



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**El Procedimiento de Cuidado Personal en
Chile a la luz de la Legislación Noruega y sus
Políticas de Género.**

Autora:

Karina Jensen Riffo

Profesor Guía:

Luis Villavicencio Miranda

Diciembre 2014, Valparaíso

“No se nace mujer: llega una a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica como femenino”

Simone de Beauvoir

Tabla de Contenidos

| | |
|--|--------|
| Introducción..... | Pág.5 |
| Capítulo I: Algunas ideas sobre la opresión estructural..... | Pág.7 |
| Capítulo II: El Cuidado Personal en Chile..... | Pág.11 |
| Capítulo III: Derecho Comparado: Legislación noruega..... | Pág.16 |
| 1. Breve reseña histórica..... | Pág.16 |
| 2. Aspectos Generales | Pág.18 |
| 3. Cuidado Personal en Noruega..... | Pág.19 |
| Capítulo IV: Paralelo entre ambos sistemas..... | Pág.23 |
| Conclusiones..... | Pág.27 |
| Bibliografía..... | Pág.28 |

Resumen: A lo largo de nuestra historia, la lucha de la mujer por conquistar sus derechos y libertades ha formado parte de un importante capítulo en todo el mundo y por supuesto Latinoamérica no ha sido la excepción. La exclusión, discriminación, categorización, entre otros, han sido problemas comunes que han rodeado a la mujer dentro de sociedades patriarcales y machistas que han traspasado a lo largo de las generaciones, pero que con mucho esfuerzo y confrontación se ha logrado opacar en parte dichas imposiciones para implementar un mínimo de políticas que buscan la igualdad de género. Sin embargo nuestra normativa resulta muy joven e inmadura frente a sistemas tan reconocidos por sus avances en la materia, como es la legislación de Noruega.

Palabras claves: Igualdad, Género, Opresión, Cuidado Personal, Patriarcado.

Abstract: Throughout our history, the struggle of women to conquer their rights and freedoms has been part of an important chapter in the whole world and of course Latin America has been no exception. Exclusion, discrimination, categorization, among others, have been common problems that have surrounded women within patriarchal and sexist societies that have crossed over generations, but with much effort and confrontation has been achieved partly overshadow those impositions to implement a minimum of policies seeking gender equality. But our legislation is very young and immature face such renowned for its advances in the field, such as Norwegian law systems.

Keywords: Equality, Gender, oppression, personal care, patriarchy.

Introducción.

Trasciende nuestra historia la lucha por nuestros derechos. Trasciende el paso de los años la lucha de la mujer por conquistar sus derechos, aquellos, que en un principio, sólo eran un privilegio del hombre. Hoy, la lucha y desarrollo doctrinal se ha volcado contra el patriarcado, el mismo, puede definirse como un complejo entramado de dominación que los hombres ejercen sobre las mujeres, en el que la violencia sexual juega un papel preponderante, pero que se extiende a todas las áreas –la pública y la privada- y se expresa en aspectos tan diversos como el ideológico, el antropológico, el biológico, el sociológico, el psicológico, el económico, y el educacional (Álvarez, Beltrán, Sánchez, 2001: pp. 107 y ss.), aquello, es precisamente lo que emana de la sociedad, la dominación, el abuso, las formas de opresión en contra de la mujer.

Las mujeres carecen de apoyo en funciones fundamentales de la vida humana en la mayor parte del mundo. Están peor alimentadas que los hombres, tienen un nivel inferior de salud, son más vulnerables a la violencia física y al abuso sexual. Es mucho menos probable que estén alfabetizadas, y menos probable aún que posean educación profesional o técnica. Si intentan ingresar en un puesto de trabajo, deben enfrentar obstáculos mayores, incluyendo la intimidación por parte de la familia o del esposo, discriminación por su sexo en el salario y acoso sexual en su lugar de trabajo. Y todo ello sin tener recursos legales efectivos para defenderse. Obstáculos similares les impiden a menudo una participación efectiva en la vida política. En muchas naciones, las mujeres no tienen plena igualdad ante la ley: no tienen los mismos derechos contractuales, de asociación, de movilidad, ni la misma libertad religiosa. A menudo cargadas con la <<doble jornada>> que deriva de las exigencias del empleo y de la responsabilidad por el hogar y por el cuidado de los niños, carecen de oportunidades para el juego y para el cultivo de sus facultades imaginativas y cognitivas (Nussbaum, 2002: p. 27).

Chile, ha tenido una evolución natural en la materia, pero no se abstrae en lo absoluto de esta realidad, aún tenemos problemas en la inserción laboral de la mujer por ejemplo, cuando se le discrimina por encontrarse en edad fértil; también, con la infaltable doble jornada laboral de la mujer que trabaja y además se hace cargo del hogar y de los niños, la violencia doméstica traducida en la modificación del tipo penal de parricidio, que consagra expresamente

la figura del femicidio producto de las altas tasas de muertes de mujeres entre cuatro paredes, pero lo anterior incluye también la violencia física en general y psicológica. Como mujeres nos rodean constantemente situaciones y eventualidades que nos perjudican y nos agravan por el sólo hecho de ser mujer.

Hasta no hace mucho tiempo, estos temas comenzaron a salir a la luz, ello sin perjuicio de que múltiples agrupaciones feministas han luchado desde antaño por que este tipo de discriminaciones y relaciones de poder no sean apoyadas tácita o expresamente por los gobiernos sino que controladas y sancionadas. En nuestro país, las políticas que “en alguna medida” han buscado la igualdad de los géneros es reciente y poco fructífera. En este trabajo analizaré especialmente la figura del cuidado personal, esto por cuanto refleja una de las asignaciones de roles más características del patriarcado histórico, me refiero a la madre como la encargada del cuidado y crianza de los niños, otorgando la posibilidad al hombre para su desarrollo personal y laboral absoluto, carente de aquella responsabilidad que casi por una asignación “natural” corresponde a la mujer.

Luego, analizaré exhaustivamente el gran desarrollo y ejemplo que constituye la legislación de Noruega por ser unos de los países más avanzados en materia de género, producto de la implementación de políticas estatales, acompañadas de leyes que las respaldan para la integración absoluta de la mujer y la no discriminación por un motivo de sexo. En definitiva, es preciso que nuestro país apunte a dicha dirección para generar un cambio estructural en nuestra sociedad creando conciencia y fortaleciendo la escasa memoria cultural que existe en este sentido.

Capítulo I: Algunas ideas sobre la opresión estructural

Tradicionalmente la opresión era entendida como el ejercicio de la tiranía por un grupo gobernante (Young, 2000: p. 74). Sin embargo, al evolucionar para entender de mejor forma esta idea, se señala que la opresión designa las ventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las *prácticas cotidianas* de una bien intencionada sociedad liberal. Según este nuevo uso de izquierdas, la tiranía de un grupo gobernante sobre otro grupo social, como en Sudáfrica, sin duda debe señalarse como opresiva. Pero la opresión se refiere también a los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano. La opresión así entendida es estructural y no tanto el resultado de las elecciones o políticas de unas pocas personas. Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas (Young, 2000: pp. 74-75).

Es la misma sociedad la que opera como una máquina controladora propagando sus métodos por medio de nuestros hábitos; un ejemplo claro, es la cultura, aquella que se transmite generacionalmente, y que permite, a su vez, la perpetuidad del sistema opresor. Como bien explicaba la autora precedentemente, aquí no hablamos de un tirano (o tiranos) tangible(s) que busca ejercer la opresión sobre otros, sino que hablamos de un tirano “intangible”, esto es, la sociedad como motor reproductor de estas conductas y que de manera progresiva, dichas conductas, van adquiriendo rasgos institucionalizados. De esta forma es que se ha internalizado la idea de que las mujeres son dadoras de amor y de cuidados. Prácticamente en todas las culturas, el papel *tradicional* de las mujeres implica la crianza de los niños y el cuidado del hogar, del marido y de la familia. Estos papeles se han asociado con ciertas importantes virtudes morales, tales como la preocupación altruista, la sensibilidad para las necesidades de los demás y una disposición para sacrificar sus propios intereses a favor de los otros (Nussbaum, 2000: p. 321).

