

---

**políticas sociales**

**L**egislación comparada  
en materia de familias.  
Los casos de cinco países de  
América Latina

Flavia Marco Navarro



NACIONES UNIDAS



División de Desarrollo Social

Santiago de Chile, septiembre de 2009



Este documento fue preparado por Flavia Marco Navarro, consultora de la División de Desarrollo Social, bajo la supervisión de María Nieves Rico, Oficial de Asuntos Sociales de la misma división de la CEPAL, en el marco de las actividades de la Asociación CEPAL-UNFPA: "Género, Población y Desarrollo" (proyecto RLA/6P41A-componente: Estructuras Familiares en América Latina y el Caribe).

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de la autora y pueden no coincidir con las de la Organización.

---

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN versión impresa 1564-4162      ISSN versión electrónica 1680-8983

ISBN: 978-92-1-323335-1

LC/L. 3102-P

N° de venta: S.09.II.G.84

Copyright © Naciones Unidas, septiembre de 2009. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

---

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

## Índice

---

<b>Resumen</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	7
<b>I. Una mirada a las familias</b> .....	9
<b>II. Legislación específica en materia de familias</b> .....	13
A. Las definiciones de familia .....	15
B. Objeto y principios rectores de las legislaciones .....	16
C. Matrimonio, uniones de hecho y divorcio.....	18
D. Obligaciones del Estado .....	27
E. Deberes atribuidos a las familias y sus integrantes .....	28
F. Reconocimiento de la paternidad y la maternidad .....	31
<b>III. Legislación laboral referente a las familias</b> .....	35
A. Disposiciones para los trabajadores con responsabilidades familiares .....	36
1. Licencias maternales.....	36
2. Excedencia.....	37
3. Licencias paternas.....	38
4. Licencias parentales u otras para el cuidado de familiares dependientes.....	39
5. Protección a la maternidad y la paternidad.....	40
6. Guarderías.....	41
7. Hora de lactancia .....	42
8. Asignaciones familiares y otras prestaciones .....	43
B. Estado de cumplimiento de la normativa .....	44
<b>IV. Legislación de protección a la niñez</b> .....	47
A. Protección del patrimonio de los menores .....	48

B. Obligaciones de los niños, niñas y adolescentes .....	48
C. Cambios en la concepción del niño y la niña y en la protección de sus derechos.....	49
1. Obligaciones del Estado y de las familias .....	52
D. Institucionalidad .....	54
E. Una aproximación al cumplimiento de la normativa de derechos.....	56
<b>V. Políticas en que se enmarcan las legislaciones.....</b>	<b>61</b>
<b>VI. Hacia legislaciones y políticas más garantistas e incluyentes.....</b>	<b>67</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>73</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>77</b>
<b>Serie Seminarios y conferencias: números publicados.....</b>	<b>81</b>

## Resumen

---

Las legislaciones tradicionalmente han definido a las familias y señalado sus requisitos, dejando fuera de tal categoría a una serie de uniones humanas de convivencia. A pesar de que desde las estadísticas, las políticas públicas, y en menor medida también desde las leyes, se ha avanzado bastante en el reconocimiento y legitimación de diversos tipos de familias, persiste la negación de otras categorías, como son, por ejemplo, las conformadas por parejas homosexuales.

También desde los ordenamientos jurídicos se ha atribuido siempre a las familias un importante rol en el funcionamiento de las sociedades, papel en buena parte caracterizado por responsabilidades de cuidado. Sin embargo en este contexto, desde las ciencias sociales, el derecho y las políticas públicas, hablar de familias es un eufemismo para referirse a las mujeres como responsables de los trabajos de cuidado de las personas necesitadas del mismo, generalmente conocidas como dependientes.

Los países abordados en este estudio –Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Venezuela– dan cuenta de la variedad de formas de sistematización legal en materia de familias y de los matices en la evolución del Derecho de Familia como una rama autónoma del Derecho, de carácter protector y garantista.

En las leyes latinoamericanas referentes a las relaciones familiares se abordan los tópicos propios de estas normas –tales como las obligaciones de sus miembros entre sí, sus derechos y requisitos para ejercerlos–, disposiciones contenidas en un capítulo especial de los Códigos Civiles o en Códigos de Familia según sea el caso; por tanto quedan fuera de este documento otras regulaciones que también

se refieren a las familias pero que están en otras leyes y componen campos propios de estudio como son las referidas a la sexualidad o a la violencia de género.

En términos muy generales y sintéticos, pues hay importantes diferencias entre los países, puede sostenerse que las legislaciones sobre familias son bastante conservadoras y atribuyen significativas responsabilidades a sus miembros, obligaciones para las que luego las legislaciones laborales para trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares no brindan ni medios ni facilidades para cumplir.

