ejemplo, el presidente de la Excm. Corte Suprema de la época, expresó *“que la edad mínima para contraer matrimonio debería ser veintiún años⁵⁴”*), la ley aprobada estableció que son capaces para contraer matrimonio los mayores de dieciséis años. Sin embargo, desde los dieciséis, y mientras sean menores de dieciocho requerirán de la autorización de sus padres⁵⁵ o representantes. El menor que se case sin este consentimiento podrá ser desheredado y podrán serle revocadas las donaciones por causa de matrimonio que se le hubiesen otorgado. No pueden, además, ser testigos del matrimonio los menores de dieciocho años. Las exigencias resultan también relevantes a la hora del reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero, ya que se exige que se trate, además de la unión entre un hombre y una mujer, de mayores de dieciséis años. Respecto de las causales de nulidad y la acción para hacerlas valer, la ley dispone que el cónyuge menor de edad podrá ejercerla por sí mismo y que la causal de nulidad que proceda de la minoría de edad de alguno de los contrayentes prescribirá transcurrido un año desde que el cónyuge inhábil cumpla 18 años.

La minoría de edad de un cónyuge incide también en el régimen de bienes. Así, si el marido es menor de edad, requerirá de un curador para efectos de la administración. La mujer casada de cualquier edad, podrá ejercer una profesión u oficio separada del marido, y será considerada separada de bienes respecto de la administración de los bienes que con ello obtenga. Podrá administrarlos libremente, salvo que sea menor de dieciocho años, en cuyo caso requerirá de autorización judicial para gravar y enajenar los bienes raíces.

Por otra parte, aunque el marido sea el jefe de la sociedad conyugal, existen ciertos actos para los cuales requerirá de la autorización de la mujer, como enajenar o gravar los bienes raíces sociales o propios de la mujer, o para disponer entre vivos de los bienes sociales, entre otros⁵⁶. En caso que la mujer sea menor de edad, esta autorización podrá ser suplida

⁵³ El artículo 2 de la Ley 19.947 establece que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de la ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

⁵⁴ Jordán López, Servando, Historia de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil.

⁵⁵ Si éstos faltasen se aplican las reglas consagradas en los artículos 105, 106, 107 y 111 del CC.

⁵⁶ El artículo 1.749 del CC expresa: *“El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.*

Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.

por el juez. En relación con la separación de bienes también se hace mención a la situación de los cónyuges menores de edad. La mujer menor de edad puede pedir la separación autorizada por un curador especial.

Los menores de dieciocho años requerirán de la aprobación de las mismas personas que debían manifestar su consentimiento para el matrimonio, para hacer estipulaciones en las capitulaciones matrimoniales. En todo caso, para ciertas estipulaciones específicas, como renunciar a los gananciales, enajenar bienes raíces o gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, requerirán de autorización de la justicia. Esto último se exige también para que la mujer menor o sus herederos menores puedan renunciar a los gananciales, una vez disuelta la sociedad conyugal.

El divorcio debe ser declarado judicialmente, a petición de uno o ambos cónyuges, por las causales que la ley señala. Destaca como excepción a la regla general la norma que concede al cónyuge menor de edad capacidad para ejercer por sí mismo la acción de divorcio.

3.2. Filiación

Las normas de filiación o “vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado⁵⁷”, fueron objeto de una importante modificación en 1998 con la promulgación de la Ley 19.585, que incorporó el reconocimiento de igualdad entre los hijos, legítimos, ilegítimos y adoptivos, a quienes la antigua legislación asignaba tratos diferenciados. Hoy la filiación es matrimonial o no matrimonial y adoptiva. Todos son hijos y gozan de los mismos derechos. El CC establece

El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1.735, ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido.

Si el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, solo obligará sus bienes propios.

En los casos a que se refiere el inciso anterior para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la mujer.

La autorización de la mujer deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el juez, previa audiencia a la que será citada la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiera perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación. ”

El artículo 1.754 del CC dice: “No se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad. La voluntad de la mujer deberá ser específica y otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial que conste de escritura pública.

Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis.” Artículo 1755: “Para enajenar o gravar otros bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad.”

⁵⁷ “Manual de Derecho de Familia”, Enrique Rossel Saavedra, N 325, pág. 314, citado en *Derecho de Familia, Tomo II*, René Ramos Pazos, tercera edición, pág. 374.

diferentes maneras a través de las cuales se puede determinar la filiación de un hijo⁵⁸, que consiste en establecer quién es el verdadero padre o madre, tanto para quien no ha sido reconocido por padre alguno, como para quien ha sido reconocido pero desea repudiar o impugnar la filiación reconocida o reclamar una distinta.

Para estos efectos, el legislador consagra una serie de reglas y presunciones, fundadas principalmente en el hecho del parto y la presunción de la concepción de la persona. La filiación se puede determinar mediante el reconocimiento de padre o madre o por sentencia firme en juicio de filiación y en el caso de la filiación matrimonial, también puede determinarse de acuerdo a las presunciones legales. El reconocimiento consiste en la declaración que uno de los padres o ambos, realiza al inscribir el nacimiento del hijo ante el Oficial del Registro Civil, en escritura pública, o por acto testamentario. Para que este reconocimiento surta efectos, el hijo no debe tener determinada legalmente una filiación distinta. En esta materia, la ley otorga al menor la facultad de reconocer hijos, sin necesidad de autorización de sus padres o representantes legales.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral efectuado por el padre o madre. Por ello, la ley permite que el hijo reconocido pueda repudiar este reconocimiento (siempre y cuando no lo haya aceptado durante su mayoría de edad). Se debe manifestar el repudio en escritura pública y priva retroactivamente de los efectos que beneficien al hijo o sus descendientes, sin alterar los derechos adquiridos por los padres y ciertos actos o contratos. Para ejercer este derecho se exige que el hijo sea mayor de edad y que actúe personalmente. Si es menor de edad al tomar conocimiento del reconocimiento, deberá esperar y repudiarlo dentro del plazo de un año desde que cumpla los dieciocho.

La filiación también se determina por sentencia firme en juicio de filiación. Si se determina contra la oposición del padre o madre, este último quedará privado de los derechos sobre la persona y bienes del hijo, pero conservará sus obligaciones. La ley, sin embargo, permite al hijo restablecerlo en estos derechos, siempre que lo haga una vez alcanzada su plena capacidad, esto es, que sea mayor de edad.

La acción de reclamación de filiación, por otra parte, se otorga al hijo contra sus padres o a éstos en contra de aquél, para que se resuelva judicialmente que una persona es hijo de otra. Si el hijo tiene una filiación diferente, se debe interponer simultáneamente la acción de impugnación de la filiación existente y la acción de reclamación de la nueva filiación. Es importante destacar que para poder ejercer la acción de reclamación se requiere ser mayor de edad o actuar a través de representante legal, si se es menor⁵⁹.

⁵⁸ El artículo 181 del CC señala: *"La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo. No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal.*

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales.

La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el Título XVII."

⁵⁹ Esto se desprende de los artículos 205, 206 y 207 del CC, que reafirman esta exigencia en los casos de hijo póstumo o del fallecimiento del hijo, reiterando la misma exigencia incluso para los herederos del hijo, y estableciendo que esta acción se podrá ejercer hasta tres años después de adquirida su plena capacidad.

En materia de filiación, en consecuencia, el legislador reitera la regla general de capacidad al disponer que el hijo actúe a través de su representante legal o bien lo haga por sí mismo una vez alcanzada la mayoría de edad.

3.3. Derechos y Deberes entre Padres e Hijos

En la ley se establecen una serie de derechos y deberes que forman parte de la relación paterno filial, otorgando un reconocimiento jurídico a una realidad presente en la vida de las personas. Se distinguen aquellos que se ejercen sobre la persona del hijo, y los que se ejercen sobre sus bienes, comentados anteriormente a propósito de la patria potestad. El CC⁶⁰ reconoce a los hijos el derecho de obrar independientemente de los padres, como también el deber de auxilio, para socorrerlos en su ancianidad, demencia o problemas que puedan surgir. Por su parte, se obliga a los padres a contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos.

Asimismo, la ley se refiere al cuidado personal de los hijos⁶¹, entregado principalmente a sus padres. Esto resulta particularmente importante, toda vez que los hijos suelen vivir bajo el alero de sus padres mientras son menores y de ello derivan la mayoría de los derechos y deberes, como la facultad de corregir y el derecho/deber de educarlos. Se exige a los padres, o quienes tengan el cuidado personal, resguardar que no se menoscabe la salud ni desarrollo personal de los menores, en el ejercicio de su facultad correccional, excluyendo, a su vez, todo tipo de maltrato físico y psicológico⁶², en respeto de la ley y la Convención de Derechos del Niño. La Constitución, en su artículo 19 número 10 establece el derecho a la educación, reconociendo que ésta tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en sus distintas etapas y otorgando a los padres el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos⁶³. A nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce a los padres *“el derecho a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones religiosas y morales”*⁶⁴. Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados que formen parte de la misma se deben comprometer a *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*⁶⁵ y que *“respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con*

⁶⁰ Artículo 223 del CC.

⁶¹ Artículo 224 del CC.

⁶² Artículo 234 del CC.

⁶³ Constitución de la República, artículo 19 número 10, inciso tercero: *“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.”*

⁶⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 número 4: *“Libertad de Conciencia y de Religión. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tiene derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

⁶⁵ Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.2: *“Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*

la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención⁶⁶”.

Nuestra legislación también reconoce el derecho y deber de relación directa y regular - conocido como visitas- que permite mantener el lazo de unión entre padres e hijos, y de colaboración en la educación, crianza y dirección del hijo en lo relativo del padre que no vive con él. En este sentido, se establece el deber de alimentos en favor de distintas personas, para propender a las necesidades económicas. En particular, el deber de alimentos en favor del hijo, que tiene por objeto proveer a su subsistencia y otorgarle los medios necesarios para acceder a la educación, básica y media, hasta los veintiún años, y la enseñanza de alguna profesión u oficio, en cuyo caso esta obligación se extiende hasta los veintiocho años⁶⁷.

En esta materia, las obligaciones de los padres exceden la mayoría de edad, ya que deberá contribuir a sus gastos de educación hasta los 21 o 28 años según se ha señalado.

3.4. La Adopción y los Menores de Edad

La adopción se encuentra regulada en la Ley 19.620, que en su artículo primero señala que *“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”*. El proceso de adopción se sujeta a las normas de esa ley y de la Ley de Tribunales de Familia. Ambas se caracterizan por buscar la celeridad en las diligencias y ponen acento el interés superior del menor. En este sentido, se exigen exámenes de idoneidad y se establecen reglas de prioridades, como por ejemplo, preferir a un matrimonio frente a una persona viuda, soltera o divorciada; que el menor y sus adoptantes tengan un mínimo de veinte años de diferencia de edad; que éstos sean chilenos o tengan residencia permanente en Chile, entre otros.

La capacidad para adoptar se inicia a los veinticinco años y cesa a los sesenta. De todas maneras, el legislador permite flexibilizar muchos de estos requisitos en miras del interés superior del niño. Para ser adoptado se requiere ser menor de dieciocho años, ya que la adopción confiere el estado civil de hijo, con los derechos y deberes que ello importa y que se basan principalmente en el cuidado personal y en el derecho y deber preferente de educación y crianza. La gran mayoría de éstos pierden relevancia al cumplirse la mayoría de edad.

Las opiniones de los menores susceptibles de ser adoptados deben ser tenidas en cuenta por el juez, en función de su edad y madurez. En el caso del menor adulto, será necesario su expreso consentimiento, tanto respecto de la posibilidad de ser adoptado, en el proceso previo de susceptibilidad, como en el procedimiento mismo de adopción. En caso de negativa del menor, el juez deberá dejar constancia de sus razones, y solo

⁶⁶ Convención de los Derechos del Niño, artículo 5: *“Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*

⁶⁷ Artículo 321 y sgtes. del CC.

excepcionalmente, en virtud del interés superior de éste, podrá decidir que se siga adelante con este procedimiento.

4. Los Menores en el Derecho Penal

En el ámbito penal es pertinente recordar los criterios que se tuvieron presente en la discusión legislativa que modificó el régimen general de capacidad y responsabilidad de los menores. El análisis se centra, para estos efectos, en las normas del Código Penal (CP), Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA), Ley 16.618, de Menores (LM), Ley 18.314, sobre Conductas Terroristas y su Penalidad, Convención de Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

En primer lugar, se hará referencia a la capacidad de los menores como sujetos activos de crímenes, simples delitos o faltas. En segundo término, se comenta el grado de responsabilidad de los menores, el tipo de sanciones que se les pueden aplicar y el por qué de la diferenciación o similitud con el régimen aplicable a los adultos. Finalmente, se analiza la situación de los menores en cuanto a víctimas, destacándose cómo el legislador tiende a agravar las penas, cuando se han cometido actos ilícitos en contra de menores. El por qué de estos criterios es relevante para comprender los motivos de los cambios en las políticas públicas.

4.1. Los Menores de Edad como Sujetos Activos en Materia Penal

En el derecho penal el sujeto activo es quien comete el acto ilícito y contra quien se persigue la responsabilidad. El sujeto pasivo se refiere a la víctima, quien sufre el daño. Respecto a la situación de los menores de edad como sujetos activos en materia penal, la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸, expresa que los Estados Parte deben establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir la Ley penal.

En Chile, conforme al Código Penal (CP), los menores de dieciocho años se encuentran exentos de responsabilidad criminal⁶⁹. Sin embargo, la responsabilidad que pueda recaer sobre los menores de dieciocho y mayores de catorce años se encuentra regulada específicamente en la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, Ley 20.084 (LRPA). El límite de catorce años se menciona en el mensaje del proyecto que expresa: *“el principio de responsabilidad según el cual el adolescente es un sujeto que, si bien es irresponsable como adulto, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo”*⁷⁰.

