

EL ACCESO DE LOS MENORES AL TRABAJO: ANÁLISIS EN LA LEGISLACIÓN DE CHILE Y ESPAÑA

EDUARDO MARTINEZ ESTRADA*

I. INTRODUCCIÓN

LOS NIÑOS no deben trabajar, pero se estima que actualmente lo hacen en el mundo unos 250 millones.

Si bien el trabajo infantil tiene consecuencias perjudiciales para el menor —ahí radican las razones de su prohibición— ello no siempre es tan cierto, sobre todo cuando la alternativa contraria es la agudización de la pobreza de su entorno y particularmente de su grupo familiar, y como consecuencia se tornan más desfavorables sus condiciones de vida. No se trata de promover el trabajo infantil, sino que esbozar en estas primeras líneas que se trata de un problema difícil de abordar.

Para avanzar en la tarea de eliminar la práctica del trabajo infantil, sobre todo aquellas manifestaciones más perjudiciales para el menor, se deben desplegar esfuerzos para reducir la pobreza en general y aplicar políticas y programas económicos y sociales que permitan el logro de resultados efectivos. En nuestro país el denominado Chile Solidario se presenta como un programa eficiente en esa línea.

No obstante lo señalado, y aunque esas medidas son importantes, suelen demorar en cumplir sus propósitos y en ocasiones no son del todo suficientes, lo que parece indicar que la solución al problema del trabajo infantil todavía tiene mucho que esperar.

II. FUNDAMENTO DEL ESTUDIO

Efectuar una comparación de las normas que regulan el acceso de los menores al mercado de trabajo en los ordenamientos jurídico-laborales de Chile y España como es nuestro propósito, no obstante lo simple que puede parecer, resulta una materia no ajena a varias complejidades. La primera deviene de las dificultades inherentes a un estudio de éste tipo, pues si bien es posible establecer algunos aspectos comunes, no siempre pueden generalizarse las conclusiones, ya que la inspiración de ambas legislaciones obedecen a momentos históricos, económicos, sociales y culturales diversos.

*Abogado Universidad de Concepción. Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla. Director Regional del Instituto de Normalización Previsional INP VIII Región. Docente de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad San Sebastián.

Pero el aspecto más odioso que se presenta resulta de constatar la cruda realidad que padecen millones de niños en el mundo. No nos referimos al lustrabotas, al que trabaja en el campo con su padre o a aquel que dedica unas horas a tareas manuales para tener algo de dinero –labores que sin duda pueden perjudicar la salud, el desarrollo físico y psicosocial del menor– sino que a situaciones muchas veces ignoradas que diariamente viven miles y miles de menores en el mundo¹. Se sostiene que el trabajo de menores sería la última forma de esclavitud, pero habría que agregar también que es la peor de todas, la más cruel y triste que se ha conocido, ya que normalmente el “esclavo” no ha podido defenderse, no ha conocido otra forma de vida y muchas veces ha sido sometido a esa condición por personas de las que sólo espero recibir afecto y cariño².

Sin perjuicio de ser un tema que presenta ribetes que escapan de nuestra disciplina, conviene desarrollar un breve diagnóstico del problema que nos ocupa para comprender de mejor forma los fundamentos que orientan los ordenamientos jurídicos objeto de nuestro análisis.

III. DIAGNÓSTICO DE UNA REALIDAD

Cada cierto tiempo los medios de prensa dan cuenta, quizás con carácter excepcional, de alguna localidad en la que menores son explotados en trabajos realizados en condiciones infrahumanas, pero estas esporádicas informaciones no deben dejar de sorprendernos pues representan una realidad presente en el mundo que es la existencia de una forma cruel de esclavitud constituida por la explotación infantil en el trabajo.