No podemos eliminar esta opresión estructural deshaciéndonos de los gobernantes o haciendo algunas leyes nuevas, porque las opresiones son sistemáticamente reproducidas en las más importantes instituciones económicas, políticas y culturales. (Young, 2000: p. 75). Aquello constituiría un error debido a que la sociedad toda tiene en su cuna, una serie de enunciados

opresores que se expanden e internalizan en cada uno de los individuos a través de diversas formas, de manera que, constantemente, el sistema enfrenta al individuo a una serie de información con un alto contenido moral, cultural, social, económico, etc. que obedece permanentemente a la opresión estructural.

La profesora Young explica que no ha sido difícil para las feministas demostrar que la opresión de las mujeres consiste, en parte, en una transferencia, sistemática y no recíproca de poderes de las mujeres a los hombres. La opresión de las mujeres no consiste meramente en una desigualdad de status, poder y riqueza resultante de la práctica por la cual los hombres han excluido a las mujeres de las actividades privilegiadas. La libertad, poder, estatus y autorrealización de los hombres es precisamente porque las mujeres trabajan para ellos. La explotación de género tiene dos aspectos: la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y la transferencia a los hombres de las energías sexuales y de crianza. (2000: p. 89). En consecuencia, la opresión en la mujer se debe, justamente a esta entrega que hemos hecho de nuestro poder al hombre, pero no sólo esto, sino que además, la contribución colectiva que se ha hecho a lo largo del tiempo para fomentar y reproducir reiteradamente esta conducta (de opresión), hasta transformarla en una costumbre social y convirtiéndola así, en una patología propia del sistema.

Ha sido prolongada en el tiempo, la discusión de la entrega de poder de la mujer hacia el hombre y el análisis de su rol social, por ejemplo, mucho se ha escrito entre las feministas en torno a la manera en que el igualitarismo fraternal posrevolucionario excluyó a las mujeres de su proyecto emancipatorio, a través de una simbolización dicotómica que en uno de sus extremos contenía a las virtudes esencialmente femeninas (la fragilidad, la emocionalidad, la sensibilidad, entre otras) y en el extremo opuesto a aquellas otras esencialmente masculinas (la fortaleza, la racionalidad y así sucesivamente). Esta simbolización supuso la identificación de lo masculino con lo racional y su localización en el centro del proyecto ilustrado de extensión de derechos, al mismo tiempo que identificó lo femenino con lo emocional y lo situó en el espacio privado-familiar. Los hombres se transformaron así en los hacedores de las leyes y las mujeres en las guardadoras de las costumbres y tradiciones sociales; quedando estas últimas inscritas en una suerte de estado de naturaleza permanente, mientras que los hombres son los únicos “liberados” por el pacto social moderno. (Zúñiga, (2013): pp. 195-196). Esta simbolización dicotómica ilustra la opresión estructural como impedimento sistemático contra

un grupo determinado, en este caso, la población femenina, que históricamente ha sido encasillada como parte del sector emocional, sensible, pero por sobre todo, frágil, versus su par masculino, al que se han atribuido la fortaleza y racionalidad. Efectivamente, los parámetros de género infiltran desde temprana edad nuestras estructuras psicológicas, bosquejando diversos universos simbólicos para las niñas y para los niños que resultan, a poco andar, internalizados y neutralizados. Tanto es así, que respecto de un número considerable de proyectos de vida altamente identificados con la misma noción de feminidad -como es el caso de la maternidad- resulta prácticamente imposible saber cuánto hay de elección y cuánto hay de sujeción a una identidad heterodesignada. (Zúñiga, (2013): p. 200).

La opresión estructural sobre la mujer opera durante toda su vida, esto por cuanto, desde la niñez, ya sea consciente o inconscientemente se nos forma dentro de parámetros preestablecidos, inmersos en la cultura y modelos de vida, y a medida que vamos creciendo y desarrollándonos notamos que la opresión proviene de un ente que sale del grupo familiar, y que opera de manera generalizada en los individuos, esto es, el Estado y las instituciones ampliamente consideradas. Se sale de la esfera privada-familiar para entrar a la esfera pública-social. Respecto a esta idea, las feministas sostienen que el liberalismo está estructurado tanto por relaciones patriarcales como por relaciones de clase, y que la dicotomía entre lo público y lo privado oculta la sujeción de las mujeres a los hombres dentro de un orden aparentemente universal, igualitario e individualista (Di Stefano, Friedman, Jaggar, (1996): p. 33). Esta dicotomía resulta tremendamente relevante para entender cómo se ejerce de manera más potente la opresión estructural, en la medida que el Estado y las instituciones, en general, se rehúsan constantemente a que la mujer salga de la esfera privada e ingrese a la esfera pública (en la que también es oprimida). Es por eso, que este objetivo de re-empoderamiento de las mujeres por cambiar la estructura social y posicionar a la mujer nuevamente como sujeto de poder, ha sido un foco de constante lucha y discusión doctrinaria de diversos, por no decir, todos, los grupos feministas. Así, la distinta manera en que las mujeres y hombres están situados en la vida privada y en el mundo público resulta, como es inevitable señalar, un asunto complejo, si bien tras esa complicada realidad persiste la creencia de que la naturaleza de las mujeres es tal que lo correcto es que estén sometidas a los hombres y que el lugar que les corresponde es la esfera privada, doméstica. A su vez para los hombres lo correcto es que habiten y gobiernen ambas esferas (Di Stefano et al., 1996: p.33).

Así, se puede apreciar con claridad que el punto de encuentro entre ambas esferas está marcado por la dominación del hombre en ambas. Si bien, se ha logrado la inclusión de la mujer en el ámbito público, la opresión estructural abarca también dicho ámbito, reflejado en un sistema de “doble jornada laboral” que establece una vinculación entre el trabajo “en el hogar” y el trabajo que la mujer quiera ejercer fuera de él. Esta idea es profundizada por la profesora Zúñiga, señalando que hoy día resulta claro que las mujeres que desarrollan labores remuneradas en el mercado de trabajo lo hacen al precio de la llamada “doble jornada de trabajo”, es decir, sigue recayendo mayoritariamente sobre sus espaldas el peso de la ejecución de las tareas domésticas. Esto significa que las mujeres, si bien han accedido a formas de desarrollo personal similares a las de los hombres a través de su ingreso masivo al mercado del trabajo, en el hogar continúan subordinadas como resultado de la existencia de pautas de división sexual del trabajo especialmente resistentes al cambio (Zúñiga, (2013): pp. 203-204). Como grupo, las mujeres experimentan formas específicas de explotación de género en las cuales se consumen sus energías y su poder –a menudo sin que se repare en ello y sin que se sepa–, generalmente en beneficio de los hombres, liberándolos para que se ocupen de trabajos más importantes y creativos, reforzando su status o el ambiente que los rodea, o suministrándoles servicios sexuales o emocionales (Young, 2000: p. 91).