Antes de la entrada en vigencia de esta ley, el CP establecía que estaban exentos de responsabilidad penal los menores de 16 años, así como el mayor de 16 y menor de 18 que hubiese obrado sin discernimiento. Se criticaba esta normativa por las dificultades que importaba la determinación del discernimiento. Esto se expresó en el mensaje con que fue

⁶⁸ Artículo 40 número 3 letra a.

⁶⁹ Código Penal artículo 10 número 2.

⁷⁰ Historia de la Ley BCN, pág. 10.

presentado el proyecto de LRPA al Congreso, al señalar que dicho trámite, *“como sistema para determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad penal de las personas, es un criterio abandonado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, en razón de que es un concepto impreciso y de muy difícil determinación, provocando decisiones jurisdiccionales excesivamente discrecionales. Es de notar que la legislación chilena carece de una definición de discernimiento y de una indicación acerca de cuáles son los elementos que el Juez de Menores debe considerar para fundar su pronunciamiento”*⁷¹.

Se criticaba también el que no existiera un sistema judicial especializado para menores de edad y que, de ser considerado que habían actuado con discernimiento, se les aplicaba el mismo tratamiento jurídico que a los adultos. Esto último contravenía los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷² y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, entendido que lo es *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad”* y agrega en el artículo 3 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

De esta manera, en la discusión de la reforma se reconoció la necesidad de poder sancionar a los menores, pero cuidando de no aplicar las mismas reglas que rigen a los adultos. El mensaje del proyecto de ley expresó que *“las más recientes tendencias y recomendaciones de organizaciones internacionales señalan que para prevenir el aumento de la delincuencia de los adolescentes es conveniente combinar un sistema que responsabilice a los adolescentes por los actos delictivos a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos, y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos”*⁷³.

La LRPA puso término al sistema de imputabilidad basado en la existencia de discernimiento regulando expresamente qué ocurre cuando los menores de 18 cometen ilícitos⁷⁴, su responsabilidad, procedimientos a aplicar, las sanciones procedentes y la ejecución de las mismas⁷⁵.

En relación con los crímenes o simples delitos que pudiesen cometer, el artículo 3 de la LRPA, señala que se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes, regulando, a continuación, los casos en que dicho delito se prolongue en el tiempo.

⁷¹ Historia de la Ley 20.084, BCN, pág. 10.

⁷² El Pacto San José de Costa Rica, en su artículo 5 establece que *“cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento”*. El artículo 19 de la misma convención, señala que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

⁷³ Historia de la Ley BCN, pág. 7.

⁷⁴ Convención de Derechos del Niño, artículo 40 número 3: *“Los Estados Parte 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...”*

⁷⁵ También es aplicable la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia y demás normas que las complementen.

En cambio, son responsables de la comisión de determinadas faltas, los adolescentes mayores de dieciséis años⁷⁶. En caso de cometer estos menores una falta distinta de las establecidas, o de cometerse cualquier falta por una persona mayor de catorce y menor de dieciséis, se estará sometido al procedimiento correccional y sanciones dispuesto en la Ley sobre Tribunales de Familias.

Por su parte, la Ley 18.314, sobre Conductas Terroristas señala expresamente que sus normas no se aplicarán a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.⁷⁷ Esta regla fue recientemente incorporada por la Ley 20.519, de 21 de junio de 2011. La anterior normativa hacía aplicable esta ley a los menores de dieciocho pero con rebajas en las penas⁷⁸. Hoy, a los menores que incurran en conductas terroristas se les procesará conforme los tipos penales generales y en concordancia con el sistema de la LRPA.

En suma, los adolescentes están sujetos a un régimen especial de responsabilidad penal. Solo pueden ser responsables penalmente de la comisión de ciertas faltas y siendo mayores de dieciséis años⁷⁹. Ningún menor de dieciocho años puede ser considerado responsable de un acto terrorista y en general son responsables de la comisión de delitos los mayores de catorce y menores de dieciocho años. El por qué de establecer un sistema diferente en vez de rebajar simplemente la norma en el Código dice relación con el potencial de rehabilitación que presentan los adolescentes, como sujetos en desarrollo.

4.2. Sanciones Penales Aplicables a los Menores de Edad

Las sanciones aplicables a los menores de edad son distintas a las que proceden contra los adultos. Cabe recordar que la Constitución consagra los *principios de tipicidad y de legalidad de las penas*, según los cuales ninguna persona puede ser sancionada por una conducta ni con una sanción que no se encuentre establecida en la ley con anterioridad a la perpetración del acto⁸⁰. De esta manera, al determinar la existencia de responsabilidad del adolescente, solo pueden aplicarse las sanciones que la Ley autoriza para el caso concreto.

Se establece en la LRPA un sistema de sanciones para los menores, que contempla, entre otros, la internación en régimen cerrado o semi cerrado con programa de reinserción social, libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del

⁷⁶ Aquellas faltas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, solo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley 20.000.

⁷⁷ El inciso tercero agrega que esta exclusión no comprende a los mayores que actúen en el mismo acto, ya sea como autores cómplices o encubridores.

⁷⁸ En el mensaje del Ejecutivo, el proyecto de ley que llevó a la aprobación de la Ley 20.519, se expresa los problemas que la anterior normativa podía generar. Así, a modo ejemplar, se menciona la mantención de la prisión preventiva en contra de un menor formalizado por delito terrorista, no obstante contar con aprobación mayoritaria de la Corte de Alzada respectiva para revocar la medida. Esto, toda vez que por disposición constitucional se requiere de la unanimidad de los miembros de la Corte para la revocación de esta medida, en el caso de delitos terroristas. En este tipo de situaciones se demuestra que el uso procesal del tipo penal terrorista no resulta inocuo contra adolescentes, toda vez que permite hacerles aplicables una serie de herramientas que no son propias ni se condicen con el sistema penal especial por el que se rigen hoy en nuestro país, ni con los objetivos que justifican su existencia, como son el proteger y reeducar a los adolescentes, ni con el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, consagrado expresamente en el artículo 33 de la Ley 20.084.

⁷⁹ En los demás casos, se aplicará la responsabilidad correccional que establece la Ley sobre Tribunales de Familia.

⁸⁰ En la misma línea, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, en su artículo 40 número 2 a) establece "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."

daño causado, las multas y la amonestación⁸¹. También se contemplan penas accesorias como la prohibición de conducir vehículos motorizados, el comiso de objetos y la obligación de someterse a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o el alcohol. La idea que subyace detrás de este sistema es la búsqueda de la plena integración social de los menores a través de una intervención socioeducativa⁸².

A modo de ejemplo, una regla que refleja el distinto tratamiento de sanciones es que respecto de los adolescentes, la sanción aplicable toma como base la pena más baja asignada para el delito en el CP, rebajada en un grado. También destaca la consideración efectuada respecto de la gravedad del delito, la edad del menor, extensión del mal causado y la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. En la misma línea se establece⁸³ que la privación de libertad se utilizará solo como último recurso y jamás podrá ser aplicada si a un adulto - condenado por el mismo hecho- no le fuese aplicable⁸⁴. Asimismo, se establece un límite máximo de duración a las penas privativas de libertad, entre 5 y diez años, dependiendo de si son o no menores de dieciséis⁸⁵. Estas sanciones están orientadas a la reintegración del adolescente al medio libre⁸⁶ y para garantizar lo anterior, la LRPA dispone que los adolescentes deberán estar siempre separados de los adultos⁸⁷.

En conclusión, el legislador persigue la responsabilidad penal de los mayores de catorce y menores de dieciocho años a través de la creación de un sistema especial que tiene reglas, criterios y penas diferentes de las aplicables a los adultos, con énfasis en la reeducación y reinserción de los menores.

4.3. Los Menores de Edad como Sujetos Pasivos del Derecho Penal

De la misma manera como el legislador se ha referido de manera expresa a la situación del menor como sujeto activo y a su responsabilidad por la comisión de actos delictivos, en la legislación es posible encontrar una serie de disposiciones que hacen referencia a éste como víctima de delitos.

El CP se refiere expresamente a una serie de delitos que, por el hecho de ser perpetrados contra menores de edad, traen aparejadas penas mayores para sus ejecutores. A modo de ejemplo la violación de menores de catorce años contempla la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, mientras será presidio mayor en grado mínimo o medio de ser cometida contra personas mayores de 14. De esta norma, es dable concluir que el legislador

⁸¹ Ley 20.084, artículo 6 y sgtes.

⁸² Los artículos 21 y siguientes de la Ley 20.084 establecen reglas y criterios para la determinación de la pena que se debe imponer.

⁸³ Ley 20.084, artículo 34.

⁸⁴ Este artículo sigue la línea de lo establecido en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que en su artículo 37 b) establece que ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, y dicha detención, encarcelamiento o prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

⁸⁵ Ley 20.084, artículo 18 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

⁸⁶ Ley 20.084, artículo 44 sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

⁸⁷ Ley 20.084, artículo 48 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. Regla que se condice con lo expresado en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, en su artículo 37 c) "...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."

establece como límite, para el consentimiento válido en las relaciones sexuales, los catorce años de edad⁸⁸.

En lo que respecta al abuso sexual impropio⁸⁹, se sanciona con presidio menor en su grado medio a máximo, a quien realice acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, o que la haga presenciar material pornográfico; y con presidio menor en su grado máximo a quien, con el fin de procurar su excitación o la de otro, obligue al menor a realizar acciones de significación sexual o le haga enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones con significación sexual. Las mismas penas se aplican a quien realiza estas conductas con una persona mayor de catorce años y menor de 18, siempre que concurra una de las circunstancias del delito de violación o estupro (como por ejemplo, uso de fuerza o intimidación, o abuso de una anomalía o perturbación mental, abuso de una relación de dependencia, o engaño aprovechando su falta de experiencia o ignorancia); también se consideran otras circunstancias, como la amenaza seria de causar a él mismo, a su familia, o propiedad, un mal que pueda o no constituir delito. Estas mismas penas se aplican en el caso en que estos delitos sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico, y serán aumentadas en un grado en caso que su autor falseare su identidad o edad.

La Ley 20.526 incorporó el llamado delito de “*child grooming*” o acoso virtual de menores donde la intención del delincuente es abusar sexualmente del menor de modo directo o indirecto. La nueva norma establece como delito el *grooming* contra menores de edad y se distinguen las penas según si la víctima es menor de catorce años o mayor de catorce y menor de dieciocho. Este aumento de penalidad cuando la víctima es un menor se refleja en otros delitos de connotación sexual y en delitos comunes, como el robo o hurto.⁹⁰

Consecuente con lo anterior, la ley establece una regla especial para la prescripción de la acción penal para los menores que han sido víctimas de delitos sexuales, de forma tal que ésta empieza a correr cuando cumplen 18 años⁹¹.

En suma, el legislador protege la integridad física y sexual de los menores, asignándole un mayor grado de gravedad a los delitos cometidos contra ellos y, con mayor celo aún, a quienes son menores de catorce años⁹².

⁸⁸ Modificación introducida por Ley 19.927 al Código Penal.

⁸⁹ Artículo 366 quáter del Código Penal.

⁹⁰ Los artículos 363 y 365 del Código Penal se refieren al estupro y otros delitos sexuales perpetrados en menores de dieciocho años, para los que se asignan las penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y reclusión menor en sus grados mínimo a medio, respectivamente. El artículo 411 quáter del mismo cuerpo legal, sobre explotación sexual, en su inciso segundo eleva la penalidad asignada, tratándose de víctimas menores de edad.

⁹¹ Artículo 369 quáter del Código Penal.

⁹² En la misma línea, es posible destacar los artículos 34, 35 y 36 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Artículo 34: “*Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte 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.”*

Artículo 35: “*Los Estados Parte 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.”*

Artículo 36: “*Los Estados Parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.”*

4.4. Capacidad de los Menores en Materia Penal en la Legislación Comparada

Al igual que en Chile, en los países antes referidos⁹³, la responsabilidad penal plena comienza a partir de los dieciocho años, alcanzada la mayoría legal de edad. Sin embargo, existen diferencias respecto de la edad a partir de la cual se les asigna algún tipo especial de responsabilidad por la comisión de delitos.

En Argentina, la edad mínima se establece en los dieciséis años. Así, el artículo 1 de la Ley 22.278, sobre Régimen Penal de la Minoridad⁹⁴, establece que no son punibles los menores de dicho límite⁹⁵. Los mayores de dieciséis, que puedan ser considerados responsables, serán sometidos a proceso, ante el Tribunal de Menores. Se contempla, a su vez, la figura de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces, quienes deberán estar presente en los juicios orales, cumpliendo funciones tutelares de los menores víctimas o autores de delito⁹⁶. Respecto de los menores de edad que puedan estar involucrados en un acto delictivo, se establecen medidas que buscan determinar si el menor está en situación de abandono o en peligro material o moral.

En Brasil los menores de 18 años son considerados inimputables, quedando sujetos a una legislación especial⁹⁷. Se establecen, a su vez, los Consejos Tutelares, que son los únicos órganos facultados para aplicar medidas protectoras a los menores que cometan delitos, y los encargados de hacer un seguimiento al cumplimiento de la ley e intervenir a favor de los niños vulnerables. Todas las decisiones relacionadas con las medidas socio-educativas deben considerar un estudio interdisciplinario del adolescente y su familia (artículo 186, párrafo 4 ECA)⁹⁸. El artículo 145 ECA dispone que los Estados y el Distrito Federal pueden crear tribunales únicos y especializados para niños y jóvenes.