En 1996 UNICEF señalaba en su Informe sobre el Estado Mundial de la Infancia que son unos 250 millones de niños en edades comprendidas entre los 5 y 14 años los que trabajan en el mundo, no siendo obstáculo que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos establezcan restricciones en cuanto a la edad mínima de acceso al trabajo por parte de los menores. Estimaciones de la OIT del 2002 indican que sobre el número de niños que trabajan y el número de niños ocupados en cada una de las categorías de trabajo infantil que debe ser abolida, se calcula que unos 180 millones de niños de 5 a 17 años, es decir el 73% del total de niños trabajadores –que serían unos 240 millones según la OIT– están actualmente ocupados en las peores formas de trabajo que incluyen el trabajo peligroso y las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, donde casi dos tercios serían menores de 15 años. Por su parte en Latinoamérica se estima en no menos de

¹Por ejemplo se calcula que actualmente más de 300.000 niños están participando en distintas guerras a lo largo de todo el mundo, siendo una práctica habitual en los conflictos que azotan al continente africano donde se estima que son más de 120.000 los menores afectados. Se da por supuesto que la mayoría de ellos son niños varones, pero también hay un importante porcentaje de niñas que se ven obligadas a participar como soldados, espías o porteadoras y sobre todo, como esclavas sexuales y “esposas de guerra”.

²El caso más escandaloso de trabajo forzoso de niños a causa de la pobreza es el de los “siervos”. En Asia varios millones de niños siervos llegan a la esclavitud porque sus padres han obtenido un préstamo y toda la familia lo devuelve trabajando. En los hechos la deuda no se reduce nunca por la situación de fraude que existe y por el interés usurario cobrado, quedando esclavizada la familia durante varias generaciones. En la India se calcula que hay un millón de niños que trabajan en régimen de servidumbre en la confección de alfombras, fábricas de ladrillos, canteras o en la construcción, donde de los 300.000 trabajadores empleados en la industria de las alfombras un tercio son niños. Las minas de Meghalaya en la India emplean a casi 30.000 niños porque pueden arrastrarse por túneles de 90 centímetros de ancho, pero pierden el trabajo cuando crecen porque ya no sirven para él.

15 millones el número de niños que trabajan y aproximadamente la mitad pertenece al grupo de edad de 6 a 14 años, lo que significa que en nuestro continente 1 de cada 5 niños es un niño trabajador, de los cuales unos 65.000 se encuentran en nuestro país según cifras de la Dirección del Trabajo.

Pero más allá de las cifras, donde la dimensión del problema es complejo, no existen parámetros únicos o uniformes de definición, lo que conlleva que las políticas y programas que puedan implementarse no respondan a las verdaderas necesidades de un país. Por ejemplo ante la interrogante de quién es considerado trabajador infantil la respuesta dependerá muchas veces del grado de compromiso en la solución del problema —en nuestro país hemos visto un verdadero vaiven en el tratamiento de los menores empaquetadores de supermercado³— de ahí que sostengan que la información oficial a menudo se basa en definiciones restrictivas que responden más a una conveniencia burocrática que a la realidad del problema y a las necesidades de la planificación de políticas y programas eficaces.

Lo cierto es que los elementos de la relación laboral del artículo 7° del Código del Trabajo, carácter personal y voluntario del trabajo prestado, subordinación o dependencia y remuneración, son insuficientes para entregarnos una respuesta que explique en toda su dimensión el problema, ya que de atenernos a ellos se excluirían a los menores que trabajan a tiempo parcial en el sector informal o a quienes no perciben una remuneración en metálico, como son todos aquellos que ayudan a sus padres en las tareas agrícolas o que trabajan como empleados de hogar, entre otros.

Sin perjuicio del número y proporción, lo cierto es que la mayor parte de los niños que trabajan lo hacen en condiciones manifiestamente peligrosas para su seguridad, salud y estabilidad emocional, sometidos a vejaciones físicas y morales y a agotadoras jornadas de trabajo superiores a los límites establecidos por las distintas legislaciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el Tratado Internacional de Derechos Humanos, los convenios de la OIT en la materia, en particular el Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, establecen los objetivos y un amplio marco político de las medidas que han de tomarse para eliminar el trabajo infantil. La finalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño es proteger al menor contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación y