En definitiva, la opresión estructural no distingue entre lo público y lo privado, sino que opera de igual forma en ambas esferas, de manera que se pierde la libertad, pero por sobre todo la igualdad entre los individuos, esto por cuanto una persona subordinada por naturaleza no puede ser al mismo tiempo un ser libre e igual. Por tanto, las mujeres (las esposas) son excluidas del estatus de <<individuos>> y, por lo tanto, de la participación en el mundo público de la igualdad, el consenso y la convención (Di Stefano et al., 1996: p.34). La participación en la esfera pública se rige por criterios de éxito, intereses, derechos, igualdad y propiedad universales, impersonales y convencionales; es decir, por los criterios liberales aplicables únicamente a los hombres. Una de las consecuencias importantes de esta concepción de lo privado y lo público es que la teoría liberal (y de hecho, prácticamente toda la teoría política) conceptualiza y trata el mundo público, o la sociedad civil, haciendo abstracción de –o como algo separado de– la esfera doméstica privada (Di Stefano et al., 1996: p.35). De lo anterior se desprende que los derechos y libertades siempre han estado reservados para el hombre. Esto explica que desde antaño las reivindicaciones y luchas de las mujeres por

conseguir ciertos derechos y libertades, como por ejemplo, el derecho a sufragio, sea una demostración concreta de que la opresión estructural es un mal que afecta al género femenino desde la existencia de la misma en nuestra historia.

Capítulo II: El Cuidado Personal en Chile.

Se puede señalar que el cuidado personal es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas en la ley o por el juez, respecto del cuidado personal, crianza y educación de los hijos (López, 2007: p.693).

Según Fabiola Lathrop se ha considerado en general, que sobrevinida una ruptura conyugal o crisis de la pareja, el cuidado personal de los hijos –antes denominado tuición– constituye una de las cuestiones más controvertidas que los padres deben resolver, dada la dimensión psicosocial que reviste y que rebasa con creces lo jurídico (Lathrop, 2005: p.1). No es desconocido que dicha situación sobreviene en general, luego de un quiebre en la relación, pero también, como parte de una realidad inicial cuando la madre no ha tenido mayor (o nula) relación sentimental con el padre de sus hijo(a)(s). Las nuevas leyes de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, constituyen fuentes esenciales para el estudio de esta figura jurídica, dados los nuevos paradigmas que informan el derecho sustantivo y procesal en materia de familia: la responsabilidad parental no se extingue con la ruptura conyugal; el interés superior del niño, niña o adolescente, reforzado en estos cuerpos legales (Lathrop, 2005: p.1). La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que los términos “tuición”, “cuidado personal”, “cuidado”, y “crianza y educación” son utilizados como sinónimos por el legislador, siendo el primero (tuición) propio de la ley de Menores 16.618 (Lathrop, 2005: p.6).

No existe mayor consenso en la doctrina respecto del fundamento de esta institución. Para algunos se fundamenta en el *matrimonio*, pues los derechos y deberes que constituyen la tuición son los mismos que tienen los padres respecto de los hijos, lo cual lleva a la lógica deducción que sólo la tienen los hijos matrimoniales; Para otros se fundamenta en la *filiación*, lo cual permitiría corregir el caso anterior, con lo que podría reclamarse la tuición de un hijo no matrimonial; El autor considera que sin perjuicio de lo señalado, su sustento está en *el interés*

*superior del menor*¹, lo que se concilia con la existencia de que la tuición sea concedida a terceros extraños, sean parientes o no del menor, incluyendo en esta hipótesis los centros o institución de menores (López, 2007: p.694).

El inciso primero del artículo 224 del Código Civil Chileno (en adelante C.C), establece que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”. Respecto del inciso segundo, se modifica la legislación anterior la Ley 19.585, de 1998, extiende esta regla legal de atribución al padre o madre que hubiere reconocido al hijo no concebido ni nacido en el matrimonio de sus padres² (artículo 224, inciso 2°). Es decir, el cuidado personal de hijos no matrimoniales lo tiene el padre o la madre que lo ha reconocido; y ambos de consuno, si viven juntos (Rodríguez, 2009: p.546).

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Filiación N° 19.585, la Ley de Menores N° 16.618, en su antiguo artículo 46, complementaba las normas del C.C. para los casos de separación de hecho o convencional de los cónyuges, y padres no casados. La ley de Filiación traslada dicha reglamentación al cuerpo del C.C., derogando dicho artículo 46. La nueva Ley de Matrimonio Civil, de 2004 (ley N° 19.947), se refiere al cuidado personal, toda vez que se trata de un contenido mínimo del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales. Por su parte, la ley que crea los Tribunales de Familia, de 2004 (ley N° 19.968) modifica sustancialmente el antiguamente denominado “juicio de tuición” regulado por la ley N° 16.618, sometiendo las cuestiones relativas al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes (artículo 8 N° 1 de la

¹ - Sobre este punto, se atiende al mandato que se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone en su 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”.

- Por otro lado, el artículo 16 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia consagra el interés superior del niño en el siguiente tenor: “*Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.*”

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, establece en el artículo 17 N° 5: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

ley N° 19.968), al procedimiento ordinario contemplado en sus artículos 55 y siguientes (párrafo cuarto del Título III de la ley N° 19.968) (Lathrop, 2005: p.1).

Luego de la reforma de la Ley 19.585 de 1998, el Código Civil chileno admite tres mecanismos de atribución de la tuición o cuidado personal de los hijos en supuestos de crisis familiares. El primero es *la convención* entre el padre y la madre, vehículo que introduce un mayor margen de actividad a la autonomía de la voluntad que el que existía en la legislación anterior y evita la prematura intervención judicial en el conflicto. La convención es el factor privilegiado por la actual legislación y el más beneficioso de todos. El segundo es la *ley*, que subsiste como criterio de atribución supletorio de la voluntad de los padres, y de funcionamiento automático, sin necesidad de intervención judicial. El recurso al *juez* de familia es la última opción. Opera si el padre tiene motivos para impugnar la atribución legal a la madre. O bien, si no hay acuerdo entre padre y madre sobre el cuidado personal de sus hijos, o si, habiéndolo, han cambiado las circunstancias que justificaron el acuerdo y los progenitores no consiguen adaptarlo a este nuevo contexto. En todos estos casos toca al juez decidir, a solicitud del padre o de la madre, a cuál de ellos atribuye el cuidado personal de niños, niñas o adolescentes. También toca al juez atribuir la tuición a terceros, parientes o extraños, separando a los hijos del cuidado de sus padres biológicos por inhabilidad física o moral de estos (Rodríguez, 2009: p.547).

Sin perjuicio de que la actual legislación favorece el común acuerdo de los padres, la instancia más común es la judicial³ y respecto de ella, es que, en su mayoría, se le da la tuición a la madre. Ello responde a un sistema de opresión y asignación de rol histórico respecto de la mujer como la encargada de la crianza y cuidado de los hijos. El mismo C.C consagraba esta idea en la antigua redacción del artículo 225⁴, que disponía en su inciso primero “Si los padres

³ Resolución 460971, Corte de Apelaciones de Santiago, 5 Mayo de 2014, Caratulado “Poblete/Bravo” revoca la sentencia del tribunal de Familia N° 650-2014, otorgándole el cuidado personal a la madre; Recurso de Protección presentado por el padre ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que rechaza la acción, por considerar que la decisión del cuidado personal para la madre no es ilegal ni arbitrario (Resolución N°18141, 1 Julio de 2014, causa 329/2014).

⁴ De ello da cuenta la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de Septiembre de 2005, que señala “... la regla del artículo 225 del Código Civil, otorga preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos, el cual cede, sólo frente a las inhabilidades que fijó el legislador. Y dejará de ser preferente, en aquellas específicas situaciones a favor del menor, buscando siempre la mejor alternativa para él y dejarlo bajo el cuidado de quienes a la luz de las pruebas y antecedentes, reúne las mejores condiciones integrales de vida...” (Leyes y Sentencias, núm. 1, 1 a 16 de octubre de 2005, p.59). Lo anterior se ve refrendado en la causa rol N° 168-2006,

viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, sin embargo, dicha norma fue modificada por la ley N° 20.680 del 21 de junio del año 2013. Así se indicaba también el antiguo artículo 223 del C.C. que señalaba “A la madre divorciada, haya dado o no motivos al divorcio, toca cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio. En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno u otro sexo al padre”. La única hipótesis en que operaba la regla de atribución del artículo 223 del Código Civil de 1855, como está dicho, era el divorcio de los padres. La ley nada decía respecto de situaciones de separación que ocurrían simplemente de hecho o por nulidad del matrimonio. El C.C. tampoco contemplaba una regla de atribución legal en la hipótesis de hijos no matrimoniales: el cuidado personal de estos hijos se atribuía judicialmente (Rodríguez, 2009: p.555).