En España, el artículo 19 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995)⁹⁹, dispone que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente, pero podrán ser responsables conforme la ley que regula la responsabilidad penal del menor. Así, la Ley Orgánica 5/2000¹⁰⁰, rige a quienes han cometido delitos siendo menores de dieciocho y mayores de catorce años. El enjuiciamiento corresponde a Juzgados de Menores¹⁰¹ especializados que, entre sus funciones, deben pronunciarse sobre la responsabilidad penal

⁹³ Argentina, Brasil, España e Inglaterra.

⁹⁴ Disponible en <http://www.portaldeabogados.com.ar/portal/index.php/leyes/54-leyesnacion/214-22278-penal-minoridad.html> (agosto 2011)

⁹⁵ Este mismo artículo agrega que tampoco son punibles quienes no hayan cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. En cambio, si se consideran responsables penalmente los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad que cometen un delito que no fuera de los enunciados previamente.

⁹⁶ Artículos 54 y siguientes de Ley Orgánica del Ministerio Público Argentino, Ley 24.946, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/49874/norma.htm> (agosto, 2011).

⁹⁷ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm (Agosto, 2011). Esta disposición se encuentra reiterada en el artículo 228 de la Constitución Federal (*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF*)⁹⁷ y en el artículo 104 del Estatuto del Niño y del Adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei Nº 8.069/90*)⁹⁷, que regula las conductas antijurídicas de los menores de edad.

⁹⁸ Disponible en: http://www.ijjo.org/news_oijj_ficha.php?rel=SI&cod=234&pag=050300&idioma=es (agosto, 2011).

⁹⁹ Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t1.html#a19 (agosto, 2011).

¹⁰⁰ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html (agosto, 2011).

¹⁰¹ Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Disponible en: <http://www.mjusticia.es/> (agosto, 2011).

y civil, además de velar por el cumplimiento de sus sentencias. A su vez, a la Fiscalía de Menores le corresponde la defensa y vigilancia de las actuaciones que deban realizarse en interés del menor y el cumplimiento de las garantías del procedimiento, como también dirige personalmente la investigación e impulsa el procedimiento. Asimismo, se contemplan normas adicionales de protección y educación para los menores de catorce años. Todo ello busca proponer medidas concretas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor, considerando el interés del propio menor valorado en la causa.

Por último, en Inglaterra, en virtud de la sección 1ª de la Ley de Crimen y Desorden de 1998 (*Crime and Disorder Act, 1998*)¹⁰², se establece en diez años la edad mínima para ser considerado responsable penalmente¹⁰³. Y entre los diez y los dieciocho años se ha establecido la responsabilidad penal juvenil, aunque un menor no puede ser declarado culpable si es incapaz de defenderse¹⁰⁴. Los juicios se llevan a cabo en el Tribunal de Menores, que constituyen una sección de las Cortes de Magistrados (tribunales de primera instancia, que se encargan de enjuiciar a mayores de edad). Estos disponen de una formación especial en asuntos de menores y resuelven la mayoría de los casos que involucran a jóvenes menores de dieciocho años, pudiendo dictar órdenes de detención y entrenamiento (*Detention and Training Orders*) de hasta 24 meses, así como diversas sentencias de tipo comunitario¹⁰⁵. Solo en casos muy graves, el joven acusado de un delito tendrá que comparecer ante el Tribunal de la Corona (*Crown Court*).

De lo expuesto, es posible apreciar una tendencia en la legislación comparada por asignar el límite de la responsabilidad penal en los dieciocho años. Sin embargo, y al igual como se encuentra establecido en Chile, esto no significa que los menores 18 queden impunes, sino que, por el contrario, se regula expresamente su responsabilidad penal y los procedimientos aplicables con especial atención a su edad. La modificación introducida en Chile por la Ley 20.084, y demás normas complementarias, es coincidente con los principios orientadores del derecho penal en la legislación comparada, donde se establece una especie de responsabilidad para los menores de edad, diferente de la que corresponde a los adultos, con tribunales y organismos especializados, sanciones diferentes y regulaciones, y medidas que tienen por objeto proteger su estado de sujetos en desarrollo y su reinserción social.

¹⁰² Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37> (agosto, 2011).

¹⁰³ Previo a esto, los menores de entre diez y catorce años se presumían incapaces de cometer delitos, a menos que se probara procesalmente que el menor era capaz de diferenciar entre el bien y el mal, presunción que fue derogada por la sección 34 de la Ley de Crimen y Desorden de 1998.

¹⁰⁴ Según información obtenida por Informe solicitado a la BCN, ésta sería la legislación que establece el mínimo de edad más bajo para la responsabilidad criminal, entre los miembros de la Unión Europea y otros países. Así, se mencionan ejemplos como Francia y Polonia, en que el límite está en los 13 años, Rumania en 14 años, Escandinavia en 15 años, y Cuba, Rusia y Hong Kong en 16 años.

¹⁰⁵ Disponible en:

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+www.direct.gov.uk/en/CrimeJusticeAndTheLaw/Thejudicialsystem/DG_4_003100 (agosto, 2011).

5. Los Menores en el Derecho Procesal

El Derecho Procesal regula el procedimiento entendido como el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y los litigantes en la tramitación del proceso.¹⁰⁶ Son parte en un proceso “aquellas personas que sostienen ante el tribunal un conflicto jurídico y actual acerca de sus propios derechos¹⁰⁷”. Así, se puede ser parte por iniciativa propia, es el caso del demandante, o porque ha sido requerido por otro, en cuyo caso actuará como demandado. También se puede concurrir al proceso sin ser parte directa, sino como tercero¹⁰⁸.

5.1. Los Menores en el Proceso Civil

El Procedimiento Civil “es el conjunto de principios y de disposiciones legales que determinan la manera como los tribunales conocen, juzgan y hacen ejecutar lo juzgado en los juicios de naturaleza civil, y cómo intervienen en igual sentido en los negocios pertenecientes a la jurisdicción voluntaria¹⁰⁹”.

En el Derecho Procesal existen diferentes tipos de capacidad, como la de “ser parte”, que se asimila a la capacidad de goce, la capacidad para comparecer en juicio que se asimila a la capacidad de ejercicio¹¹⁰ y la capacidad para actuar o pedir en juicio que corresponde solo a las personas que gozan de *ius postulandi*¹¹¹, esto es, abogado habilitado para el ejercicio de la profesión o las personas que la ley expresamente autoriza. Considerando que la capacidad para ser parte se asimila a la capacidad de goce, y que tiene todo individuo por el solo hecho de ser tal, (esto incluye a los menores de edad), la atención se centra en determinar si los menores gozan de capacidad procesal para comparecer en juicio o de alguna de las capacidades especiales establecidas en la ley¹¹².

¹⁰⁶ Rodríguez Papic, Ignacio. Procedimiento Civil: El juicio ordinario de Mayor Cuantía. Editorial Jurídica de Chile, 1995.

¹⁰⁷ Casarino Viterbo, Mario. Manual de Derecho Procesal (Procedimiento Procesal Civil) Tomo III, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág. 23.

¹⁰⁸ “Son partes indirectas o terceros, en cambio, aquellas personas que advienen al juicio en forma voluntaria, una vez que éste ha sido ya iniciado.” CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal (Procedimiento Procesal Civil) Tomo III, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pg. 25.

¹⁰⁹ Casarino Viterbo, Mario. Manual de Derecho Procesal (Procedimiento Procesal Civil) Tomo III, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág. 11.

¹¹⁰ En caso que una persona carezca de capacidad procesal, podrá actuar en el proceso a través de la representación civil que corresponda.

¹¹¹ “Toda persona que deba comparecer en juicio a su propio nombre o como representante legal de otra, deberá hacerlo en la forma que determine la ley.” Por su parte el artículo 1 de la Ley 18.120 establece en su inciso primero que “la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.” A su vez, el artículo 2 de la misma lo complementa, señalando que “ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por procurador del número, por estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes.”

¹¹² “Para ser capaz de comparecer en juicio se requiere ser persona, es decir, sujeto de derecho, y no estar afecto a ninguna causal especial de incapacidad.” Casarino Viterbo, Mario. Manual de Derecho Procesal (Procedimiento Procesal Civil) Tomo III, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág. 25.

5.2. Capacidad Procesal

El Código de Procedimiento Civil (CPC) no hace mayor referencia a la capacidad procesal, atendido a que la forma de suplir la incapacidad es justamente a través de la figura de la representación civil. Así, las normas relativas a la capacidad procesal de los menores se encuentran establecidas en el CC, a propósito de la representación legal ejercida por sus padres, tutores o curadores. Los menores no gozan de capacidad procesal, por lo que siempre deberán comparecer representados¹¹³. El menor podría ser autorizado por el juez y representado por un curador para la litis, en caso de dirigirse, como demandante, contra su representante legal¹¹⁴. A su vez, las demandas civiles contra el hijo menor de edad, se deben dirigir contra el padre que tenga la patria potestad para que lo represente. Si se niega o está imposibilitado, el juez puede nombrar un curador para la litis.

De esta manera, para actuar contra un menor de dieciocho pero mayor de dieciséis, o menor de dieciséis pero mayor de siete años que se considere actuó con discernimiento, plenamente capaz de cometer un ilícito civil, el actor deberá dirigirse contra el padre que ejerza la patria potestad o curador en su caso, para perseguir la responsabilidad civil extracontractual del menor.

5.3. Capacidades Especiales

En materia civil existe una regla general sobre capacidad en relación con los menores de edad, así como también normas especiales que les otorgarían capacidad para actuar válidamente en ciertos casos o bajo ciertas circunstancias. En el procedimiento civil es posible apreciar una situación similar.

En términos generales, los menores son incapaces para actuar por sí mismos. Sin embargo también se puede comparecer en juicio como tercero; por ejemplo como testigos. El CPC señala¹¹⁵ que son hábiles para testificar todas las personas a quienes la ley no declara inhábiles. Al referirse a las inhabilidades menciona como tales a los menores de catorce años y agrega que, a pesar de su inhabilidad, de considerarse que gozan del discernimiento suficiente, sus declaraciones podrían servir como base para una presunción judicial.

La regla especial es que los menores de dieciocho son incapaces de actuar como parte en un proceso civil. Entre los 14 y 18 años pueden ser citados a prestar declaración como testigos. Los menores de 14 pueden declarar y sus testimonios ser considerados como base de presunción judicial, si el juez estima que poseen el discernimiento suficiente.

5.4. Los Menores en el Procedimiento Penal

La regulación procesal penal, en relación con los menores de edad, difiere bastante de la civil. Los menores de dieciocho y mayores de catorce años pueden ser considerados

¹¹³ Lo representa el padre o madre que ejerce patria potestad sobre ellos, o el tutor o curador que se encuentre a su cargo.

¹¹⁴ Esta norma se encuentra establecida en el artículo 263 del Código Civil, el que agrega que dicho padre o madre deberá de todas maneras proveer de las expensas necesarias al menor para proceder, en su contra, en el juicio.

¹¹⁵ Artículo 356.

responsables en materia penal. Sin embargo, dicha responsabilidad es distinta de la que se exige a los adultos.

Para proceder criminalmente contra un menor de edad no se requiere la intervención de sus representantes que solo estarán obligados a suministrar la ayuda necesaria para su defensa.

5.5. Reglas del Proceso Penal seguido contra Menores de Edad

El legislador se ha preocupado de establecer medidas adecuadas de protección de los menores en el proceso penal. En primer lugar, existe un sistema de justicia penal especializada, que exige a los jueces, fiscales y defensores una capacitación especial, en concordancia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño¹¹⁶. De la misma manera, se exige capacitación especial de las policías que intervengan en causas relativas a adolescentes¹¹⁷.

Se contemplan también reglas especiales para la flagrancia, donde el menor debe ser puesto a disposición del juez de garantía en un plazo máximo de 24 horas desde su detención¹¹⁸. Además, la audiencia gozará de preferencia para su vista y el menor solo podrá declarar ante el defensor. De todas maneras, en caso de conceder una ampliación en el plazo de presentación ante el juez de garantía, el menor solo podrá ser retenido en centros de internación provisoria. En todo caso, ello procede por conductas que de ser cometidas por un adulto constituirían crímenes y cuando las demás medidas cautelares personales no resulten suficientes¹¹⁹. Debe también notificarse a los padres o representantes del menor de la primera audiencia a que deba comparecer y se permite su intervención, de ser necesaria¹²⁰. También, se establece como plazo máximo para declarar el cierre de la investigación el de seis meses¹²¹ a diferencia del plazo de dos años, en el caso de un imputado mayor de edad. El Código Procesal Penal (CPP) también establece reglas de protección para los menores en el curso del proceso; por ejemplo, la obligación del tribunal de asegurar la separación de los jóvenes de la población penitenciaria de mayor

¹¹⁶ Ley 20.084, artículo 29: *"Especialización de la justicia penal para adolescentes. Los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley. No obstante, todo fiscal, defensor o juez con competencia en materias criminales se encuentra habilitado para intervenir, en el marco de sus competencias, si, excepcionalmente, por circunstancias derivadas del sistema de distribución del trabajo, ello fuere necesario.*

En virtud de lo dispuesto en los incisos precedentes, los comités de jueces de los tribunales de garantía y orales en lo penal considerarán, en el procedimiento objetivo y general de distribución de causas, la radicación e integración preferente de quienes cuenten con dicha capacitación.

Cada institución adoptará las medidas pertinentes para garantizar la especialización a que se refiere la presente disposición."