³En efecto la Dirección del Trabajo había dictaminado sistemáticamente que “los menores que en un supermercado se desempeñan exclusivamente como empaquetadores de las mercancías adquiridas por los clientes no se encuentran jurídicamente vinculados a la empresa por una relación de carácter laboral, porque a su respecto no se dan los elementos que la configuran. Y ello no obstante que dentro de la administración del supermercado exista una cierta reglamentación de esos servicios, toda vez que ella constituye sólo una forma de regular las labores de empaquetadores a objeto de hacer más expedita la atención a los clientes; circunstancias que no resultan suficiente para configurar la subordinación que involucra una relación de naturaleza laboral”. Dictamen N° 2.935 de 20.05.85, y en igual sentido Dictámenes N° 1.621 de 14.04.81, N° 4775/211 de 24.08.92, N° 5487/259 de 22.09.92; y N° 4870/281 de 21.09.99 entre otros. Por Dictamen N° 5845/0365 de 30.11.99 el ente fiscalizador reconsideró su doctrina al señalar “si se comprueba el hecho relativo a que un supermercado está recibiendo los beneficios de la prestación de servicios de un menor de edad que empaqueta los productos que vende el primero; y, en segundo término, se comprueba que, además, el supermercado acepta dicha prestación ejerciendo potestad de mando respecto del menor, no cabe sino concluir presuntivamente que, en dichos casos mediaría una relación jurídico laboral entre los menores empaquetadores y los supermercados que así operan”. Luego por Dictamen N° N° 3543/0262 de 24.08.2000 nuevamente reconsidera su postura al indicar “precisa alcances de la doctrina contenida en dictamen 5845/0365, de 30.11.1999, en el sentido que mediará una relación jurídico laboral entre un menor empaquetador y un supermercado, siempre y cuando la prestación de servicios del menor se verifique bajo subordinación o dependencia, cuestión que deberá constatar caso a caso, conforme a las condiciones efectivas en que se organiza y presta tal servicio y la doctrina reiterada de este Servicio”.

desarrollo físico, mental, espiritual y social y el Convenio N° 138 estipula la edad mínima de admisión al empleo, permitiendo cierta flexibilidad en consideración a las dificultades que experimentan los países en desarrollo. Pese a que estos convenios han tenido gran influencia en la legislación de los distintos países, y la mayor parte de ellos prohíbe o restringe estrictamente el trabajo infantil, observamos que éste sigue existiendo y a escala masiva.

En cuanto a los tipos de trabajos, la mayoría de los niños lo hacen en explotaciones agrícolas, en el hogar y/o en talleres del sector informal, ámbitos que por lo general escapan de la esfera de protección de la legislación laboral. Además hay un buen número ocupados en el servicio doméstico y en las calles en calidad de vendedores ambulantes por cuenta propia. El número de horas que los niños tienen que trabajar por día es un indicador importante de la gravedad del problema, cuantas más horas trabajan menos tiempo tienen para aprender y jugar⁴, y aquellos que tratan de combinar trabajo y estudios corren con una seria desventaja pues sabido es que a partir de un determinado límite el trabajo tiene efectos perjudiciales en la capacidad de aprender.

Sin embargo el término trabajo infantil no está referido a los jóvenes que trabajan algunas horas por semana para sufragar sus gastos o ayudar a su familia según vimos. Siempre y cuando el trabajo no interfiera con la educación, la salud y el desarrollo del niño no es perjudicial. Los convenios internacionales entienden por “trabajo infantil” aquel que priva a los niños de su infancia y su dignidad, impiden que accedan a la educación y se califiquen y se lleva a cabo en condiciones deplorables y perjudiciales para su salud y desarrollo.

En conclusión se constata que el trabajo infantil no se reduce sólo a su cuantificación, sino que muchas veces el grado de desconocimiento conlleva a que en ocasiones se den por supuestos ciertos hechos que rodean al problema y que no siempre resultan ser del todo efectivos. En tal sentido se sostiene que existen cuatro mitos falsos sobre el trabajo de los niños en el mundo:

- a) En primer término existe el pensamiento generalizado de que el trabajo infantil se produce en países subdesarrollados. Sin embargo sólo en el Reino Unido las estimaciones muestran que la cuarta parte de los niños de 11 años trabaja.
- b) El trabajo infantil es predominante en sectores relacionados con la exportación. Sin embargo la mayoría de los niños trabajan en granjas o en casas fuera del alcance de los inspectores de trabajo y de la observación de los medios.
- c) Existe además el mito de que el trabajo infantil nunca terminará hasta que la pobreza no desaparezca⁵. Al respecto se sostiene que ésta existe principalmente porque hay

⁴Según cifras de la OIT un 65% de los niños asalariados, especialmente las niñas, trabajan de seis a siete días por semana. La mayoría no recibe paga alguna por horas extraordinarias ni las prestaciones sociales y de otro tipo que se conceden normalmente a los trabajadores adultos. Su jornada laboral alcanza una media de nueve horas. Por el mismo tipo de trabajo, un niño recibe aproximadamente la mitad del salario de un empleado adulto. Tres dólares semanales en las fábricas de bombillas de Indonesia por 48 horas de trabajo.