La hipótesis de separación de hecho de padres unidos en matrimonio se soluciona unos años después por vía de legislación especial de menores. El artículo 24 de la Ley 14.907 de 1962 sobre protección de menores hace aplicable la regla del entonces artículo 223 a todos los casos posibles de rupturas familiares: divorcio de los padres, separación de hecho, nulidad de matrimonio e, incluso, supuestos de filiación no matrimonial (menores reconocidos o no reconocidos por sus padres). Esta norma luego es trasladada al artículo 46 de la Ley 16.618 de 1967. La Ley 19.585 de 1998 deroga esta ley (el artículo 46 de la Ley 16.618), pero no modifica el derecho sustantivo vigente (Rodríguez, 2009: p.556).

Más allá de las situaciones que la norma puede regular (nulidad, divorcio, separación de hecho, etc.) lo categórico es refrendar la idea respecto de que no sólo en la historia sino que también nuestro registro normativo se ha encargado de reflejar las “categorías” sobre las que se encasilla a la mujer, y que, independientemente de las modificaciones que se han hecho en los últimos años relativas a atribuir “por igual” dicha responsabilidad a ambos padres, la tendencia actual aún es la de otorgar el cuidado personal de los hijos a la mujer. Es preciso

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24 de noviembre de 2006 y causa rol N° 5458-2006, Corte Suprema, 4ª sala (especial), de 9 de julio de 2007.

destacar en este punto, los progresos que han tenido otras legislaciones, así, me permito traer a colación el artículo 1.671 del Bürgerliches Gesetzbuch o BGB (Código Civil Alemán) que dispone: “si los padres viven separados, ambos comparten la responsabilidad del cuidado del hijo; si ambos padres tienen el cuidado personal del hijo y viven separados.

Las feministas vienen insistiendo en que la omisión de la consideración del género como elemento articulador de la estructura familiar y su consecuencia inmediata, la sustracción de la familia de los criterios de imparcialidad que se aplican a lo público, constituyen graves defectos, tanto desde una perspectiva ética como también desde de un punto de vista metodológico. (Zúñiga, 2013: p.199). No hay que perder de vista, que esta institución se vincula estrechamente con el concepto de familia tradicional, de ahí que podamos hablar de asignación de roles que persiguen tanto al hombre como a la mujer al momento del quiebre de la relación sentimental, e incluso ante la inexistencia de la misma.

Si no es posible garantizar que la familia transmita valores compatibles con la justicia, la autonomía moral y la igualdad de los individuos, ni que sea una institución formadora de ciudadanos comprometidos con esos valores, resulta que la idea de que la familia es la base fundamental de la sociedad (explicitada por varias cartas constitucionales) se vuelve vacía. (Zúñiga, 2013: p.201). Así mientras se siga incentivando este tipo de conceptos impuestos por el sistema, tendientes a encasillar a los sexos en roles machistas y patriarcales, distorsiona el ideal de familia como cuna de ciudadanos con conciencia y valores de igualdad, es más, dicha imposición opresora atenta, incluso, con los ideales de democracia. Quienes están culturalmente dominados experimentan una opresión paradójica, en el sentido de que son señalados conforme a los estereotipos y al mismo tiempo se vuelven invisibles. En tanto seres extraños, desviados, los individuos culturalmente imperializados están marcados por una esencia. Los estereotipos los confinan a una naturaleza que con frecuencia va ligada de algún modo a sus cuerpos, y que por tanto, no puede ser fácilmente negada. Estos estereotipos permean la sociedad de tal modo que no se perciben como cuestionables. Del mismo modo que cualquiera sabe que la Tierra gira alrededor del Sol, cualquiera sabe que la gente gay es promiscua, que los indígenas son alcohólicos y que las mujeres son aptas para el cuidado de los niños. Los hombres blancos, por otra parte, en la medida en que están libres de señales de grupo, pueden ser individuos (Young, 2000: p.104). Así, el derecho de familia junto a los

organismos de servicios sociales reemplazaron en parte el dominio del marido-padre (Young, 2000: p.133).

Capítulo III: Derecho Comparado: Legislación noruega.

1. Breve reseña histórica

La lucha por la igualdad de género en Noruega posee una larga historia, es posible rastrear sus primeros atisbos hacia la década de 1830, cuando la Ley de Oficios (1839) y la Ley de Comercio (1842) permitieron a las mujeres solteras producir sus propios bienes y comerciarlos, derechos otrora reservados para hombres de cierto rango. La construcción social de la igualdad de género continuó con la conquista en 1913 del voto femenino, siendo el segundo país en Europa en establecerlo, sólo tras Finlandia (1907). Durante el siglo XX y a medida que la sociedad noruega pasó desde un esquema agrario hacia uno industrializado las mujeres poco a poco fueron desarrollando nuevos roles y conquistando espacios. Sin embargo, el proceso vería un auge a partir de la década de los 60' y 70', siendo en esta última en la que se consolidaron mayores cambios institucionales, coronados por el ascenso al cargo de Primera Ministra de Gro Harlem Bruntland en 1981, quien fue la primera –y hasta ahora única- mujer en ocupar el cargo. El simbolismo de este cambio se vio cristalizado en el segundo mandato de Bruntland (1986-89), cuando implementó el primer gabinete con paridad de género (García, 2013: p.1). Un hito importante sin duda es la promulgación Ley de Igualdad de Género que data del año 1979.

Uno de los avances más recientes e innovadores, se produjo en el año 1993, año en que Noruega introdujo la cuota de paternidad de cuatro semanas. La disposición reserva cuatro semanas del período de permiso de paternidad para el padre, con el fin de fomentar que aumente el número de padres que desempeñen un papel activo en el cuidado de los hijos durante su primer año de vida. Esas cuatro semanas no pueden cederse a la madre y se pierden si el padre no las utiliza. En Noruega, los derechos relativos al permiso parental y a la retribución compensatoria se establecen por ley. Al desarrollar el marco jurídico de este tipo de permisos, la igualdad de oportunidades ha constituido un principio rector, con vistas tanto a

promover la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, como a animar a los varones a pasar más tiempo en casa cuidando de sus hijos (OIT, 2005: p. 12).

2. Aspectos generales

La legislación noruega representa hoy, un modelo en materia de inclusión de la mujer y enfoque de género en sus políticas públicas. El Gobierno noruego lleva aplicando una política activa de promoción de la igualdad de género desde 1978. La ejecución de tal política es responsabilidad de la Unidad para la Igualdad de Género que depende del Ministerio de los Asuntos de la Infancia y la Familia, del Defensor de los Derechos en Materia de Igualdad de Género y del Centro para la Igualdad de Género. Este Ministerio es responsable, asimismo, de la política relativa a cuestiones como la atención a la infancia, permiso parental, y la conciliación entre la vida laboral y familiar. En 1978, Noruega promulgó una Ley de Igualdad de Género que prohíbe la discriminación por motivos de sexo en todos los ámbitos de la sociedad, y obliga a la totalidad de las instituciones públicas a promover la igualdad de género en todas las áreas de formulación de políticas, como el trabajo, la educación y la salud. Esta Ley se reforzó en 2002, y actualmente exige a todos los empleadores de los sectores público y privado que informe anualmente sobre la representación de las mujeres en el conjunto de sus plantillas y en los puestos de dirección de sus organizaciones. (OIT, 2005: p. 13).