¹¹⁷ Ley 20.084, artículo 30: *"Capacitación de las policías. Las instituciones policiales incorporarán dentro de sus programas de formación y perfeccionamiento, los estudios necesarios para que los agentes policiales cuenten con los conocimientos relativos a los objetivos y contenidos de la presente ley, a la Convención de los Derechos del Niño y a los fenómenos criminológicos asociados a la ocurrencia de estas infracciones."*

¹¹⁸ Ley 20.084, artículo 31.

¹¹⁹ Ley 20.084, artículo 32: *"Medidas cautelares del procedimiento. La internación provisoria en un centro cerrado solo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales."*

¹²⁰ Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, artículo 36.

¹²¹ Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, artículo 38.

peligrosidad, para proteger la integridad del menor, aislarlo de influencias negativas y privilegiar su potencial de rehabilitación.

5.6. Medidas de Protección para los Menores Víctimas en el Proceso Penal

En calidad de víctima, la ley protege al menor. A modo de ejemplo, ante el tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas, se facilita el acceso de los menores a los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia¹²². Siguiendo la misma línea, la declaración anticipada que presten los menores víctimas de ciertos delitos¹²³ se realizará en una sala acondicionada y con los implementos adecuados a la edad, buscando minimizar el efecto traumático que la situación produce en el menor.

5.7. Medidas Procesales establecidas en Favor de Testigos Menores de Edad

La situación de los testigos menores plantea un desafío mayor en materia penal, atendida la gravedad de las materias y el impacto que puede ocasionar en adolescentes y niños. El CPP no contiene ninguna norma que señale que los menores de edad son inhábiles para testificar; por el contrario, en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles, y por lo mismo, se permite dirigirles preguntas tendientes a desacreditarlos, por ejemplo, mostrando su falta de credibilidad o madurez para comprender la realidad. En razón de su inmadurez podrían no comprender el significado de la facultad de abstenerse, por lo cual se requiere participación de su representante, que deberá velar por los intereses del testigo menor. Su declaración se debe efectuar siempre en presencia del representante. No se tomará juramento ni promesa a los testigos menores y solo serán interrogados por el presidente de la sala, a través de quien deberán dirigirse las preguntas, a menos que el juez autorice su interrogatorio directo, atendido el grado de madurez del menor¹²⁴.

5.8. Medidas Procesales establecidas en la Legislación Comparada a favor de los Menores de Edad como Autores, Víctimas o Testigos

En la legislación comparada y en materia procesal penal, al igual que en Chile, la mayor protección del menor no es una excepción. En Argentina, se regula la detención de un menor imputado por un acto delictivo, la que solo será procedente en ciertos casos, como de existir motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho. De ser así, será alojado en un establecimiento diferente de aquellos para mayores. Para todas las medidas se requiere dictamen previo del asesor de menores. Se evita la presencia del menor en los actos de instrucción, exigiéndose solo cuando es imprescindible. Si el menor tiene la calidad de víctima, se establece un modo especial de tomar las declaraciones especialmente en casos de delitos sexuales. Serán entrevistados por un psicólogo y se llevará a cabo en un gabinete acondicionado. Además se efectúa una filmación para evitar la reiteración de la declaración. Por último, los menores de edad no

¹²² Artículo 78 bis del Código Procesal Penal.

¹²³ Contra la integridad sexual.

¹²⁴ Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, artículo 41: *"Testigos niños, niñas o adolescentes. El testigo niño, niña o adolescente solo será interrogado por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente, cuando por su grado de madurez se estime que ello no afectará su persona."*

podrán ser testigos y los menores inimputables no deberán prestar juramento de decir verdad.

En Brasil se establece que los menores de 18 que han cometido un delito deben ser referidos al fiscal especializado en derechos del niño. Existen medidas protectoras, como la inclusión en programas de orientación, matrícula y asistencia obligatoria a la escuela; tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico y colocación en una familia suplente, entre otras¹²⁵. Ningún adolescente puede ser privado de libertad durante más de 45 días durante el proceso¹²⁶. El fiscal debe escuchar al adolescente y su familia, con la asistencia de abogado. A su vez, el Consejo Nacional de Justicia¹²⁷ ha publicado la Recomendación N° 33¹²⁸ sobre testimonio en juicio, que orienta a los tribunales sobre cómo tomar testimonios a los menores cuando son testigos o víctimas de delitos.

En España, la Ley Orgánica 5/2000 establece el principio de la responsabilidad solidaria de los padres o guardadores. La graduación de las sanciones considera tramos de edad, 14 a 16 y 17 a 18 años. Existen equipos técnicos del juzgado, integrados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, que velan por el interés del menor. También se regula la actuación de la Policía Judicial, respecto de la detención de menores. La Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁹ dispone que cuando un menor deba intervenir en un procedimiento penal, el Tribunal puede acordar que la actuación se realice a través de videoconferencia. Si actúa como testigo, la declaración podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal; evitando la confrontación visual del menor con el inculcado, y sin careos, salvo que el juez lo considere imprescindible.

Por último, en Inglaterra, si se arresta a una persona menor de 17 años, se debe informar a los padres o personas que tengan la custodia, quienes deberán acompañarlo en los procedimientos policiales. La detención es solo admisible si tiene más de doce años y está acusado de un crimen grave. Los juicios se realizan en el tribunal de menores, cuyas actuaciones no son públicas; sin embargo, se permite a la víctima poder asistir a las audiencias. Se establecen restricciones de publicidad para proteger la identidad del menor. También deben ser considerados por los fiscales en la toma de decisiones los factores que importen evitar que el proceso sea un nuevo trauma de la víctima menor o de los testigos¹³⁰.

6. Los Menores en la Ley sobre Tribunales de Familia

Con la Ley de Tribunales de Familia (LTF)¹³¹ se crea una jurisdicción especializada complementaria al sistema de la LRPA. En ambas, la participación de los menores se ha

¹²⁵ Artículo 101 de ECA, disponible en: http://www.ijio.org/news_oiji_ficha.php?rel=SI&cod=234&pag=050300&idioma=es (agosto, 2011).

¹²⁶ Artículo 183 ECA.

¹²⁷ (Conselho Nacional de Justiça - CNJ)

¹²⁸ 23 de noviembre de 2010.

¹²⁹ Ley disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t5.html#a448 (agosto, 2011).

¹³⁰ Disponible en:

http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/safeguarding_children_as_victims_and_witnesses/#CASES_INVOLVING_CHILDREN (agosto, 2011).

¹³¹ Ley 19.968 de Tribunales de Familia, promulgada el año 2004.

vuelto cada vez más frecuente, por lo que se establecen medidas tendientes a obtener su adecuada protección. Los juzgados de familia son competentes para conocer los procesos sobre patria potestad y emancipación; disensos para contraer matrimonio; guardas; acciones de filiación; adopción; entre otros.

El legislador establece como principios rectores para el juez de familia, el interés superior del niño y adolescente y su derecho a ser oído. El concepto de niño comprende a los menores de catorce y adolescente, desde los catorce hasta los dieciocho. Para materializar este principio se establece una asesoría al juez para la adecuada comparecencia y declaración de los menores¹³²; obligación del juez de adoptar las medidas que otorguen celeridad al proceso, especialmente de protección¹³³, procedencia de medidas cautelares, en situaciones urgentes, cuando lo exija el interés superior del niño, o lo aconseje la inminencia del daño¹³⁴; entre otras. Los procesos de mediación en materia de familia¹³⁵ también deben velar por el interés superior del niño. Sin perjuicio de que la regla general es la publicidad de los actos, excepcionalmente, el tribunal puede impedir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la sala, o del público, para la realización de diligencias específicas. En la misma línea, decretar que el menor u otro miembro de su familia se ausente de determinadas actuaciones. Las partes deben comparecer patrocinadas y representadas por persona habilitada; sin embargo, el juez puede eximir de esta obligación o nombrar un curador *ad litem* para el menor cuando carezca de representante o cuando estime que sus intereses son contradictorios con los del menor a quien representan.

Los tribunales de familia también conocen los asuntos en que se imputa la comisión de una falta a un adolescente mayor de catorce y menor de dieciséis años; así como también los que sean mayores de dieciséis y menores de dieciocho, en determinados casos. En estos procesos, se protege al menor con la exigencia de notificar a los padres de la primera audiencia y con el reconocimiento a su derecho a guardar silencio. Además, el juez debe

¹³² Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, artículo 5, letra b): *“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 su especialidad. En particular, tendrán las siguientes atribuciones:...* b) *Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente;...”*

¹³³ Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, artículo 13: *“Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa.”*

¹³⁴ Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, artículo 22: *“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.*

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, solo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71.”

¹³⁵ Se debe entender mediación, según la definición del artículo 103 de la Ley 19.968, esto es, *“aqueel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.*

explicar al menor sus derechos y podrá interrogarlo sobre la veracidad de los hechos que se le imputan. De reconocer estos hechos, el juez podrá dictar sentencia de inmediato¹³⁶. En caso de negativa o que el menor decida guardar silencio, se realizará el juzgamiento de inmediato, recibiendo la prueba y oyendo declaraciones, y el juez dictará sentencia, con o sin la declaración del menor imputado¹³⁷. En caso de condena, las sanciones que se podrán imponer al menor son las expresamente establecidas, como amonestación, reparación material del daño y petición de disculpas al afectado, entre otras.

Interesante de destacar es la norma que señala que en el caso que un niño o adolescente inimputable cometa una conducta ilícita, el juez de familia deberá citar a quien lo tenga a su cuidado para los fines del artículo 234 del Código Civil, esto es, la facultad que poseen los padres para corregir a sus hijos. Por último, si menores de catorce son sorprendidos en flagrancia por una conducta que, de ser cometida por un adolescente, constituiría un delito, la policía puede detenerlos y ponerlos a disposición del tribunal de familia, para que procure su protección; o lo entregue a quien lo tenga a su cuidado, informando al tribunal de familia competente.

6.1. Normas de Protección de Menores como Víctimas o Testigos

Entre los procedimientos especiales, se encuentran los de aplicación de medidas de protección. Estos pueden ser iniciados por el niño, sus padres o quienes lo tengan bajo su cuidado. El juez deberá tener en cuenta la opinión del menor, considerando su edad y madurez, siempre en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica. Las medidas cautelares especiales, como la entrega del menor a sus padres o a quien tenga legalmente su cuidado, el ingreso a un programa de familias de acogida, programas de apoyo, suspender el derecho a visitas respecto de determinadas personas, prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común o en el lugar de estudio del menor, se podrán decretar en cualquier momento, de oficio o a petición de parte. En la misma línea, se permite separar al menor de sus padres o tutores, de considerarse estrictamente necesario. La cesación, suspensión o modificación de las medidas procede en cualquier tiempo si hay circunstancias lo justifiquen. En todo caso, cesan cuando el menor cumple dieciocho, es adoptado, o se cumple el plazo por el cual se decretó. En la audiencia preparatoria se informará al menor de sus derechos y deberes y se preguntará sobre la situación que ha motivado el juicio. En todo caso, los niños gozan del derecho de audiencia con el juez, pudiendo ser recibidos cuando lo soliciten¹³⁸. Igualmente, en el procedimiento por violencia intrafamiliar, el juez debe dar protección a la víctima y su grupo familiar, además de

¹³⁶ Ley 19.968, artículo 102 H: "Al inicio de la audiencia, el juez explicará al adolescente sus derechos y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, lo interrogará sobre la veracidad de los hechos imputados por el requerimiento. En caso de que el adolescente reconozca los hechos, el juez dictará sentencia de inmediato, la que no será susceptible de recurso alguno.

En la sentencia se podrá imponer la sanción de amonestación si ésta resulta proporcionada a la gravedad de los hechos y a la edad del adolescente para responsabilizarlo por la contravención, a menos que mediare reiteración, en cuyo caso deberá imponerse alguna de las restantes sanciones previstas en el artículo 102 J."

¹³⁷ Ley 19.968, artículo 102 I: "Si el adolescente negare los hechos o guardare silencio, se realizará el juzgamiento de inmediato, procediéndose a oír a los comparecientes y a recibir la prueba, tras lo cual se preguntará al adolescente si tiene algo que agregar. Con su declaración o sin ella, el juez pronunciará sentencia de absolución o condena."

¹³⁸ Ley 19.968, artículo 79: "Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente."

determinar el régimen provisorio de cuidado personal y de visitas respecto de los niños, además de las medidas de protección ya referidas¹³⁹.

7. Los Menores en el Derecho Laboral

El legislador regula las condiciones de trabajo de los menores que se incorporan al mundo laboral, velando por el cumplimiento de las garantías necesarias para su desarrollo y teniendo en consideración el interés superior del menor¹⁴⁰. El artículo 32 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño establece que los *“Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”* En concordancia con esto se encuentran las normas del Código del Trabajo chileno, que reconoce *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*. Asimismo, se refiere a la capacidad de los menores para contratar, tipo de trabajo que pueden realizar y las jornadas.

7.1. Capacidad para Contratar en el Derecho Laboral

El contrato individual de trabajo es *“una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”*¹⁴¹.

La Convención sobre Derechos del Niño¹⁴² exige a los Estados tomar medidas para la protección del menor, como fijar una edad mínima para trabajar. En la misma línea, el Convenio 138 de la OIT¹⁴³ exige a sus miembros especificar la edad mínima de admisión al empleo en su territorio. En Chile, el artículo 13 del Código del Trabajo (CT) señala que para la ley laboral se es plenamente capaz a los 18 años. Sin embargo, existen excepciones¹⁴⁴. Los mayores de quince años podrán celebrar contratos de trabajo siempre que cumplan

¹³⁹ Ley 19.968, artículo 92 número 4: *“Medidas cautelares en protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:... 4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos...”*

¹⁴⁰ Convención Internacional sobre Derechos del Niño, artículo 3, número 1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

¹⁴¹ Código del Trabajo, artículo 7: *“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”*

¹⁴² Artículo 32.