⁵Las encuestas realizadas por la OIT ponen de manifiesto una correlación positiva –en algunos casos, muy significativa– entre el trabajo de los menores y factores como la pobreza, el analfabetismo, el nivel de subdesarrollo rural, la situación de los barrios urbanos pobres, la falta de asistencia a la escuela, los niños abandonados o fugitivos, el fallecimiento o la ausencia permanente del padre, las familias de gran tamaño y la ocupación de los padres. Las encuestas revelan también que los niños que nunca han asistido a la escuela o la han abandonado antes de finalizar la escolarización representan un elevado porcentaje entre los menores que trabajan.

gente deseosa de utilizar a niños por beneficio. La pobreza en el mundo no puede eliminarse a finales de la década, pero la explotación peligrosa de los niños sí.

d) Finalmente el último mito se refiere a la efectividad de las sanciones comerciales.

Pero no es nuestro propósito mostrar toda la magnitud de la problemática enunciada, ya que ello escapa de los propósitos tenidos en vista al plantearnos la realización de éste trabajo. En éstas breves reflexiones se ha querido advertir que cuando nos referimos al trabajo de los menores se abren las puertas de dos realidades contrapuestas:

1. Por un lado, existe todo un submundo, que en cierta forma se ha descrito en nuestras primeras líneas, en que el trabajo de los menores se realiza al margen de la ley, en condiciones inhumanas y de verdadera explotación, que denominamos el trabajo “subterráneo” o “sumergido” de los menores. Lamentablemente ningún país se encuentra libre de ésta realidad, así por ejemplo en España entre 500.000 y 800.000 niños menores de 16 años desarrollan algún tipo de trabajo, y en el caso de Chile alrededor de 85.000 niños entre 12 y 17 años trabajan, de los cuales sólo un 24% ha firmado un contrato de trabajo.
2. Por otro lado, existe también un mundo, parafraseando la expresión anterior, en que el trabajo de los menores se encuentra sometido a una rigurosa reglamentación tendiente a cautelar su normal desarrollo personal en todas las actividades de la vida. El análisis de estas normas es el objeto de nuestro estudio.

IV. ABOLICIÓN VERSUS LEGISLACIÓN

Dos son las posiciones que se ven enfrentadas a la hora de definir la participación de los menores en actividades económicas.

Por una parte se sostiene que la meta última de toda acción desarrollada en favor de los menores debiera orientarse a la abolición del trabajo infantil, puesto que la infancia debería estar destinada únicamente al juego y la educación, salvo pequeñas tareas domésticas realizadas en el seno del grupo familiar. Se argumenta además que aun cuando los niños no sean maltratados, su participación en la fuerza de trabajo menoscaba el empleo y el salario de los adultos, perpetuando la pobreza extrema que les obliga a trabajar.

La otra posición expresa que el trabajo infantil no debe ser abolido, por el contrario sostienen que una adecuada protección y supervisión lo convierte en un vehículo esencial de socialización, formación y autoestima, y en tal sentido abogan por leyes severas sobre el trabajo infantil. Los partidarios de ésta línea advierten que la prohibición del trabajo infantil puede resultar una tragedia para las familias más pobres, y que en definitiva tras su abolición emergería con más fuerza el denominado trabajo “subterráneo” o “sumergido” de menores.

Sin perjuicio de parecer la primera de las alternativas como socialmente más justa, la realidad demuestra que esta prohibición es hoy, al menos en lo que a países en vías de desarrollo respecta, muchas veces inviable, por tal motivo la tendencia de los países ha sido legalizar el trabajo infantil, estableciendo una drástica regulación en su ejercicio considerando el grado de vulnerabilidad que al respecto presenta el “trabajador”. En tal

sentido las normas protectoras para el menor están en el núcleo inicial del Derecho del Trabajo y le han acompañado a lo largo de su evolución.

V. NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LOS MENORES

Establecida la imposibilidad de abolir, al menos en un futuro inmediato, el acceso de los menores al mundo laboral, la comunidad internacional ha venido dictando normas tendientes a velar por que su ejercicio se realice en condiciones tales que no obsten al desarrollo físico y síquico del menor.

Si bien estas normas no siempre obligan directa e inmediatamente a los diversos Estados lo cierto es que ellas, y al menos en esta materia, revisten un grado considerable de obligatoriedad moral que los lleva a adaptar sus legislaciones internas, incluso con anterioridad a la ratificación de los mismos. En todo caso la Convención de Derechos del Niño es un tratado internacional cuyo principal efecto es generar derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados que lo suscriben y existe acuerdo en nuestro sistema que por regla general estos instrumentos tienen la fuerza propia de una ley como lo ha declarado la propia jurisprudencia de la Corte Suprema.

Podemos citar como principales disposiciones de carácter internacional que regulan la materia las siguientes:

- a) La Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 que establece en su Principio 9º inciso 2º que “no se permitirá al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada, en ningún caso se le dejará ni se le permitirá que se dedique a ninguna faena u ocupación que pueda perjudicar su salud o su educación, o impida su desarrollo físico, mental o moral”.
- b) El Convenio Nº 138 de la OIT del 26 de junio de 1973, sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo, establece en su artículo 2.3 que “la edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a los quince años”. Agrega en su artículo 2.4 que “no obstante las disposiciones del párrafo 3 de éste artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años”. Finalmente el artículo 3.1 prescribe 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”. Sin perjuicio de la detallada regulación que modifica incluso los convenios especiales sobre la materia, cabe hacer presente que en el Preámbulo del antedicho Convenio, la OIT manifiesta como vocación el lograr la total abolición del trabajo de los niños.
- c) El Convenio Nº 182 de la OIT de 1 de junio de 1999 sobre convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que en su artículo 3º señala que la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud

- vitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de sirvo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. En su artículo 8º establece que los países miembros deberán tomar medidas apropiadas para ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación y/o asistencia internacionales, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.
- d) La Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 32.1 que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. Agrega en su Nº 2 que “los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.
- e) La Carta Social Europea, suscrita en Turín el 18 de octubre de 1961, que en su artículo 7 enumera las condiciones tendientes a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, señalándose con el Nº 1 “a fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación”, y agrega en su Nº 2 “a fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres”.

VI. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA NORMATIVA DE CHILE Y ESPAÑA

Según expresábamos la normativa laboral regula el acceso de los menores al trabajo desde una doble perspectiva: por una parte fijando la edad mínima en virtud de la cual éstos pueden celebrar válidamente un contrato de trabajo, como también señalando las actividades en que se encuentra expresamente prohibida su participación. Podemos constatar que los menores, junto con las mujeres, fueron los primeros en ser protegidos por las leyes laborales por ser los más afectados por los abusos de la Revolución Industrial cuando se les abonaban magros salarios y se trabajaban jornadas extenuantes de sol a sol; es por ello que tradicionalmente se prevén capítulos especiales en las leyes para trabajadores menores y para mujeres, con medios de protección también especiales.

En ese orden de cosas se orientan tanto el Código del Trabajo de Chile (D.F.L. Nº 1 de 24 de enero de 1994 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social) como el Estatuto de los Trabajadores en España (R.D.L. 1/1995 del 24 de marzo), sin perjuicio que ambos ordenamientos contemplan además normas especiales que regulan determinados aspectos de la relación laboral (higiene y seguridad, aprendizaje, formación, etc.).

En Chile la primera norma que dice relación con el trabajo de los menores fue la ley Nº 2.674 del año 1912 sobre protección a la infancia desvalida, pero no es sino hasta el 8 de septiembre de 1924 en que se aprueban, entre otras, las leyes Nº 4.053 y Nº 4.059 sobre contrato de trabajo para obreros y empleados respectivamente, en que el tema para a ser objeto de una regulación más específica, sosteniendo el profesor THAYER que ésta normativa apareció en forma súbita en nuestro ordenamiento jurídico, aunque largamente esperada por las masas de trabajadores y propiciada por políticos y pensadores.