En lo que respecta a las políticas de atención social, lo más importante ha sido el desarrollo gradual de una política que aborda específicamente las responsabilidades del Estado para ofrecer a las mujeres oportunidades de combinar sus obligaciones como madres y el derecho a la independencia económica. Dichas políticas incluyen la creación de un mayor número de servicios estatales de cuidado infantil, extensión de las licencias de baja por maternidad, horarios de trabajo más flexibles mediante el sistema de cálculo de tiempo trabajado, mejora de los derechos de jubilación para compensar el cuidado no remunerado de los niños y mayores beneficios para los niños de familias que no utilizan los servicios públicos de cuidado infantil. Quizás las disposiciones más novedosas sean las que garantizan el derecho del padre a compartir la licencia de baja por maternidad con su cónyuge o compañera. Desde mediados de la década de 1980 en Parlamento ha aprobado una serie de recomendaciones, planes y subvenciones para la aplicación de estas medidas, aunque ello no se ha producido necesariamente en un contexto de consenso absoluto (Skjeie, 1998: pp.263-264).

El Ministro de Desarrollo Internacional de Noruega, Erik Solheim, en la introducción del Plan de Acción para los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Género, señala: “El Gobierno quiere que Noruega sea un audaz defensor de los derechos de la mujer y de la igualdad de género. En consecuencia, los derechos, la participación e influencia de las mujeres serán el eje central de los esfuerzos de cooperación al desarrollo realizados por Noruega. Nuestro objetivo es garantizar la consecución de los derechos de la mujer establecidos en las convenciones internacionales de derechos humanos. Esto es vital para alcanzar el Objetivo de desarrollo del Milenio de la ONU de erradicar la pobreza extrema. [...] La igualdad de género tiene una relación directa con la redistribución de poder, las responsabilidades de cuidado y los recursos entre los hombres y las mujeres. La fuerza para el cambio más importante es la mujer, quien organiza y moviliza los recursos para desafiar y superar estructuras y actitudes discriminatorias en su sociedad” (Ministerio de asuntos exteriores de Noruega, 2007-2009: p.6-7).

Siguiendo este lineamiento, es preciso destacar el contenido de la norma sobre la discriminación (Ley de Igualdad de Género), mencionada en un principio, debido a su enriquecedor contenido en políticas de igualdad, así, en su Capítulo 2, Sección 5 se establece: “Norma general relativa a la prohibición de la discriminación. La discriminación de género está prohibida. Discriminación por motivos de embarazo y licencia en relación con el parto o adopción se considerará discriminación sobre la base del género. La prohibición se aplicará a la discriminación sobre la base de un hecho real de la persona, que se supone, antiguo o futuro embarazo o permiso. La prohibición se aplicará también a la discriminación sobre la base del sexo de una persona con la que la persona que es objeto de discriminación, tiene una conexión. "La discriminación" se entenderá directa e indirectamente como el trato diferenciado que no es legal en virtud de la sección 6 o la sección 7. "Trato diferencial" se entenderá un acto u omisión que tenga por objeto o efecto de que una persona es tratada peor que otras personas en la misma situación, y que es debido a las cuestiones de género”. El ordenamiento jurídico de Noruega es taxativo y completo a la hora de castigar las discriminaciones que tengan su origen en una cuestión de sexo, estableciendo, además, categorías amplias⁵ en las que pueda proceder este tipo de conductas, así, nutre una visión y una cultura abocada a proteger la

⁵ Ejemplifico: en el Capítulo 2, antes mencionado, que trata la “Prohibición de la Discriminación”, establece en tu sección 8: “Prohibición de Acoso. Acoso sobre la base de género y acoso sexual serán prohibidos. "El Hostigamiento sobre la base del género" se entenderán los actos, omisiones o declaraciones que tenga como efecto o el propósito de ser ofensivo, aterrador, hostil, degradante o humillante. "Acoso Sexual" se entenderá atención sexual no deseada, aquella que es molesta para la persona que reciba dicha atención”.

igualdad de los sexos, y promover la inclusión de la mujer en todo ámbito entregando tutela, respecto de aquellas situaciones en que, la mujer pueda verse más susceptible a los malos tratos⁶.

Para cerrar este apartado, quisiera ilustrar los índices en materia de Género de Noruega para evidenciar los adelantos que hoy lo posicionan como el país con el índice más alto de desarrollo humano, elaborado por el Banco Mundial:

- Población, total (millones): 5,08. Año 2013.
- INB per cápita, método Atlas (US \$ corrientes): \$ 102,610. Año 2013.
- Índice de recuento de la pobreza de US \$ 1,25 al día (PPA)% de la población: 0,7%. Año 2010.
- Tasa de fecundidad, total (nacimientos por cada mujer): 1.9. Año 2012.
- Proporción de mujeres empleadas en el sector no agrícola (% del empleo no agrícola total): 49%. Año 2012.
- Tasa de mortalidad materna (estimación modelado, por cada 100.000 nacidos vivos): 4. Año 2013.
- Número de semanas de licencia de maternidad: 56. Año 2009.
- Proporción de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos nacionales (%): 40%. Año 2013.

3. Cuidado Personal en Noruega

Cada año, aproximadamente entre 20.000 y 25.000 niños en Noruega se ven afectados por la separación de sus padres. Cuando ocurren estas rupturas de relaciones, los cónyuges, convivientes y parejas con hijos menores de 16 años están obligados a tener una consulta con un órgano de mediación –normalmente– una oficina de asesoramiento sobre familia. Estas oficinas deben ofrecer servicios de asesoramiento y tratamiento cuando hay dificultades, crisis o conflictos en la familia. Además de 1 hora de mediación obligatoria, también existe la posibilidad de otras seis consultas de 1 hora, y también, antes de la separación o divorcio puede

⁶ El Capítulo 5 de la Ley relativa a la Igualdad de Género se titula “Aplicación, la carga de la prueba y la imposición de sanciones” haciendo efectivo un mecanismo coercitivo en contra de aquellos que violen dicha normativa.

ser oído. El objetivo de la mediación es para que los padres puedan llegar a un acuerdo sobre la responsabilidad parental, derechos de acceso de los niños y el lugar de residencia permanente. El acuerdo deberá tener en cuenta el interés superior del niño. El informe noruego oficial NOU 2008:9 hace hincapié en la importancia de que los niños pasen tiempo con ambos padres después de la ruptura de una relación. (Rød, Iversen y Underlid, 2013: p.471-472)

En lo relativo al fundamento de dicha institución, la legislación noruega, concentra como principales valores y normas de la Ley Noruega de Bienestar de la Infancia [...] cuatro principios fundamentales: el interés superior del niño, el principio biológico, la ayuda correcta en el momento correcto y en el principio de menor infracción. El interés superior del niño es el principio fundamental que debe regir las decisiones que afectan a los niños (véase la sección 48 de la Ley de la Infancia, en la sección 4-1 de la Ley de Bienestar del Niño y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esto incluye asignar importancia a que el niño esté estable y tenga un buen contacto con los adultos y la continuidad en la atención, así como de proporcionar medidas de acuerdo con esto⁷ (Rød, Iversen y Underlid, 2013: p.473). Para el ordenamiento noruego, es fundamental y uno de los principios rectores, el interés superior del niño, aquello permite que las políticas de distribución de las responsabilidades⁸ para los hijos menores sea más equitativa, llegando incluso a la posibilidad de que el cuidado personal sea compartido por ambos padres, lo que permite un mejor desarrollo de labores, en especial de la madre, ya que históricamente, es ésta la llamada a mantener bajo a su custodia a los hijos, lo que la obliga a posponer o limitar su desarrollo personal en todo ámbito, pero en especial, repercute en el ámbito laboral.