¹⁴³ El Convenio N° 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, con fecha 26 de junio de 1973 y ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999.

¹⁴⁴ Cabe destacar, por lo demás, que pueden existir excepciones adicionales en otras normas ajenas al Código del Trabajo, que complementen la legislación laboral, a las que no haremos mención, atendido que se ha decidido acotar este estudio a las normas principales sobre la materia.

ciertas exigencias¹⁴⁵. Debe tratarse de trabajos ligeros, que no perjudiquen su salud y desarrollo¹⁴⁶. El artículo 1 del DS 50¹⁴⁷, dispone que *“los menores no deberán ser admitidos en trabajos cuyas actividades sean peligrosas por su naturaleza o por las condiciones en que se realizan y por tanto, éstas puedan resultar perjudiciales para la salud, seguridad o afectar el desarrollo físico, psicológico o moral del menor”*¹⁴⁸. El menor debe contar con autorización de sus padres o representantes y en subsidio, del inspector del trabajo¹⁴⁹. Se exige también haber terminado la educación media, o encontrarse cursando ésta o la básica y el trabajo no debe dificultar su asistencia a clases ni su participación en programas educativos¹⁵⁰. De permitírsele trabajar, el menor será considerado capaz para administrar su peculio profesional. Otra excepción se refiere a los menores de quince, que autorizados y en casos calificados, pueden celebrar contratos de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, u otros similares¹⁵¹. Esto, además de cumplir las condiciones ya señaladas y de requerir la autorización de su representante o del tribunal de familia.

7.2. *Prohibiciones y Restricciones al Trabajo de Menores de Edad en el Código del Trabajo*

El CT establece una serie de labores que no pueden realizar los menores de edad, como trabajos o faenas que requieran fuerzas excesivas, o actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad¹⁵². También se excluyen trabajos mineros subterráneos para menores de veintiún años, sin examen de aptitud previo, o el de menores de dieciocho en locales que presenten espectáculos en vivo o expendan bebidas alcohólicas para consumo en el mismo lugar.

La Ley 20.539 aprobada en octubre de 2011, eliminó la posibilidad que tenían los varones mayores de dieciséis para efectuar trabajos nocturnos en industrias y comercios

¹⁴⁵ El Convenio N° 138 de la OIT, en su artículo 2.3, establece que la edad mínima fijada no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años. Ver artículo 13 del Código del Trabajo.

¹⁴⁶ El artículo 13 del Código del Trabajo, en su inciso séptimo, establece que el Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá determinar, a través de un reglamento que deberá ser actualizado cada dos años, las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de dieciocho años que impedirían, en consecuencia, la celebración de contratos de trabajo con éstos.

¹⁴⁷ Reglamento del artículo 13 del CT, de 11 de septiembre del año 2007.

¹⁴⁸ En esta misma línea, el artículo 3. 1 del Convenio N° 138 de la OIT, señala que *“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”*.

¹⁴⁹ En Ordenanza 0077/006, emitida por la Dirección del Trabajo el 8 de enero de 2008, agrega que *“de conformidad a lo establecido por el inciso 4° del mismo artículo, el Inspector del Trabajo que hubiere otorgado la señalada autorización estará obligado a poner en conocimiento del Tribunal de Familia que corresponda los antecedentes pertinentes, el cual podrá dejar sin efecto dicha autorización si lo estimare inconveniente para el menor”*.

¹⁵⁰ El artículo 6, inciso segundo, del Decreto Supremo N°50, que aprueba el Reglamento para la aplicación del artículo 13 del Código del Trabajo, publicado el 11 de septiembre del año 2007, a este respecto señala que *“a objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones escolares señalado en el inciso precedente, previo a la contratación del menor, el empleador deberá requerir a éste el correspondiente certificado de matrícula o de alumno regular o la licencia de egreso de la enseñanza media. En dicho certificado se deberá indicar la jornada escolar a la que el menor está obligado a asistir, de forma de compatibilizar la jornada laboral, que se pacte, con la jornada escolar”*.

¹⁵¹ Artículo 16 del Código de Trabajo.

¹⁵² El Convenio N° 182 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado por Chile el año 2000, en su artículo 3, incluye entre las *“peores formas de trabajo infantil”* aquél 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, como también toda forma de esclavitud, reclutamiento para prostitución o pornografía, entre otros. El artículo 4 de este Convenio, por su parte, exige que la legislación nacional de los Estados que ratifiquen este Convenio, determine los tipos de trabajo prohibidos por este concepto.

determinados, en funciones que debían mantenerse día y noche. Se aumentó el período de prohibición de nueve a once horas, (a lo menos entre las veintidós horas y siete de la mañana) y se eliminó la excepción que permitía el trabajo de los menores con miembros de su familia¹⁵³. El motivo principal de esta ley¹⁵⁴ fue la necesidad de armonizar nuestro Código del Trabajo con las normas establecidas por los Convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Chile¹⁵⁵. Sin embargo, en su debate en el Senado no hubo consenso sobre la eliminación de las excepciones a esta regla y sobre la precisión del horario sujeto de prohibición.

7.3. Jornadas Laborales

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, reconoce el derecho de éstos al descanso, esparcimiento, juego y actividades recreativas, que sean propias de su edad. Los Estados Parte deberán respetar este derecho, promoverlo y establecer condiciones para su cumplimiento. En ese sentido, se regulan las jornadas laborales¹⁵⁶. La regla general para los mayores es que la jornada no puede exceder de cuarenta y cinco horas a la semana¹⁵⁷. Para los menores de dieciocho que cursen la enseñanza básica o media, el límite son treinta horas semanales durante el período escolar¹⁵⁸. El máximo de jornada para los mayores no

¹⁵³ "Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 18 del Código del Trabajo:

a) Sustitúyese su inciso primero por el siguiente:

"Queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales. El período durante el cual el menor de 18 años no puede trabajar de noche será de once horas consecutivas, que comprenderá, al menos, el intervalo que media entre los veintidós y las siete horas."

b) Deróganse los incisos segundo y tercero."

¹⁵⁴ Boletín N° 5116-13, ingresado con fecha 13 de junio de 2007, por los diputados Sergio Aguiló, Gabriel Ascencio, Carolina Goic, Jaime Mulet, Adriana Muñoz, Carlos Olivares, Eduardo Saffirio, Alejandra Sepúlveda, Mario Venegas y Patricio Walker.

¹⁵⁵ El artículo 3, párrafo 1, del Convenio N° 6 sobre el trabajo nocturno de menores, prohíbe el trabajo de niños de menos de dieciocho años de edad por un período de once horas consecutivas, que comprenden el intervalo entre las veinte horas y las cinco de la mañana.

En este mismo sentido, en nuestra legislación existe una norma reglamentaria que ya recoge la exigencia del Convenio N° 6 de la OIT. El Decreto Supremo N° 655, que aprueba el Reglamento de Higiene y Seguridad Industriales, en su artículo 227 señala "los menores de dieciocho años y las mujeres, no podrán efectuar trabajo nocturno en establecimientos industriales, entendiéndose por tal el que se ejecute entre las veinte y las siete horas, salvo que se trate de establecimientos en que trabajen únicamente miembros de una misma familia bajo la autoridad de uno de ellos." Este mismo decreto, a partir de su artículo 225 siguiente, establece una serie de reglas sobre seguridad e higiene, que complementan de manera importante las normas laborales, en relación con los menores de edad, trabajos peligrosos, trabajos realizados por mujeres, entre otros.

¹⁵⁶ Artículo 21 del Código del Trabajo define jornada de trabajo como *el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato, incluyendo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables.*

¹⁵⁷ Código del Trabajo, artículo 22: "La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento. También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.

La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo."

¹⁵⁸ Código del Trabajo, artículo 13, inciso segundo: "... Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo solo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo,

podrá distribuirse ni en más de seis ni en menos de cinco días en la semana y no podrá exceder de diez horas por día¹⁵⁹. Para los menores se ha establecido un límite de ocho horas diarias¹⁶⁰.

7.4. Legislación Comparada sobre el Trabajo de Menores de Edad

En Argentina, la Ley 26.390¹⁶¹ establece como edad mínima de admisión al empleo en dieciséis años y se prohíbe el trabajo los menores de esa edad en todas sus formas. Se contempla una excepción para empresas familiares, en que podrán trabajar mayores de 14, en jornadas de 3 horas diarias y 15 semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. Los menores requieren autorización de sus padres o representantes, presumiéndose la autorización cuando el adolescente vive independiente de ellos. A su vez, se prohíbe o restringe la contratación de menores de dieciocho en ciertas labores, como trabajos nocturnos, peligrosos o insalubres y servicio doméstico. Por último, la Ley de Contrato de Trabajo¹⁶², establece un máximo de horas laborales diarias y semanales para personas entre dieciséis y dieciocho años, no más de 6 o 36 horas, respectivamente, que puede extenderse previa autorización de la autoridad, a 8 diarias o 48 semanales. Se regula también el descanso a mediodía, la licencia anual (no menos de 15 días) y reglas especiales para las actividades artísticas de menores de 18 años¹⁶³.

siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su educación media o encontrarse actualmente cursando ésta o la educación básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su enseñanza básica o media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media...

¹⁵⁹ Código del Trabajo, artículo 28: "El máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días.

En ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 38."

Cabe hacer presente que esta regla contiene excepciones y especificaciones tanto en el mismo Código del Trabajo como en normas especiales, pero se ha decidido no hacer referencia a ellas, por no resultar atinentes a la material objeto de esta investigación.

¹⁶⁰ Código del Trabajo, artículo 13, inciso segundo.

¹⁶¹ Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141792/norma.htm> (agosto, 2011).

¹⁶² Ley 20.744, sobre Contrato de Trabajo, artículo 190: "Jornada de trabajo. Trabajo nocturno. No podrá ocuparse a personas de dieciséis (16) a dieciocho (18) años en ningún tipo de tareas durante más de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las siete (7) horas diarias.

La jornada de las personas menores de más de dieciséis (16) años, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción, podrá extenderse a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales.

No se podrá ocupar a personas menores de dieciocho (18) años en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales el intervalo comprendido entre las veinte (20) y las seis (6) horas del día siguiente. En los casos de establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios que abarquen las veinticuatro (24) horas del día, el período de prohibición absoluta en cuanto al empleo de personas menores, estará regido por este título, sustituyéndose la prohibición por un lapso comprendido entre las veintidós (22) y las seis (6) horas del día siguiente, pero solo para las personas menores de más de dieciséis (16) años." Disponible en:

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

¹⁶³ Más información disponible en: <http://www.villaverde.com.ar/es/novedades/ley-13-803-creaci-n-del-programa-para-la-prevenci-n-y-erradicaci-n-del-trabajo-infantil-en-la-provincia-de-buenos-aires/> (agosto, 2011).

En el caso de Brasil, la Constitución Federal¹⁶⁴ establece el límite de edad de ingreso al trabajo en los catorce años. La ley prohíbe trabajar a los menores de dieciséis, salvo que se desempeñen en calidad de aprendices¹⁶⁵. Existen protecciones especiales, como los requisitos del contrato de aprendizaje¹⁶⁶, la prohibición del trabajo nocturno, peligroso o insalubre; los trabajos en lugares que perjudican su formación o bienestar y en momentos y lugares que no permiten la asistencia escolar y los que atenten contra su moralidad.

En España¹⁶⁷ se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años¹⁶⁸. Se pueden contratar mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres, tutores o institución que los tenga a su cargo. Los menores de 18 no podrán realizar trabajos nocturnos y actividades que el Gobierno declare insalubres, penosas, nocivas o peligrosas. En cuanto a las jornadas laborales, se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores¹⁶⁹. Además, no podrán trabajar más de 8 horas

¹⁶⁴ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm (agosto, 2011).

¹⁶⁵ *Emprego e Qualidade de Vida. Lei do Aprendiz: Emprego para o jovem menor aprendiz.* Disponible en: <http://blog.cidandrade.pro.br/lei-aprendiz-emprego-jovem-menor/> (agosto, 2011). Ley 10.097

¹⁶⁶ Que éste deba constar por escrito y enviarse a las autoridades laborales; si el menor de edad no ha completado la escuela primaria, deberá inscribirse en una entidad educacional y asistir a la misma; y el trabajo deberá realizarse en el marco de un programa de aprendizaje desarrollado bajo la dirección de entidades habilitadas en métodos de formación técnica y profesional. Ver también Consolidación de las Leyes del Trabajo (*Consolidação das Leis do Trabalho, CLT*), artículo 430: "Na hipótese de os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, esta poderá ser suprida por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica, a saber: I–Escolas Técnicas de Educação; II–entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. § 1º As entidades mencionadas neste artigo deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados. § 2º Aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido certificado de qualificação profissional. § 3º O Ministério do Trabalho e Emprego fixará normas para avaliação da competência das entidades mencionadas no inciso II deste artigo." Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm (agosto, 2011).

¹⁶⁷ Ley disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/Lrdleg1-1995.html (agosto, 2011).

¹⁶⁸ Artículo 6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶⁹ Estatuto de los Trabajadores de España, artículo 34: "Jornada.1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. 2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta ley. 3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos. 4. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo. En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. 6. Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. 7. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran. 8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla."

diarias y tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, de un mínimo de dos días ininterrumpidos.