En España las primeras intervenciones estatales se producen precisamente respecto del trabajo de los menores y de la mujer con la Ley de 24 de julio de 1873 que se refirió a ambos, motivado ello, según reflexiona el profesor ALONSO OLEA de su debilidad física respecto del adulto, quizá unida a necesidades de educación y a deficiencias de volición, si bien éstas sobre los que fundamentalmente influyen es sobre las incapacidades o las limitaciones de la capacidad para contratar, quizá también deriven en parte de prejuicios similares, en España no corregidos, a los del trabajo de la mujer.

En términos generales ambos ordenamientos ofrecen un tratamiento muy similar en lo que a menores se refiere (capacidad plena, capacidad relativa, incapacidad, etc.), sin perjuicio que respecto de la edad mínima de acceso al trabajo se evidencian, según veremos, algunas diferencias las que en todo caso se ajustan a los criterios del Convenio Nº 138 de la OIT del 26 de junio de 1973, sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo.

a) Capacidad plena o normal

Como regla general tanto el artículo 13 del C.T. como el artículo 7a) del E.T., en relación éste último con el artículo 315 del Código Civil, establecen como plena capacidad laboral los 18 años, siendo coincidente en ambos casos con la mayoría de edad civil. Por su parte el artículo 7b) del E.T. reconoce además plena capacidad a los menores de 18 años y mayores de 16 años que vivan de forma independiente y con el consentimiento de sus padres o tutores. Se refiere entonces a quienes se han emancipado, esto es la salida de la patria potestad.

b) Capacidad laboral limitada

1. Los menores de 18 años y mayores de 16 pueden celebrar contratos de trabajo si cuentan con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo paterno o materno; o a falta de estos, 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 (art. 13 inciso 2º del CT), otorgada la autorización, se aplicarán al menor las normas del artículo 246 del Código Civil y será considerado plenamente capaz

para ejercitar las acciones correspondientes⁶. En España la capacidad limitada, es decir cuando el menor requiere autorización para actuar, se mueve entre los 18 años y los 16 años (art. 7b), agregando que si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

2. Además en Chile los menores de 16 años y mayores de 15 pueden contratar la prestación de sus servicios, siempre que cuenten con la autorización indicada precedentemente, hayan cumplido con la obligación escolar, y sólo realicen trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, que no impidan su asistencia a la escuela y su participación en programas educativos o de formación (artículo 13 inciso 3° del CT)⁷. Se aprecia en la norma laboral un mercado carácter protector del menor fundamentalmente en aquellos aspectos que tienen por finalidad proteger la salud y la vida de este.

c) Incapacidad laboral

1. En España, conforme a las estipulaciones del Convenio N° 138 de la OIT, el artículo 6.1 del ET establece en términos categóricos la prohibición al trabajo a los menores de 16 años. No obstante el artículo 6.4 permite excepcionalmente la intervención de menores de 16 años en espectáculos públicos siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.
2. En nuestro ordenamiento jurídico esta incapacidad laboral se encuentra también fijada en los 16 años, sin embargo en casos debidamente calificados, y con la autorización de su representante legal o del juez de menores, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares (artículo 17 CT).

d) Incapacidades especiales

1. En Chile el artículo 13 inciso final establece que ningún caso los menores de 18 años podrán trabajar más de 8 horas diarias, lo que significa que los menores no pueden realizar horas extraordinarias y que la jornada ordinaria semanal, si es de 48 horas, debe distribuirse en 6 días semanales. En la misma línea se inscribe la prohibición del artículo 6.3 del ET en España que prohíbe a los menores de 18 años realizar horas extraordinarias.

⁶La jurisprudencia judicial ha señalado sobre el particular que “de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 del Código del Trabajo, los mayores de 14 años serán considerados plenamente capaces, razón por la cual el padre que comparece por su hijo menor, debe acreditar que tiene poder para representarlo”, Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, de 22.11.1988.

⁷“No procede observar un decreto municipal que aprueba el contrato de trabajo para cargo de auxiliar sin acompañar certificado de estudios, por cuanto las condiciones mínimas de escolaridad sólo rigen para los menores de quince y mayores de catorce años”, Dictamen CGR N° 18.668 de 19.07.1989.