⁷ Para la legislación noruega, es primordial que ante cualquier evento, sean estrictamente protegidos y debidamente garantizados los derechos del hijo (s) que se puedan verse involucrados, así, por ejemplo, el Capítulo 5, sección 26 de la Ley de Matrimonio de Noruega dispone: “Los cónyuges que tienen hijos de su matrimonio de 16 años de edad, en casos de separación o de divorcio de conformidad con los artículos 20 y 22 asisten a proceso de mediación antes de que el caso sea llevado ante un tribunal del gobernador del condado, (véase la sección 27). El objetivo de la mediación es el de llegar a un acuerdo en relación a la responsabilidad parental, el derecho de acceso o cuando el hijo o los hijos deberán residir de manera permanente, con el debido énfasis en lo que será la mejor disposición para el niño o los niños”.

⁸ La Ley de la Niñez viene a complementar el cuerpo normativo en materia de responsabilidad parental, de este modo, en el capítulo 5, sección 30 dispone: “Significado de la responsabilidad parental. El niño tiene derecho a la atención y consideración de aquellos que tienen la responsabilidad parental. Estas personas tienen el derecho y el deber de tomar decisiones por el niño en asuntos personales dentro de los límites establecidos por los artículos 31 y 33 Responsabilidad de los padres se ejercerá sobre la base de los intereses y las necesidades del niño”.

Los padres suelen llegar a un acuerdo sobre la responsabilidad parental, en donde el niño debe vivir permanentemente con el progenitor que tiene la custodia. Los padres también pueden estar de acuerdo en que el niño vive de forma permanente con ambos, llamado domicilio dual. La expresión "en los casos en que el niño debe vivir permanentemente" describe cual de los padres ha de vivir con el niño la mayoría de las veces (el progenitor que tiene la custodia) y el alcance de la toma de decisiones derechos de este padre. "El domicilio permanente del niño" es el lugar donde el niño vive la mayor parte del tiempo, aún cuando el niño pase hasta el 50% de su tiempo con el otro padre. El padre que tiene la custodia, tiene derecho a tomar decisiones que conciernen aspectos importantes del cuidado del niño como "la pregunta de si el niño asistirá a un centro de guardería", donde el niño vivirá en Noruega y otras decisiones principales que conciernen la vida diaria (Rød, Iversen y Underlid, 2013: p.472).

Por otro lado, independiente de las políticas aplicadas en el último tiempo, el cuidado personal, tiene influencia respecto a la fuerza laboral de las mujeres, la cual representa un bajo porcentaje, en especial, cuando los niños se encuentran en una etapa preescolar, así se explica que muchas madres de niños en edad preescolar son trabajadores a tiempo parcial o no participan en el mercado de trabajo en lo absoluto. Si interpretamos la diferencia entre el suministro de mano de obra masculina y femenina como una medida de la mujer sin explotar su potencial mano de obra para este grupo, un grupo de cerca de 50.000 personas por año están disponible para el trabajo de mercado. Al participar en diversas políticas de trabajo como estimulante de cambios, se puede estimular el flujo de las madres en edad preescolar en el trabajo mercado. Se puede argumentar que esto también es ventajoso desde una perspectiva de igualdad de género y con respeto a ayudar a las familias a salir de la trampa de situaciones de pobreza (Kornstad, Thoresen, 2006: p.340) las principales reformas según estos autores para erradicar este problema en el mercado laboral al que acceden las mujeres son la abolición de las colas de espera en el mercado en centros de atención a la infancia⁹ y reducciones en honorarios de cuidado infantil (Kornstad, Thoresen, 2006: p.340). Así ocurre que en Noruega se ha fomentado el trabajo de tiempo parcial. A pesar de que las tasas de participación son altos

⁹ Según los autores, madres que reportan solicitudes no admitidas en centros de cuidado infantil tienen una selección más limitada (de trabajos) que otros ya que no pueden elegir la atención en dichos centros (Kornstad, Thoresen, 2006: p.346).

(OCDE, 2004), hay más trabajo a tiempo parcial en Noruega que en la mayoría de los otros países de la OCDE. Este resultado se debe principalmente a la participación de las mujeres noruegas en el trabajo mercado (Kornstad, Thoresen, 2006: p.342).

En el mismo orden de ideas, el Plan de Acción para los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Género explica que la mujer representa la mayoría de los pobres del mundo. Las mujeres tienen una mayor carga de trabajo que los hombres, porque se ocupan de suministrar el alimento al hogar, ya sea cosechándolo ellas mismas o ganando el dinero para comprarlo. En varias sociedades, las mujeres son las productoras más importantes de alimento. Además, las mujeres tienen la principal responsabilidad del trabajo doméstico no remunerado y de tareas de cuidado relacionadas. Las mujeres generalmente cuentan con pocos derechos formales, por ejemplo pueden no tener derecho a la propiedad para su vivienda o negocio, y las normas informales tradicionales generalmente ignoran a las mujeres como protagonistas en el ámbito económico. Es importante garantizar que la formalización de los derechos de propiedad tenga en cuenta una perspectiva de género para impedir una mayor marginalización económica, por ejemplo, a través de la privatización de los derechos de usuario y colectivos de los que tradicionalmente las mujeres se han beneficiado. La productividad de las mujeres está limitada por un acceso deficiente a recursos en forma de herramientas, nueva tecnología, crédito, educación y capacitación, y mercados. El hecho de que no se reconozca el papel que tienen las mujeres y su potencial como protagonistas en el ámbito económico es una barrera para el desarrollo económico (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2007: p.18).

Sin duda, que los esfuerzos de implementar políticas de igualdad en la sociedad noruega, ha permitido que las barreras de diferencias entre hombres y mujeres, en especial en la fuerza laboral que representan, vaya disminuyendo. Resulta interesante destacar aquí la Ley de Beneficios en Dinero para Padres con Hijos Pequeños, que establece en su sección primera como objetivo “ayudar a los padres a pasar más tiempo cuidando a sus propios hijos, para darles una verdadera libertad de elección en cuanto en cuanto al tipo de atención para sus hijos y para lograr una mayor igualdad en las transferencias de la familia individual que recibe el cuidado de niños por parte del Estado, independientemente de los acuerdos de cuidado infantil

hecha por los padres”¹⁰. En definitiva, con esta ley se busca subsidiar por el Estado las cargas que significa la mantención de un menor, de manera de no restringir absolutamente las posibilidades de los padres, en cuanto ofertas laborales que puedan ser de su opción o, la posibilidad de optar, por cualquiera de los padres, al cuidado más extenso de los hijos entre los 1 y 3 años, sin la presión de la estabilidad económica. Además, la ley es asertiva en este punto, al señalar “la libertad” que busca la norma, y por qué no decirlo, con un claro enfoque a subsidiar a la madre, ya que es ella, la primera llamada en recibir el subsidio, por ejemplo, si ambos padres están juntos.