Por último, en Inglaterra los menores pueden comenzar a trabajar a tiempo completo tan pronto como cumplen la edad de escolarización obligatoria¹⁷⁰. La *Children and Young Persons Act, 1933*¹⁷¹ establece como regla general los 14 años como edad mínima para empleos a tiempo parcial. Los menores de trece podrán emplearse a tiempo parcial, si las ordenanzas locales lo permiten, sea en trabajos ligeros y que se desarrollen en forma ocasional¹⁷². Finalmente, los menores de trece no pueden ser empleados, salvo en caso de participar en espectáculos, deportes y modelaje, deben recibir pago y tener licencia de la autoridad¹⁷³. Está expresamente prohibido por la ley nacional el trabajo de menores en venta en la vía pública, industrias mineras, constructoras, de transporte (salvo empresa familiar); locales de apuestas, estaciones de servicio; y solicitud de donaciones puerta a puerta para beneficencia¹⁷⁴. En relación con las jornadas, los menores no pueden trabajar antes de las 7 horas ni después de las 19 en un día escolar; no más de un día semanal durante las vacaciones; ni por más de 4 horas seguidas sin un descanso de una hora; ni más de 12 horas en una semana escolar; y el menor debe tener al menos dos semanas consecutivas al año, sin trabajar, durante el período no escolar. Respecto de los menores de trece años, las autoridades locales, a través de ordenanzas, están facultadas para establecer el número de horas que pueden trabajar, que pueden ser iguales o menores que las permitidas para los menores de catorce años¹⁷⁵.

8. Los Menores en el Derecho a la Salud

En materia de salud, no existe una norma expresa en la regulación del Código Sanitario que establezca el límite de edad para que una persona pueda someterse a un tratamiento médico, sin requerir de autorización ni representación.

La Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y establece el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a su rehabilitación. Por su parte, la Convención Internacional sobre Derechos de los Niños, reconoce a todo niño, el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de servicios

¹⁷⁰ *The Children's Legal Centre. At what age can a child commence full-time employment?* Disponible en: <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+law/childemployment/Atwhatagecanachildcommencefull-timeemployment> (agosto, 2011).

¹⁷¹ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/23-24/12/section/18> (agosto, 2011).

¹⁷² *The Children's Legal Centre. At what age can a child commence full-time employment?* Disponible en: <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+law/childemployment/Atwhatagecanachildcommencefull-timeemployment> (agosto, 2011).

¹⁷³ *The Children's Legal Centre. What is the minimum age of employment?* Disponible en: <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+law/childemployment/Whatistheminimumageofemployment> (agosto, 2011).

¹⁷⁴ *The Children's Legal Centre. What work is prohibited for children under compulsory school age?* Disponible en: <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+law/childemployment/Whatworkisprohibitedforchildrenundercompulsoryschoolage> (agosto, 2011).

¹⁷⁵ *The Children's Legal Centre. What are the limitations on the hours that a 13 year old can work?* Disponible en: <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+law/childemployment/Whatarethelimitationsonthehoursthat a13yearoldcanwork> (agosto, 2011).

para el tratamiento y rehabilitación de enfermedades. Sin embargo, no tienen una regla general sobre capacidad sanitaria de los menores.

En consecuencia, corresponde aplicar las reglas generales que rigen en forma supletoria: los menores de dieciocho no tienen facultades para otorgar consentimiento y someterse a tratamientos médicos de manera libre, ni para solicitar la confidencialidad de la información sobre su estado y requieren actuar autorizados o representados.

Al ser consultados centros hospitalarios se constató la existencia de una práctica, que exige al menor la firma de un “consentimiento informado”. Éste es un documento en que se da cuenta del procedimiento al que se somete el paciente, las posibles consecuencias del mismo, y que se debe firmar declarando el conocimiento de todo lo informado. Así, en muchos centros de salud hoy se exige que los mayores de quince años, firmen este documento. Esta falta de norma expresa ha sido parte del debate sobre el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud¹⁷⁶, respecto de la entrega a los menores de dieciocho y mayores de catorce, de información sobre su condición y tratamientos disponibles y de la facultad de someterse a ellos sin el conocimiento de sus padres o representantes.

8.1. Capacidad de los Menores en la Salud Reproductiva

En materia de salud sexual, como ocurre en materia penal respecto de delitos de connotación sexual, se puede concluir que el legislador establece el límite para el consentimiento válido para las relaciones sexuales en los catorce años. Y que, si bien estas personas no gozan de capacidad para otorgar consentimiento informado y solicitar confidencialidad sobre su salud, sí pueden comprender las consecuencias de estos actos de connotación sexual y tomar decisiones de ese tipo libremente. La Ley 20.418, que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad garantiza a toda persona el derecho a recibir información y educación sobre regulación de la fertilidad, a elegir y acceder a métodos de control de natalidad y a la confidencialidad de su elección. Se autoriza a los menores de 18 y mayores de 14, a elegir y acceder a los métodos de control, incluyendo los de emergencia, sin que se informe a sus padres. Respecto de los menores de catorce, el facultativo de la salud deberá notificar a los representantes del menor, entregando de todas maneras el anticonceptivo requerido por éste¹⁷⁷. En relación con el método de emergencia, éste debe ser de los permitidos, ya que *“no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”*¹⁷⁸.

En relación con el VIH, *“en algunos países emerge el concepto de ‘mayoría sanitaria’ a partir de los 14 años. En Chile no existe consenso ni disposición legal al respecto; sin embargo, en la práctica, las personas menores de edad deben ser adecuadamente informadas de su*

¹⁷⁶ Boletín N° 4398-11.

¹⁷⁷ *“En aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale”*. Ley 20.418, que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, Artículo 2 inciso segundo.

¹⁷⁸ Ley 20.418, artículo 4.

estado de salud, los procedimientos y los tratamientos que reciben. Lo anterior amerita una evaluación en cada caso dependiendo de la edad del menor; sin embargo, el representante legal o tutor debe ser informado y ser quien decida la realización del test¹⁷⁹“.

8.2. Capacidad de los Menores en el Área de la Salud, en el Derecho Comparado

En Argentina, los niños y adolescentes pueden intervenir en la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud¹⁸⁰ conforme a la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes¹⁸¹. Se consagra el derecho a opinar y a ser oído¹⁸², pero para someterse a tratamientos, el consentimiento deberá ser prestado por sus representantes. Por otra parte, la edad para consentir válidamente en las relaciones sexuales está determinada por las normas penales que sancionan el abuso. El Código Penal argentino¹⁸³ señala que límite de edad para el consentimiento sexual es a los trece años¹⁸⁴. Por último, el decreto reglamentario 1282/2003¹⁸⁵ sobre salud sexual establece la necesidad de propiciar en las consultas médicas un clima de confianza y empatía con el paciente, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los menores de catorce años. Los menores tienen derecho a recibir información clara, completa y confidencial y se le puede prescribir métodos anticonceptivos, debiendo asistir con sus padres o un adulto responsable, si son menores de catorce. La Ley 25.673, establece como un derecho de toda mujer el acceso a la “píldora del día después” de forma libre y gratuita¹⁸⁶.

En Brasil, para someter a tratamientos de salud a niños y adolescentes, se recomienda obtener su asentimiento; sin embargo, el consentimiento debe ser proporcionado por los adultos¹⁸⁷. De la misma manera, los menores no tienen autonomía en cuanto al consentimiento informado en protocolos experimentales, y la autorización para participar de estos programas corresponde a sus representantes legales¹⁸⁸. El límite para el

¹⁷⁹ CONASIDA. *Voluntariedad y Consejería en el Examen de VIH*. Boletín Técnico N° 13, 2000. Citado en obra de Valenzuela Rivera, Ester y Casas Becerra, Lidia, “Derechos Sexuales y Reproductivos: Confidencialidad y VIH / Sida en Adolescentes Chilenos”. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2007000200008&lng=e&nrm=iso&tlng=e (julio, 2011).

¹⁸⁰ Información detallada al tema se encuentra en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7111&tipo=2> (septiembre, 2011).

¹⁸¹ Ley 26.061 Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (septiembre, 2011).

¹⁸² “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
 - b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.
- Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

¹⁸³ Artículo 119.

¹⁸⁴ “Constituye delito el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17> (septiembre, 2011).

¹⁸⁵ Disponible en: <http://www.legisla.gov.ar/ley25673c.htm> (septiembre, 2011).

¹⁸⁶ Más información disponible en: <http://fundacionmadreluna.wordpress.com/2010/09/28/solo-una-de-seis-mujeres-recibe-gratis-la-%E2%80%9Cpildora-del-dia-despues%E2%80%9D/> (septiembre, 2011).

¹⁸⁷ Hirschmeier, Mario Roberto y otros. “Consentimiento informado no atendimento pediátrico”. Revista Paulista de Pediatría. Volumen 28 N° 2. Junio de 2010. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-05822010000200001&script=sci_arttext (septiembre, 2011).

¹⁸⁸ Resolución N° 196/96 del Consejo Nacional de Salud.

consentimiento válido en las relaciones sexuales se establece en los catorce años¹⁸⁹. Los adolescentes pueden acceder a información y educación sobre salud sexual y reproductiva, y a métodos de control de natalidad y de protección contra las enfermedades de transmisión sexual¹⁹⁰.

En España, la Ley 41/2002¹⁹¹ sobre Autonomía del Paciente, establece la mayoría de edad sanitaria a los dieciséis años. De manera que, a partir de esta edad, los menores pueden decidir sobre tratamientos de salud, sin necesidad de consentimiento ni conocimiento paterno, a excepción de la participación en ensayos clínicos, la sumisión a tratamientos de reproducción asistida y abortar¹⁹². En materia penal, se sanciona a quien realiza actos que atentan contra la integridad sexual de un menor de trece años¹⁹³, por lo que en esa edad se establece el límite del consentimiento válido. Por otra parte, en materia de planificación sexual, a partir de la Ley 45/1978¹⁹⁴, se despenalizó la utilización de anticonceptivos.

Por último, en Inglaterra, para el consentimiento válido en tratamientos quirúrgicos, médicos o dentales, se considera capaz al mayor de dieciséis que no necesita el consentimiento de su padre o tutor¹⁹⁵. Incluso, en el caso de niños menores de dieciséis, la jurisprudencia ha reconocido validez al consentimiento otorgado por los menores cuando se considera que poseen suficiente madurez y juicio¹⁹⁶. La edad para otorgar un consentimiento válido para la actividad sexual, es de dieciséis años¹⁹⁷. Los menores de trece no pueden dar legalmente su consentimiento para ninguna forma de actividad sexual, sancionándose incluso con la pena de cadena perpetua la violación, asalto por la penetración y la incitación de un menor a dedicarse a la actividad sexual¹⁹⁸. En materia de reproducción, los profesionales de la salud pueden asesorar, en forma confidencial, sobre métodos anticonceptivos y tratamientos a los jóvenes menores de 16, cuando consideren que ello va en el mejor interés médico de los menores y éstos no son capaces de otorgar un consentimiento informado¹⁹⁹.

En suma, no existe uniformidad en cuanto a la capacidad del menor en materia de salud; sin embargo, estas legislaciones tienden a garantizar el acceso a los métodos de planificación familiar y contracepción de emergencia. En Chile solo en materia de salud sexual y fertilidad se otorga autonomía a los menores, lo que difiere de las capacidades de que gozan en otros

¹⁸⁹ El artículo 217-A del Código Penal sanciona el acceso carnal o la realización de actos lascivos con menores de 14 años.

¹⁹⁰ *Ministério da Saúde. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos*. Pág. 4 PDF. Disponible en: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_direitos_sexuais_2006.pdf (septiembre, 2011).

¹⁹¹ Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l41-2002.html (septiembre, 2011).

¹⁹² Fuente: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Abortar/puede/sola/elpepusoc/20090313elpepusoc_1/Tes (septiembre, 2011).

¹⁹³ Artículo 183 del Código Penal. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t8.html#c2 (septiembre, 2011).

¹⁹⁴ Disponible en: <http://www.derecho.com/l/boe/ley-45-1978-modifican-articulos-416-343-bis-codigo-penal/> (septiembre, 2008)

¹⁹⁵ Sección 8 de *Family Law Reform Act 1969* Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/contents> (septiembre, 2011).

¹⁹⁶ Esta doctrina fue establecida por una sentencia de la Cámara de los Lores en el caso de *Gillick vs West Norfolk y Wisbech Health Authority*, de 1985. Ver *Children's Legal Centre. The competence and capacity to consent* <http://www.childrenslegalcentre.com/Legal+Advice/Child+Law/Youngpeopleandmedicaltreatment/thecompetenceandcapacitytoconsenttomedicaltreatment> (septiembre, 2011).

¹⁹⁷ A este respecto, la Ley de Delitos Sexuales de 2003 *Sexual Offences Act, 2003* Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (septiembre, 2011).

¹⁹⁸ *Family Planning Association. The law on sex factsheet (January 2011)*. Disponible en: <http://www.fpa.org.uk/professionals/factsheets/lawonsex#YXCg>

¹⁹⁹ *Family Planning Association. The law on sex factsheet (January 2011)*. Disponible en: <http://www.fpa.org.uk/professionals/factsheets/lawonsex#YXCg> (septiembre, 2011).

ámbitos. Resulta importante entonces que el legislador establezca la edad desde la cual se es capaz en relación con las atenciones vinculadas a la salud.