2. Por su parte el artículo 14 del CT establece que los menores de 18 años de edad no serán admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad. La misma idea se contiene en el artículo 6.2 del ET de España que prohíbe a los menores de 18 años realizar actividades declaradas insalubres, penosas, nocivos o peligrosos tanto para su salud como para su formación profesional y humana.
3. En Chile los menores de 21 años no podrán ser contratados para trabajos mineros subterráneos sin someterse previamente a un examen de aptitud (artículo 14 inciso 2º del CT). Agrega que el empleador que contratare a un menor de 21 años sin haber cumplido el requisito establecido en el inciso precedente incurrirá en una multa de tres a ocho unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reincidencia.
4. En Chile queda prohibido el trabajo de menores de 18 años en cabaret y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos vivos, como también en los que expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo establecimiento (artículo 15 CT), podrán, sin embargo, actuar en aquellos espectáculos los menores de edad que tengan expresa autorización de su representante legal y del juez de menores. Por su parte el artículo 16 establece que en casos calificados y con la autorización del representante legal o del juez de menores podrá permitirse a los menores de 15 años que celebren contratos de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares .

En este punto existe una incongruencia entre los artículos 14 y 15 ya que el primero exige la autorización del representante legal y del juez de menores para que los menores de 18 años puedan actuar en espectáculos y el segundo exige la autorización representante legal o del juez de menores tratándose de menores de 15 años, es decir la norma es mas rigurosa –doble autorización– cuando menor de 18 años se trata. Pensamos que se trata de un error u omisión ya que no es lógico una mayor rigidez considerando el carácter familiar que muchas veces desarrollan los menores en su trabajo. En definitiva consideramos que en una y otro caso seria suficiente la autorización del representante legal y a falta de este el juez de menores correspondiente.

5. Queda prohibido a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales, que se ejecuten entre las veintidós y las siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos; exceptúase de esta prohibición a los varones mayores de 16 años, en las industrias y comercios que determine el reglamento, tratándose de trabajos que, en razón de su naturaleza, deban necesariamente continuarse de día y de noche (artículo 18 CT). La misma idea se contiene en el artículo 6.2 del ET de España que prohíbe a los menores de 18 años realizar trabajos nocturnos⁸.

⁸La Dirección del Trabajo ha resuelto que “preciso es convenir que si una empresa agro-frutícola desarrolla dentro de dicho giro operaciones materiales relacionadas con la obtención de productos naturales, la transformación de estos o su transporte, debe estimarse que encuadra dentro del concepto de industria, conforme al alcance dado a dicha expresión por el dictamen N° 1504/081 de 11.03.1994, antes citado, y, como tal, sujeta al ámbito de aplicación del artículo 18 del Código del Trabajo. Las excepciones a las reglas generales contenidas en la ley son siempre de derecho estricto y deben, por tanto, ser interpretadas restrictivamente. Por lo cual, en la especie, no existiendo el reglamento que debe señalar las empresas en las cuales se autorizará el trabajo nocturno de los varones mayores de dieciséis años, forzoso resulta concluir que debemos aplicar a su respecto la regla general contenida en el inciso primero del artículo 18 del Código del Trabajo”, Dictamen N° 2680/0150, de 25.05.1999.

Finalmente es importante señalar que la contratación de un menor sin sujeción a lo establecido en las normas antes señaladas, no libera o exonera del cumplimiento de las obligaciones laborales contraídas. En efecto el artículo 17 del Código del Trabajo señala que si se contratare a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los artículos precedentes – artículos 13 a 16 de dicho cuerpo normativo– el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare; pero el inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación y aplicar al empleador las sanciones que correspondan. Este mismo efecto se genera en España conforme al artículo 9.2 del ET que señala que en caso que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

Lo anterior se explica porque en materia laboral no rigen totalmente las normas civiles de los contratos y las obligaciones, ya que en el supuesto señalado, es decir contratar con un menor de edad inferior a su capacidad legal o sin contar con la autorización respectiva, el contrato es nulo y debiera procederse a la *restitutio in integrum* que significa volver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, pero como ello generaría una situación injusta cuando el menor efectivamente ha prestado sus servicios, la ley le otorga a éste “contrato” los mismos efectos o consecuencias que las de un contrato válido, sin perjuicio de las sanciones y multas administrativas que además correspondan⁹.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

A modo de conclusión final asumimos las estrategias que la OIT identifica para la erradicación del trabajo infantil. En efecto, según éste organismo, cuatro serían los elementos fundamentales para conseguir tal propósito: educación, legislación y aplicación de la misma, rescate y rehabilitación y movilización social.