Capítulo IV: Paralelo entre ambos sistemas

Una de las características más discutidas de la política actual es el derecho que se atribuye el Estado a regular la vida familiar y las relaciones de género. ¿Cómo y en base a qué premisas deben los Estados organizar los derechos de los padres sobre sus hijos, dividir los bienes en un matrimonio, reconocer la posibilidad y las causales del divorcio, o permitir que una mujer elija terminar un embarazo? Históricamente, en la mayor parte de los países del mundo las leyes que regulaban estos asuntos se ajustaban a modelos religiosos y patriarcales. Las políticas estatales concedían al hombre un poder casi total sobre la familia y limitaban la capacidad de los ciudadanos para decidir en asuntos como el matrimonio y la reproducción. Como resultado del movimiento feminista, entre las décadas de los sesenta y de los noventa surgieron nuevas ideas con respecto al papel de la mujer. Al mismo tiempo, los cambios en las prácticas sociales y la consolidación de las políticas democráticas ejercieron presión sobre las leyes antiguas. Abogados, activistas feministas y políticos liberales y socialistas se organizaron para exigir la reforma de las leyes relacionada con la equidad en la familia y el divorcio; muchos de ellos, además, estaban también a favor de despenalizar el aborto. Algunos Estados introdujeron liberaciones muy importantes [...]. Otros países mantuvieron una normativa

¹⁰ Destaco: “Sección 2: Condiciones relativas al niño. El beneficio en efectivo se concede para los niños entre 1 y 3 años de edad que son residentes en Noruega y que no tienen un lugar o sólo tienen un lugar a tiempo parcial en una guardería que cuenta con el apoyo operativo del Estado, véase sección 7, párrafo tercero”. “Sección 9: El pago de la prestación en efectivo. El beneficio en efectivo se paga mensualmente por la oficina de seguridad social. El beneficio en efectivo se paga al solicitante, cf. Sección 14. Si los padres viven juntos y ambos se aplican en beneficio de efectivo, la prestación se paga a la madre”.

restrictiva, a menudo haciendo hincapié en la importancia de los modelos de género tradicionales para la integridad cultural y la identidad nacional (Htun, 2010: p.19). En Chile las leyes continúan siendo restrictivas, todavía doce años después de la transición democrática. Chile presenta una combinación curiosa de modernización económica y conservadurismo social (Htun, 2010: p.22).

Nuestro país, es un claro ejemplo de sociedad patriarcal. El sistema, la economía y la evolución natural de cada uno de sus habitantes ha estado siempre cargada de una constante y creciente opresión estructural. El machismo se encuentra inmerso en nuestras raíces, tiñendo así las luchas y reivindicaciones que nos han acompañado a la largo de la historia pero que de cierta forma, han logrado una “porción” de derechos y libertades para las mujeres, a cambio, hemos recibido normativas paternalistas que no logran nada más que agravar la situación actual. Así por ejemplo, la ley que extendió el postnatal¹¹ o la “ley amor de papá”¹², ambas no resultan más que un enunciado de buenas intenciones, porque no atienden a un fiel reflejo de nuestra realidad, no existe mayor educación al respecto, una concientización de fondo, pero por sobre todo una enfoque cultural que promueva la igual distribución de actividades, pero por sobre todo de responsabilidad de ambos padres en lo que respecta al cuidado del o los hijos, en conclusión, una redistribución de poder. No tiene mayor eficacia el hecho de que el cuidado “puede” (por consenso) ser otorgado al padre, si como ya se señaló en su oportunidad, en la praxis judicial de los Tribunales de Familia, este sigue siendo otorgado generalmente a la madre.

La dominación consiste en la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. La sociedad capitalista del bienestar crea específicamente nuevas formas de dominación. Cada vez más las actividades del trabajo y la vida cotidiana están bajo el control burocrático racionalizado, haciendo que la gente esté sujeta a la disciplina de las autoridades y los expertos, en muchos ámbitos de la vida (Young, 2000: p.132). En las formas tradicionales de dominio quienes dominan ejercen su poder de acuerdo con sus deseos, valores o fines particulares. Quien domina tiene derecho a esperar obediencia porque es soberano, y no necesita dar

¹¹ Ley número 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

¹² Ley número 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

ninguna otra razón. La administración burocrática reemplaza esta soberanía personal con el imperio de la ley y los procedimientos (Young, 2000: p.133). Aquellos que ejercen la dominación sobre los gobernados, no sólo imponen un modelo, pensamientos y valores, sino que además se encargan de congelar en el tiempo aquellos roles que se consideran los apropiados de acuerdo a cierta “moral” que ha sido impuesta y que los gobernantes se han encargado de “disfrazar” con el fin de fomentar su perpetuidad, es decir, que el hombre provee mientras, que la mujer se queda en la casa, o, que si la mujer trabaja, cuente además con una doble jornada laboral; que la madre es la “indicada” para la crianza y el cuidado; que los asuntos “importantes y trascendentales” son de preferencia de manejo del hombre. El sistema se rehúsa al cambio y a la evolución.

Tanto en Chile como en Noruega y en el Derecho Internacional en general, es reconocido el Interés Superior del Niño como máximo principio a la hora de una ruptura parental. Sin embargo, en Noruega se implementaron políticas de equidad para ambos padres respecto del cuidado de los niños, pero antes de aquello, se adoptó como política estatal la promoción de la igualdad entre todas las personas y sanción a todas las formas de discriminación por una razón de sexo, lo anterior, a través de leyes como la Ley de Igualdad de Género, Ley de la Niñez, incluso la Ley de Matrimonio, entre otras.

Si se cree que la solución es importar (de manera inmediata y sin modificaciones) dicho cuerpo normativo, como se ha hecho en varias oportunidades con leyes fundamentales para nuestro Ordenamiento, se estaría desconociendo la realidad de nuestro país y especialmente, de nuestra legislación. Un punto de partida, en efecto, sería implementar políticas gubernamentales efectivas y acertadas respecto a una educación integral en orden a la no discriminación y la igualdad de género. Expandir dichas exigencias de igualdad en todos los organismos estatales y no estatales, y por cierto contar con un sistema de sanciones en caso de verificarse una hipótesis de discriminación por razón de sexo.

No podemos hacer caso omiso a nuestra cultura inmersa en un modelo conservador y patriarcal creado para el hombre que naturaliza atentados y discriminaciones en contra de la mujer, por ejemplo, la diferencia remuneracional respecto del hombre, o la nula libertad que tiene la misma para decidir sobre si abortar o no.

A mayor abundamiento, otro punto importante lo constituye la historia de nuestro pueblo, esto por cuanto, la misma ha constituido un factor fundamental para que hoy, tengamos la sensación de poseer abismantes diferencias en comparación a la legislación noruega. Resultaría infructífero desconocer el privilegio de los países que forman parte del viejo continente, quienes cuentan con luchas, guerras y reivindicaciones de larga data, así como procesos culturales, sociales y propios de una natural evolución que conllevaron a políticas de bienestar para el correcto desarrollo de sus habitantes.

En Chile no sucede lo mismo, contamos con una legislación nueva y poco consolidada. Refrendo lo anterior, ejemplificando con normas de suma importancia y su respectivo año de promulgación: Primero, la Ley de 1989¹³ (bajo la dictadura) que le concede a la mujer la capacidad civil plena; luego, recién con la Ley del año 1998¹⁴ se otorga la patria potestad compartida a las madres (Htun, 2010: p.27), y ya no, exclusivamente al padre. Podemos agregar aún más, recién el año 2004 con la Nueva Ley de Matrimonio Civil¹⁵ se incorporó el divorcio y la posibilidad de volver a contraer matrimonio; y por último, una de las más actuales ya mencionada, la reciente modificación del año 2013 del artículo 225 del Código Civil que en su antigua redacción, le otorgaba preferencia a la madre para el cuidado de los hijos en caso de separación¹⁶.

El modelo Noruego, constituye una gran innovación en materia de género, por lo mismo, se posiciona como el primer país con más desarrollo en este punto (y en general), introduce temas como el domicilio dual, cuota de paternidad, trabajo de tiempo parcial, entre otros. En mi opinión Chile debería enfocar las futuras reformas y planes de desarrollo con miras a las políticas noruegas e implementar, lo antes posible, un sistema de sanciones para las discriminaciones de género.

¹³ Ley 18.802 que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 16.618.

¹⁴ Ley 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

¹⁵ Ley 19.947 que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil.

¹⁶ Ley número 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

Conclusiones.