8.3. Consumo de Alcohol

La Ley 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas establece la obligación de impartir programas para estimular hábitos de vida saludables en los establecimientos educacionales desde la educación parvularia. También prohíbe la venta de bebidas alcohólicas a los menores de dieciocho. Asimismo, establece una restricción al otorgamiento de patentes para establecimientos que se encuentren a menos de cien metros de colegios, en los que se también se prohíbe la venta, suministro o consumo de bebidas alcohólicas²⁰⁰. Se consideran medidas de protección a los menores de dieciocho que fuesen sorprendidos consumiendo alcohol o en manifiesto estado de ebriedad en calles o lugares de libre acceso al público. El menor será conducido por Carabineros a su domicilio o al cuartel policial, para entregarlo a sus padres o a la persona que estuviese a su cargo. De repetirse esta situación más de tres veces en un mismo año, se deberá hacer entrega de los antecedentes al Servicio Nacional de Menores²⁰¹. En el mismo sentido, se prohíbe el ingreso de menores de a cabarets, bares y otros. Respecto de discotecas, se baja la edad a dieciséis. Para cumplir la norma, los establecimientos deben exigir cédula de identidad o documento de identificación que acredite la edad. Por último, se sanciona a quien venda, obsequie o suministre a cualquier título, bebidas alcohólicas a menores de dieciocho²⁰². Eso sí, se excepciona a menores que concurren a comer acompañados por sus padres. Se castiga también a quienes indujeren a menores al consumo de bebidas alcohólicas, ya sea directamente o a través de publicidad.

²⁰⁰ Con la excepción contenida en el inciso cuarto, del mismo artículo 39, que permite autorizar la venta de estos productos en ciertas fechas especiales, como Fiestas Patrias y actividades de beneficencia.

²⁰¹ Ley 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, Artículo 28: *“Si un menor de dieciocho años de edad fuere sorprendido realizando alguna de las conductas prohibidas en los artículos 25, inciso primero, y 26, inciso primero, como medida de protección será conducido por Carabineros al cuartel policial o a su domicilio, con la finalidad de devolverlo a sus padres o a la persona encargada de su cuidado, siempre que ésta fuere mayor de edad.*

Si el menor fuere conducido al cuartel policial, Carabineros adoptará las medidas necesarias para informar a su familia o a las personas que él indique acerca del lugar en el que se encuentra, o bien le otorgará las facilidades para que se comunique telefónicamente con alguna de ellas.

Al devolver al menor a sus padres o a la persona encargada de su cuidado, Carabineros los apercibirá por escrito que, si el menor incurriere en las contravenciones a que se refiere este artículo más de tres veces en un mismo año, se harán llegar sus antecedentes al Servicio Nacional de Menores. Asimismo, consignará en ese documento las ocasiones precedentes en que aquél hubiere realizado tales conductas. La persona que reciba al menor, previa individualización, firmará la constancia respectiva.

Carabineros, en la oportunidad que corresponda, dará cumplimiento al apercibimiento señalado en el inciso precedente.”

²⁰² Multa, prisión, o clausura temporal del local, en los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas establecidas en el artículo 3 de la Ley 19.925.

II. Lo que se está Discutiendo

1. Regulación de Empaquetadores en Supermercados

Se ha dedicado particular atención a la necesidad de mejorar las normas de trabajo de menores de edad, reforzando el ámbito de protección y complementándolo con las necesidades económicas y sociales que los jóvenes tienen en la práctica. Ejemplo de esto es la situación de los jóvenes empaquetadores de supermercados. En el último tiempo se han presentado una serie de proyectos de ley en este sentido²⁰³. Del mensaje de estas iniciativas es posible observar puntos de encuentro en torno a la preocupación de reglar esta situación, ya que muchas de las personas que desempeñan esta función son menores de edad. De ahí que exista interés por resguardar sus condiciones. Al respecto, es importante tener a la vista las diversas posturas que ha sostenido la Dirección del Trabajo sobre la materia. En una primera etapa, en Dictamen N° 4.775-211, de 24 de agosto de 1992, resolvió que el vínculo que une a los supermercados con los menores que empaquetan las compras de sus clientes no constituye una relación laboral. Posteriormente, reconsideró su doctrina, en Ordinario 5.845/365, de 30 de noviembre de 1999, señalando que los hechos que se constatan en estas relaciones permiten confirmar la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia, esto es relación laboral. Finalmente, en Dictamen 3543/262, de 24 de agosto de 2000, la Dirección señaló que este vínculo de subordinación y dependencia deberá comprobarse caso a caso, conforme a las condiciones efectivas en que se organiza y presta el servicio.

Las mociones en trámite tienen como objetivo común formalizar la relación entre el menor empaquetador y el supermercado, como una relación laboral. A su vez, las iniciativas concuerdan en exigir, entre otros, que se definan las labores del servicio de empaquetado; que se respeten las normas del CT, para el caso de contratación de menores²⁰⁴; que se

²⁰³ Boletines N° 5983-13, 7532-13 y 7588-13 actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados y Boletines N° 7200-13, 7592-13 y 7601-13 actualmente en primer trámite constitucional en la Comisión de Trabajo del Senado.

²⁰⁴ Art. 13. Para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años.

Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo solo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su educación media o encontrarse actualmente cursando ésta o la educación básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su enseñanza básica o media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el período escolar. En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media.

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

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

Otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes.

prohíba todo cobro al emparador, tanto aquel que realizan para poder ejercer esta función, como el de costos asociados, como uniformes para vestir, además de reglar la jornada de trabajo.

2. Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud

Como se señaló, no existe una norma que establezca la capacidad de los menores de edad para informarse y tomar decisiones libremente en materia de salud. Así, rige la regla general de la mayoría de edad, con la excepción de las normas sobre fertilidad, ya mencionadas. Frente a ello, se han suscitado una serie de discusiones parlamentarias sobre hasta qué punto proceden, constitucional y legalmente, las modificaciones que estas iniciativas presentan, al momento de conceder facultades en relación con los menores de edad.

El proyecto de ley sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud²⁰⁵ se ingresó al Congreso el 8 agosto del 2006, y contenía en su articulado original una serie de normas que otorgaban autonomía a los menores. Así, por ejemplo, los menores entre 14 y 18 al ser informados sobre su condición de salud, podían decidir no informar a sus padres, y resolver someterse a tratamiento médico sin el conocimiento de éstos. En la actualidad, no está definido si es o no obligatorio para el médico informar a los padres o guardadores sobre la salud del menor, o cómo debe proceder en caso que el hijo se oponga a que dicha información se entregue.

En el mensaje con que fue presentado en la Cámara de Diputados se señaló que los cambios propuestos respondían a la obligación de respetar a los menores, prescrita en convenios y tratados internacionales, en su calidad de sujetos de derecho. La propuesta otorgaba nuevas facultades a los menores, distinguiéndolos entre menores de catorce y mayores de 14 y menores de 18, para efectos de la participación que les correspondiera en las decisiones que se refieren a su salud. A modo de síntesis, se consagraban los siguientes derechos²⁰⁶.

La autorización exigida en el inciso segundo no se aplicará a la mujer casada, quien se registrará al respecto por lo previsto en el artículo 150 del Código Civil.

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

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

²⁰⁵ Boletín N° 4398-11.

²⁰⁶ Artículo 8°.- *Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, dentro del ámbito que la ley autorice, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.*

Dicha información será proporcionada directamente a los mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho. Asimismo, los padres o representantes legales de los menores de edad serán también informados por el profesional tratante en los mismos términos del inciso anterior. Sin perjuicio de ello, si el menor solicitare que ellos no sean informados respecto de algún aspecto específico de su salud, el profesional tratante podrá acceder a dicha petición si estima que la situación del menor no implica grave riesgo para su salud o su vida. En caso que el menor

Derecho a información respecto de atenciones en salud:

- Menor de dieciocho y mayor de catorce: ser informado directamente de su estado de salud, alternativas de tratamiento, etc. Esta información se entregaba también a sus padres o representantes, a menos que el menor solicite lo contrario y siempre que el profesional estime que no existe una situación de grave riesgo para la salud o la vida del menor. En caso de duda el médico debe recurrir al comité de ética para dirimir.
- Menor de catorce: ser informados y consultada su opinión, respetando sus condiciones de desarrollo, sin perjuicio de informarse directamente también a sus padres.

Derecho de reserva de la información contenida en la ficha clínica:

- Menor de dieciocho y mayor de catorce: podrá solicitar que no se revele a sus padres o representantes, siempre que no se trate de una situación de grave riesgo. El profesional podrá recurrir al comité de ética para dirimir dudas.

Derecho a decisión informada:

solicite que sus padres o representantes no sean informados, y el profesional tratante tenga dudas acerca de la gravedad o riesgo de la situación de salud del menor o de la pertinencia de informar, deberá consultar al comité de ética que corresponda. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá informar, atendiendo las condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y situación personal, sin perjuicio que se informe directamente, en los términos del inciso anterior, a los representantes legales.²⁰⁶(...)

Artículo 13.- La ficha clínica permanecerá en poder del prestador, quien será responsable de la reserva de su contenido y deberá mantenerla por un período de, al menos, diez años. El Ministerio de Salud establecerá, mediante decreto, el tiempo, la forma y las condiciones bajo las cuales los prestadores deberán efectuar el almacenamiento de las fichas, así como las normas necesarias para su administración y adecuada protección.

Ningún tercero que no esté directamente relacionado con la atención de salud de la persona tendrá acceso a la información que emane de la respectiva ficha clínica.

Sin perjuicio de lo anterior, la información contenida en la ficha podrá ser entregada, total o parcialmente, a solicitud expresa de las personas y organismos que se indican a continuación, en los casos, forma y condiciones que se señalan:

a) Al titular de la ficha clínica.

b) A los representantes legales del titular de la ficha clínica, a su apoderado, a un tercero debidamente autorizado por escrito, y a los herederos en caso de fallecimiento del titular. Todas estas personas podrán obtener copia de las informaciones que sean de su interés. En caso de que el titular de la ficha sea menor de edad, se aplicará, en lo que corresponda, lo establecido en el inciso segundo del artículo 8º. (...)

Artículo 16.- Tratándose de personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, o que carezcan de capacidad para expresar su voluntad por causa de enfermedad mental, certificada por un médico cirujano, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión temporal o definitiva, según corresponda, deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal o, en su defecto, por el apoderado designado para fines vinculados a su tratamiento y, en último caso, por la persona a cuyo cuidado se encuentre.

Los mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho expresarán su voluntad personalmente. Sin perjuicio de ello, los padres o representantes legales deberán ser también consultados al respecto. Sin embargo, si el menor se opone a que ellos sean consultados, el profesional tratante podrá acceder a dicha petición si estima que la situación del menor no implica grave riesgo para su salud o su vida. Cuando el profesional tratante tenga dudas acerca de las situaciones anteriormente descritas o si el menor se opone a que dicha opinión sea requerida, corresponderá al comité de ética decidir acerca de la pertinencia de que el médico efectúe la consulta. Asimismo, dicho comité deberá ser consultado, en caso de que exista discrepancia entre la voluntad expresada por el menor y la opinión de sus padres o representantes. Los menores de catorce años de edad también deberán ser consultados, atendiendo sus condiciones de desarrollo psíquico, su competencia cognitiva y su situación personal, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a sus padres o representantes legales.

Artículo 23.- Toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de protocolo de investigación científica biomédica. Su expresión de voluntad deberá ser previa, expresa, libre, informada, personal y constar por escrito. En ningún caso esta decisión podrá significar menoscabo en su atención ni menos sanción alguna.

En el caso de los menores de edad, se estará a lo dispuesto en los artículos 8º y 16.

- Menor de dieciocho y mayor de catorce: deberá expresar su voluntad de someterse a tratamiento, sin perjuicio de que sus padres o representantes sean consultados. El menor podrá oponerse a ello, a lo cual el profesional podrá acceder si estima que la situación no implica un grave riesgo para la salud del menor. En caso de dudas o ante la oposición del menor, el comité de ética decidirá sobre la pertinencia de que el médico efectúe esta consulta a los padres o representantes.
- Menor de catorce: se les deberá consultar su opinión, atendiendo sus condiciones de desarrollo, pero la decisión final recae en los padres o representantes legales

Derecho a información e incorporación a protocolos de investigación científica:

- Menor de dieciocho y mayor de catorce años: deberán ser informados y podrán prestar su voluntad libremente. Se deberá informar y consultar también a sus padres o representantes, a menos que el menor se oponga y el médico estime que esto no reviste un grave riesgo. En caso de duda deberá recurrir al comité de ética.
- Menor de catorce años: deberán ser informados, pero la decisión final recaerá en sus padres o representantes legales.

La justificación que se mencionan para estas modificaciones es la necesidad de guardar consecuencia con los cuerpos legales promulgados en los últimos años. A modo de ejemplo, con la Ley 19.927, que modificó el CP en materia de delitos de pornografía infantil y estableció como límite de edad los catorce años, para el consentimiento en las relaciones sexuales; y con la Ley 20.084, que considera imputables a los mayores de dicha edad, estableciendo un sistema de responsabilidad penal juvenil para los mismos²⁰⁷. Se argumenta que a partir de los catorce años los menores se encontrarían facultados para comprender su realidad y según esto, poder adoptar decisiones conscientes también en relación con su condición de salud. Se recalcó la importancia de respetar la autonomía reconocida a los menores en los tratados internacionales ratificados por Chile en materia de salud sexual y reproductiva. La necesidad de poder informarlos y permitirles adoptar decisiones en una materia que resulta, en general, bastante sensible y personal²⁰⁸. Todo esto, en la misma línea de las normas sobre control de fertilidad, Ley 20.418, que les permiten adquirir anticonceptivos de emergencia sin el conocimiento de sus padres.