1. Una educación asequible de buena calidad, sobre todo a nivel primario, que responda a las necesidades de los niños y la familia, sin dudas es un arma eficiente. Sin embargo, hay un creciente consenso entre los gobiernos y la sociedad civil en cuanto a que si se pretende que las familias antepongan la educación al trabajo de sus hijos, se harán necesarias medidas e incentivos especiales. Esto es, disponer de escuelas y mejorar la calidad de la enseñanza no será suficiente para superar los problemas que experimentan estas familias. Harán falta incentivos económicos que les ayuden a compensar los ingresos perdidos, cuando los niños dejen de trabajar para ir a la escuela. Estos incentivos van desde estipendios en efectivo hasta prestaciones gratuitas, por ejemplo, comedo-

⁹La jurisprudencia administrativa, Dictamen N° N° 4609/0268, de 02.09.1999 de la Dirección del Trabajo, ha señalado respecto del artículo 17 del CT que “esto significa que, sin perjuicio del vicio de nulidad de que adolecería el contrato, por concurrencia a su celebración de un menor de edad sin las respectivas formalidades habilitantes, el empleador debe dar cumplimiento al contrato mientras dure. Se advierte que el fin o término del acto devendrá consecuentemente por la declaración de nulidad del mismo, que sólo puede ser declarada por el Juez y jamás por otro tipo de autoridades, como eventualmente podría ser el Inspector del Trabajo. Si se contratare a un menor sin sujeción a lo establecido en los artículos 13 y siguientes del Código del Trabajo, se producen, de conformidad a lo establecido, por el artículo 17 del mismo Código, los siguientes efectos: 1) El empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare, 2) El Inspector del Trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación, y 3) El Inspector del Trabajo debe aplicar las sanciones que correspondan”.

- res escolares, atención de salud, material didáctico, libros de texto, acceso al microcrédito, ropa o exención del pago de las tarifas de inscripción. Otra alternativa considerada es el aprendizaje de un oficio y otros programas dentro del sistema escolar que combinen la enseñanza o la formación profesional con un empleo remunerado.
2. El segundo elemento fundamental lo constituye la sanción y armonización de la legislación que estipula la edad mínima de admisión al empleo y la enseñanza obligatoria, que prohíbe el trabajo infantil en ocupaciones y actividades peligrosas o en situaciones perjudiciales para la educación, salud y desarrollo del niño, y reglamenta cuando es legalmente permitido. En cuanto a la aplicación de esta legislación, es necesario dar prioridad y consolidar los mecanismos de inspección del trabajo con el apoyo de las autoridades políticas y judiciales del país.
 3. El tercer elemento es el rescate de los niños del trabajo, sobre todo de aquel particularmente peligroso y degradante, acompañado de múltiples medidas de apoyo que logren la rehabilitación del menor.
 4. Por último, establecer una amplia alianza social que vaya desde las altas esferas de poder e influencia hasta las comunidades y familias más desposeídas, es un requisito imprescindible para eliminar el trabajo infantil.

Se señala en primer lugar que cualquier política, programa o acción que se proponga sobre el tema, debe tener como norte el interés superior del niño.

Las acciones que se realicen en los órdenes legislativo, administrativo, social y educativo, requieren una visión integral del problema de los menores que trabajan, dado que la solución de su situación requiere superar estados de pobreza, de bajos niveles educativos, de relaciones familiares poco definidas y de mínima calificación laboral.

No obstante, se estima que la responsabilidad del problema no sólo está limitado a los Estados directamente afectados, se requiere también la cooperación internacional, de tal forma que los países desarrollados efectúen su aporte a los países en vías de desarrollo, en las acciones emprendidas para superar las consecuencias negativas del trabajo infantil.