1. Chile, a pesar de su economía liberal, se constituye como un país conservador, se distingue de la mayoría por contener en su seno valores morales retrógados y restrictivos de libertades y derechos a sus ciudadanos. Así, su sociedad, al paso de los años, conserva el dominio del patriarcado y una legislación creada para el hombre. Dicha legislación se ha caracterizado por ser reaccionaria en el tiempo, como respuesta a las exigencias y constantes protestas de cambio de sus habitantes; en el caso puntual, destaco la lucha de las mujeres por eliminar normas, frases o vestigios de una cultura machista contenida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

2. Sin duda, y en concordancia con lo anterior, se han creado distintas normas e implementado políticas gubernamentales que han buscado el cambio para lograr la equidad de los géneros, sin embargo, en mi opinión, dichas implementaciones o modificaciones no han obtenido el resultado esperado puesto que se trata de un imposición que resulta ajena y muy lejana a un cambio estructural, cultural y social.

3. Noruega es uno de los países más desarrollados del mundo. El primero en igualdad de género. La propuesta que me permito plantear, es que el desarrollo futuro de nuestro país en esta materia, sea generado con miras a los procesos adoptados por el país del viejo continente, apelando a la transformación social, con el fin de generar una base de educación y respeto que resulte armónica con el contenido normativo.

4. Como forma de acelerar lo anterior, resulta necesario generar una sistema de sanciones que disminuyan los altos índices de discriminación en nuestro país por razones de sexo, extendida a al ámbito público y privado ampliamente considerado.

5. No es suficiente una importación legislativa de estas materias cuando nos enfrentamos a realidades diametralmente opuestas, pero por sobre todo, con un contenido histórico diverso. Noruega inició un procedimiento de transformación a partir de 1830, mientras que en nuestro país, la ley que en cierto sentido, marca un hito para las modificaciones a favor de la mujer se produce recién en 1989. Noruega ha seguido un largo camino de reformas y perfeccionamientos para posicionarse en dichos índices mundiales, pero no por aquello, debemos quedarnos atrás en la búsqueda de la abolición absoluta de la explotación, violencia y discriminación de género.

Bibliografía.

Libros:

1. Di Stefano, Christine; Friedman, Marilyn; Jaggar, Alison, et al. (1996): *Perspectivas feministas en teoría política*, N° 1, Paidós, Barcelona (Compilado por Carmen Castells).
2. Lathrop Gómez, Fabiola (2005): *Cuidado personal de los hijos, Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, PuntoLex S.A., Santiago, Chile.
3. López Díaz, Carlos (2007): *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo II, 4ta. Edición, Librotecnia, Santiago, Chile.
4. Nussbaum, Martha (2002): “*Las mujeres y el desarrollo humano*”, N°2, Herder, Barcelona (traducido por Roberto Bernet).
5. Mala Htun (2010): “*Sexo y Estado*”. Aborto, Divorcio y Familia bajo dictaduras y democracias en América Latina. Ediciones Universidad Diego Portales, Chile. (Traducido por Marcela Dutra).
6. Young, IrisMarion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Madrid (traducido por Silvina Álvarez).
7. Zúñiga Añazco, Yanira (2013): *Igualdad y diferencia en la teoría feminista: el debate conceptual sobre la justicia, la familia y la diversidad*, en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*, N° 1, LOM Ediciones, Chile (editado por Fernando Muñoz León).

Artículos:

8. Rodríguez Pinto, María (2009): “*El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia*” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3, pp. 545 – 586.
9. Álvarez Silvina, Beltrán Elena, y Sánchez Cristina: “*Feminismo liberal, radical y socialista*”, en Beltrán, Elena y Maquieira, Virginia (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid, 2001, pp. 107 y ss.)
10. Rød, Iversen y Underlid, (2013): “*The child welfare service’s assessments in custody cases that involve minors* *European Journal of Social Work*”, Vol. 16, No. 4, 470-488.

11. Tornstad, Tom; Thoresen, Thor O. (2006): “*Effects of Family Policy Reforms in Norway: Results from a Joint Labour Supply and Childcare Choice Microsimulation Analysis*” vol. 27, no. 3, pp. 339–371, Blackwell Publishing Ltd, USA.

Normas:

12. Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones, de fecha 14 de enero a 1 de febrero del año 2013.
13. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, del 7 al 22 de noviembre del año 1969.
14. Ley de Matrimonio (Noruega), Ministerio de los niños, de la igualdad y la Inclusión Social, 1991-07-04 N° 47: Entrada en vigor: 01-01-1993.
15. Ley relativa a la Igualdad de Género, Ministerio de los niños, la igualdad y la Inclusión Social, Noruega. Disponible en: <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/acts/the-act-relating-to-gender-equality-the-.html?id=454568> Fecha última consulta: 25 Septiembre de 2014.
16. Ley de Beneficios en Dinero para Padres con Hijos Pequeños, Ley N° 41 del 26 de Junio de 1998. Ministerio de la Infancia, Igualdad e Inclusión Social, Noruega. Disponible en <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/acts/Cash-Benefit-Act.html?id=448404> Fecha última consulta: 28 de Septiembre de 2014.
17. Ley de la Niñez, Ley N°7 del 8 de abril de 1981. Relativa a los niños y padres de familia, Noruega. Disponible en <http://www.regjeringen.no/en/doc/laws/acts/the-children-act.html?id=448389> Fecha última consulta: 28 de Septiembre de 2014.
18. Ley N° 19.968 del Año 2004, que crea los Tribunales de Familia.
19. Ley N° 18.802 del Año 1989, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 16.618.
20. Ley N° 19.585 del Año 1998, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.
21. Ley N° 19.947 del Año 2004, que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil.
22. Ley N° 20.545 del Año 2011, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

23. Ley N° 20.680 del Año 2013, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

24. Ley N° 16.618 del Año 1967, que fija el texto definitivo de la Ley de Menores.

Jurisprudencia:

25. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Caratulado “Poblete/Bravo”.

26. Recurso de Protección presentado ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, (2014): Caratulado “Abboud Goro Shmes en su favor y a favor de su hijo Antonio Robinson Goro Koussa contra de la juez del Juzgado de Familia de Puerto Varas doña Alejandra Sepúlveda Gloor”.

27. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (2006): Rol N° 168-2006.

28. Sentencia de la Corte Suprema (2006): Rol N°5458-2006.

Documentos Electrónicos:

29. Organización Internacional del Trabajo. OIT. (2005): “*Trabajo*” Revista de la OIT, “*El trabajo forzoso en la actualidad*” N°54, Ginebra. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080715.pdf Fecha última consulta: 26 Septiembre 2014.

30. Hege Skjeie (1998): “*El dogma sobre la diferencia. Mujeres en el Parlamento noruego*” en *Mujeres en el Parlamento. Más allá de los números*, N°2, Bulls Tryckeri AB, Halmstad Suecia, Estocolmo, Suecia (traducido al español por Ana Victoria Soto). Disponible en: http://www.parlamento.gub.uy/parlamenta/descargas/BIBLIOGRAFIA/M%C3%A9ndez%20Montalvo%20y%20Ballington_2002.pdf Fecha última consulta: 27 Septiembre 2014.

Otros:

31. Ministerio de asuntos exteriores de Noruega (2007-2009 extendido para el periodo 2010-2013): “*El plan de Acción para los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Género*”, Impreso por Departementenes servicesenter, Noruega.

32. El Banco Mundial: Datos y Estadísticas en Igualdad de Género. Disponible en <http://datatopics.worldbank.org/gender/country/norway>. Fecha de última consulta: 12 de Diciembre de 2014.
33. García Arantzazu (2013): “*Informe sobre igualdad de género en Noruega*”, Página web: <http://haymujeres.cl/informe-sobre-la-igualdad-de-genero-en-noruega/>. Fecha de última consulta: 12 de Diciembre de 2014.