En sentido contrario, se mencionó la vulneración del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos y el conflicto que se presentaría con las normas sobre patria potestad y representación consagradas en el CC. Si bien los mayores de 14 tienen un mayor discernimiento, se considera que no tienen un criterio totalmente formado, por lo que la ley los considera por regla general, incapaces. Esto justifica que se encuentren bajo el cuidado

²⁰⁷ La entonces Ministra de Salud, María Soledad Barría, en Comisión de Salud de fecha 14 de octubre del año 2008, señaló que *"la edad de 14 años no está establecida al azar sino que responde a una lógica, y a un interés por guardar concordancia con el resto de la legislación. Si actualmente un menor de 14, de acuerdo a la reforma procesal penal juvenil, tiene responsabilidad penal, debiera a su turno la ley reconocerle derechos propios de su estado de desarrollo, como sería el en comento."* Disponible en internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

²⁰⁸ En esta línea, en Sesión 56ª de la Cámara de Diputados, el día martes 31 de julio de 2007, el entonces Diputado Fulvio Rossi señaló que *"todos sabemos -ésta es la realidad- que, muchas veces, los jóvenes adolescentes quieren intimidad en el tratamiento de una enfermedad de transmisión sexual. Nuestra responsabilidad es resguardar los derechos que tiene el adolescente respecto de su propio cuerpo y de su salud. Pero, insisto, si el médico lo estima conveniente, podrá ir al comité de ética, quien deberá dar la autorización correspondiente."* Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

de sus padres, quienes además de cuidarlos, deben responder por algunas de sus acciones. Los menores de 18 años no son absolutamente responsables²⁰⁹ y por ello, sus padres y representantes cumplen un rol fundamental, al ser quienes deberán responder por sus actos o representarlos en juicio. Mientras tanto, el menor seguirá siendo considerado inhábil en la gran mayoría de sus actos, como, por ejemplo, para adquirir cigarrillos o bebidas alcohólicas²¹⁰.

En la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del 21 de junio de 2010, la profesora de Derecho Civil, Carmen Domínguez, adhirió a esta postura, al expresar que *“resulta absolutamente incoherente que el ordenamiento civil, que contiene las normas generales en la materia, asigne a los padres el cuidado de la persona de sus hijos, establezca que ese cuidado es uno integral, le haga responsable de los daños que los hijos puedan causar a otros -incluso de modo objetivo cuando ellos provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir como sucede en el Código Civil chileno- y, por otro lado, una norma de tipo sanitario establezca que ellos pueden no ser consultados en la toma de decisiones de aspectos tan relevantes de la vida personal de un hijo como su salud²¹¹”*.

Por otra parte, expresó la incongruencia que significaría para los padres esta situación en la práctica: no serían informados del estado de salud ni los posibles tratamientos de sus hijos y, sin embargo, se verían en la obligación de correr con los gastos médicos que éstos generasen²¹². En todo caso, frente a las indicaciones presentadas a este respecto, el representante del Ministerio de Salud señaló que *“las obligaciones civiles contraídas por estos menores no comprometen válidamente el patrimonio de sus representantes legales. Añadió que, según el artículo 260 del Código Civil, los actos y contratos del hijo no autorizados por el padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad o por el curador adjunto, en su caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional industrial. Explicó que, en consecuencia, quien contrata con un menor solo tiene excepción para retener lo dado o pagado por este último, ya que las obligaciones que genera son meramente naturales y no dan origen a una acción para perseguir su cumplimiento²¹³”*.

²⁰⁹ En esta línea, el entonces Senador Arancibia, señaló en Comisión de Salud de fecha 14 de octubre del año 2008, *“ Si lo que se quiere es considerarlos como mayores de edad, habría que reformar integralmente nuestro sistema jurídico. Por ello, si bien es recomendable oír su parecer, la decisión final debe ser adoptada por los padres, salvo en el caso en que la decisión de los padres le produzca un claramente un daño al menor. Por lo demás, la regla generalísima es que los padres buscarán lo mejor para sus hijos.”* Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

²¹⁰ En Sesión 56ª de la Cámara de Diputados, de fecha 31 de julio de 2007, el Diputado Juan Lobos: *“Quiero traer a colación una anécdota. Hace un par de días, fui a un restaurante con mi hijo, quien no pudo entrar porque era para fumadores. Es raro que un niño de 17 años no pueda ingresar a un establecimiento de ese tipo y sí pueda expresar que sus padres no deben saber la enfermedad que tiene”*. Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

²¹¹ Informe sesión de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el día 21 de junio de 2010. Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

²¹² *“Sería injusto exigir a los padres que asuman el costo de las prestaciones y los tratamientos, si no están en conocimiento de las circunstancias que han determinado la realización de los mismos. Se argumentó que, en estricto rigor, al consagrar la posibilidad de que los padres sean informados solo si el menor consiente en ello, el Estado debería hacerse cargo de los gastos que implica la hospitalización de este último...”* Segundo informe de comisión de Salud, Cámara de Diputados, de fecha 23 de noviembre de 2007. Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

²¹³ Segundo informe de comisión de Salud, Cámara de Diputados, de fecha 23 de noviembre de 2007. Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

En tercer lugar, se señaló que las propuestas vulnerarían el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, del inciso tercero del número 10 del artículo 19 de la Constitución. Éste se encuentra también consagrado en el artículo 12 número 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 3 número 2 de la Convención Internacional de Derechos del Niño. Este derecho/deber es determinante en el proceso formativo de los menores. Los padres los acompañan y requieren conocer lo que les acontece. De ahí que el legislador los considere responsables de los actos de sus hijos, puesto que son quienes determinan sus valores y costumbres a través de la educación y enseñanza que les brindan. Frente a esto, el Estado tiene un rol de garante. Sin embargo, con este proyecto, el Estado estaría entregando parte de las decisiones sobre la educación del menor, al profesional de la salud o comité de ética, al permitir que sean éstos quienes decidan si los padres pueden ser informados sobre el estado de salud del menor, y con ello, si pueden ser parte de este proceso formativo necesario para su desarrollo²¹⁴.

A esta fecha, el proyecto está en su tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados. Se excluyeron los artículos comentados respecto de los menores, tal como se expresó en la Comisión de Constitución por ser contrarios a las garantías constitucionales señaladas. Se aprobó por la Sala del Senado y se espera la aprobación de las modificaciones, por la Sala de la Cámara de Diputados.

3. Rotulación de Alimentos y Bebidas Alcohólicas

El proyecto de rotulación de alimentos, o Ley del Súper 8 se presentó en el año 2007. Luego de su primer trámite en el Senado, la norma fue perfeccionada en la Cámara, mediante un acuerdo entre parlamentarios de la Concertación, la Alianza y el Gobierno de Michelle Bachelet. Este acuerdo fue desconocido en su tercer trámite, fue a Comisión Mixta y finalmente vetado por el Ejecutivo. Actualmente se discute dicho veto. Las normas dicen relación con la prohibición de publicidad, venta, y regulación de los ingredientes que deben tener los alimentos que se encuentran regulados por la iniciativa, además del aumento de horas de educación física. Adicionalmente, el proyecto establece que los productos etiquetados como “altos en” no podrán ser comercializados ni promocionados al interior de establecimientos educacionales. En cuanto a los escolares, además de prohibirse la venta, se impide la entrega de muestras gratuitas a menores de 14 años y toda publicidad dirigida a aquéllos. Se establece que la publicidad de tales productos solo podrá realizarse en horario nocturno y la prohibición de utilizar “ganchos comerciales” como es el ofrecimiento de

²¹⁴ A favor de este argumento, el Profesor señor Miguel Ángel Fernández, en presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el 21 de junio de 2010, señaló *“este proceso continuo y recíproco, como ha dicho, se vería impedido cuando el padre o madre no tienen conocimiento de situaciones relevantes para el menor, como las que se vinculan con su estado de salud, aun cuando ella no sea grave o no se encuentre en riesgo, peligro o emergencia, pues incluso los asuntos menores y, ciertamente, lo positivo o negativo, es fuente propicia para el proceso formativo...Lo contrario, dijo, es informar, instruir, adoctrinar, pero no comunicar, en un espacio común, ni reflexionar, en un proceso de acompañamiento recíproco, que se funda en un vínculo de confianza, respeto y amor que sustentan y llenan de contenido el derecho y deber de los padres a educar (no solo a enseñar) a sus hijos... Por eso, aseguró, el derecho y deber de los padres se ve impedido o, al menos, obstaculizado y puede llegar a resultar inútil cuando se los priva del conocimiento de cuestiones, relevantes o menores, acerca de su hijo, como sucede si se cubre con el velo de la confidencialidad su estado de salud.”* Disponible en Internet, <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

regalos, concursos, juegos u otros atractivos. Este proyecto, de mantenerse las limitaciones sobre venta a menores en colegios, establecería la incapacidad de los menores de elegir ciertos alimentos, lo que es contradictorio con lo que pretende reconocérseles al tomar libremente decisiones de salud.

Por su parte, en el Senado se está discutiendo, en segundo trámite, el proyecto de ley de rotulación de bebidas alcohólicas. En términos generales, impone la obligación de llevar un etiquetado de advertencia en toda bebida alcohólica de graduación igual o mayor a un grado, destinada a su comercialización en Chile. De igual manera, la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión solo podrá realizarse en determinados horarios. Se prohíbe cualquier forma de publicidad comercial o no comercial, directa o indirecta de bebidas alcohólicas en actividades deportivas. Los artículos deportivos y de *merchandising* vinculados a dichas actividades, no podrán contener publicidad de bebidas alcohólicas ni aun cuando con ello se busque replicar algún artículo usado por un deportista o equipo determinado. En el mismo sentido, la prohibición de publicidad se extenderá a todos los productos, actividades o publicaciones destinados a menores de edad y se prohíbe el ingreso de menores a los bares y discotecas cuando en ellas se expendan bebidas alcohólicas. En lo referente a los menores, el proyecto contempla además la prohibición de comprar bebidas alcohólicas.

III Conclusiones

El ordenamiento jurídico en Chile no se rige por un criterio uniforme para regular la capacidad de los menores en sus aspectos civiles, penales, de derecho a la salud u otros. Ciertamente, son admisibles y necesarias las distinciones entre responsabilidad civil y penal, pero el criterio para distinguir entre estos dos tipos de responsabilidad no se mantiene en todos los casos.

1. Es así como la regla general sobre capacidad, consagrada en el CC, establece también una serie de excepciones las que no responden necesariamente a los mismos criterios de distinción. En relación con la responsabilidad penal de los menores resulta acertado el establecimiento de un sistema distinto, que considere tanto la capacidad de comprensión de las consecuencias de sus actos y su responsabilidad asociada; como la protección que se les debe otorgar, por ser sujetos en desarrollo, sus posibilidades de reinserción y la conveniencia de aislarlos de influencias negativas de parte de la población penal adulta. Estos criterios no se contradicen con aquellos que se han perseguido en la legislación civil, ya que la comprensión del bien y del mal se adquiriría en forma previa a la capacidad de comprender las complejidades de muchos actos de carácter civil.

2. Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo respecto de otras diferencias existentes en el ordenamiento jurídico o en proyectos que se encuentran en tramitación legislativa.

a) Así, por ejemplo, en materia de alcoholes se considera que los menores de edad son absolutamente incapaces. El mismo criterio se estaría aplicando en el proyecto que

regula la rotulación de alimentos, el que, independiente de las críticas que merezca su contenido, responde a la intención de suplir la falta de comprensión suficiente por parte de los menores.

b) En sentido contrario, las normas sobre fertilidad autorizan a los menores a acceder a anticonceptivos de emergencia, sin la autorización ni el conocimiento de sus padres, decisión que parece más compleja y de consecuencias más relevantes que la de decidir comerse o no un chocolate. En la misma línea el proyecto sobre derechos y deberes de los pacientes pretendía, en su versión original, dar la posibilidad a los menores de acceder a información médica y someterse a tratamiento sin conocimiento de sus padres, lo que resulta muchas veces más determinante para la vida del menor que las consecuencias derivadas de una negociación contractual a la luz de la legislación civil.

3. Puede afirmarse que no todos los actos requieren de la misma capacidad de comprensión de parte de los menores, pero los criterios que avalan estas decisiones legislativas deberían ser uniformes. Así, parece comprensible que un menor no sea considerado hábil para efectos de celebrar un contrato sobre sus bienes raíces, pues carece de la experiencia de vida requerida para comprender cabalmente todas las consecuencias asociadas. Y, de la misma manera, resulta comprensible que este mismo menor sí pueda ser considerado responsable penalmente, pues no se requiere la misma experiencia para entender que robar es perjudicial. De ahí entonces que este tipo de diferencias en la normativa tengan una lógica clara y evidente. No se puede decir lo mismo, por ejemplo, de normas que restringen las facultades del menor para decidir qué comer y, que por otro lado, le otorgan amplias facultades para decidir sobre su salud reproductiva.

4. Nuestro ordenamiento jurídico no trata en forma unívoca los deberes, derechos y responsabilidades que se establecen respecto a los menores de edad. Es más, parece evidente la necesidad de que el legislador uniforme los criterios y en la medida que otorgue a los menores de edad un mayor grado de autonomía, restrinja también la esfera de responsabilidad de sus padres o guardadores.

Serie Informe Legislativo

Últimas Publicaciones

N° 31 **Partición Arbitral de la Comunidad Hereditaria**
Jaime A. Salas
Agosto 2011

N° 30 **Nueva Normativa sobre Gobiernos
Corporativos: Un Análisis**
Jaime A. Salas
Marzo 2010

N° 29 **Transantiago y el Estado de Derecho**
Axel Buchheister y Sebastián Soto
Septiembre 2009



www.lyd.org



Visite nuestro sitio www.lyd.org

Más de 10 mil documentos, estudios, libros y presentaciones en temas económicos, sociales, políticos, legislativos, medioambientales.



ALCÁNTARA 498 - LAS CONDES
SANTIAGO DE CHILE
FONO: (56-2) 377 4800
lyd@lyd.org