Las legislaciones de protección de los niños, niñas y adolescentes figuran en este panorama como las más garantistas y con enfoque de derechos. Se trata de normas en las que se establecen importantes funciones para las familias, para asegurar el goce de una serie de derechos de los menores de edad, pero también –finalmente– los Estados figuran con un rol notable en la materialización de estos derechos. Lamentablemente, como puede suponerse y al igual que en otras materias, entre la consagración legal y su ejecución hay una distancia considerable, una brecha entre la estipulación de jure y la situación de facto, entre otras causas por las deficientes políticas destinadas a las familias, que también son revisadas someramente.

## Introducción

---

La familia, en tanto institución social, regula, y por lo tanto afecta los comportamientos en materia de, la sexualidad, los patrones matrimoniales, la conyugalidad y la fecundidad. También está cruzada por los patrones de divorcio y separación y por las normas de transmisión inter-generacional de capital social y económico. A su vez, todas estas regulaciones toman cuerpo en las reglas del sentido común y en el derecho, que son al mismo tiempo reflejo y guía de las prácticas sociales (Jelin, 2005).

El derecho además de ley, doctrina, jurisprudencia, es un discurso social, que tiene las funciones generales a todos los discursos y otras específicas (produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos) que expresan los niveles de acuerdo y conflicto de una sociedad. El derecho es un todo coherente que da seguridad y confianza, o debería darlas; cada vez que dice que algo está prohibido o permitido, revela donde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad. El derecho legitima. La parte más oculta y negada del discurso jurídico, es la que revela prejuicios, mitos y creencias del imaginario social sin el cual el discurso se torna inoperante (Ruiz, 2000). Ejemplos de ello son los supuestos sobre el carácter secundario del salario femenino y sobre la estructura y división de papeles al interior de la familia nuclear, concebidos como modelos y reglas generales subyacentes en las leyes de familia.

Si bien el derecho define espacios de igualdad y protección también legitima desigualdades y exclusiones, pudiendo actuar como factor de inmovilismo social, como de hecho ha sucedido en materia de familias, también puede ocupar un rol de cambio; pero para que ese

papel de propiciador de cambios opere, debe haber conciencia de que muchas veces las normas jurídicas están reproduciendo las desigualdades sociales, que están discriminando, es decir, debe haber una demanda social por cambios legales. También el derecho puede actuar como factor de cambio cuando las modificaciones legales van acompañadas de una campaña de creación de conciencia en la sociedad.

Las leyes de familia, tradicionalmente ancladas al Derecho Civil, mayormente de orientación conservadora y de más de cincuenta años de vigencia, rigen formalmente las relaciones de los miembros de familias en proceso de transformación y afectan sustantivamente los cambios que en ellas y desde ellas se producen.

Uno de los cambios más importantes en la transformación de las familias es el paso de su carácter totalizante al diseño cada vez más nítido de los intereses del individuo por sobre los familiares. Cambios mediante, la familia sigue siendo construida por la sociedad, que en gran parte es fruto de la acción del Estado moderno y cuyos cambios están asociados a la transformación de las políticas de producción de bienestar y de protección social (Valdés, 2005), que a su vez se materializan en la legislación.

Los países abordados en este estudio –Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Venezuela– dan cuenta de la variedad de formas de sistematización legal en materia de familias y de los matices en la evolución del Derecho de Familia como una rama autónoma del Derecho que se va desprendiendo del Derecho Civil, de carácter protector y garantista.

El documento presenta primero un panorama de los cambios en la composición y dinámicas familiares en América Latina, así como de los procesos sociales que impactan en éstas, tales como la pérdida de centralidad del empleo y la migración. Este panorama da igualmente cuenta de los avances en visibilizar los diversos tipos de familias, pero también de persistentes exclusiones desde las estadísticas, las ciencias sociales, las políticas públicas y sobre todo desde las leyes.

A continuación se revisan las legislaciones específicas sobre familias, empezando con una breve mirada a la evolución de las regulaciones de las relaciones familiares, para abordar luego la definición de familia y los principios rectores establecidos en los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel constitucional como de leyes, y después instituciones como el matrimonio y otras normas derivadas del mismo, como regímenes de divorcio, tenencia de hijos y de pensiones alimenticias. Dentro de la legislación de familia se analizan las obligaciones que se atribuyen a los Estados, así como las responsabilidades que se asignan a las familias y las normas de reconocimiento de paternidad.

Posteriormente, el tercer apartado del estudio se dedica a la legislación laboral para trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares; y el cuarto capítulo a las legislaciones de protección a los niños, niñas y adolescentes, deteniéndose en sus derechos y el rol de las familias y los Estados al respecto. Luego se revisan algunas áreas de las políticas dirigidas a las familias y por último se presentan conclusiones y recomendaciones en pos de políticas y legislaciones más garantistas e incluyentes.



## I. Una mirada a las familias

---

“La familia es la célula básica de la sociedad”. Cuantas veces se ha escuchado y leído esa frase, que refiere a la familia en singular; a una familia nuclear, heterosexual, conformada por padre, madre y los hijos comunes de ambos. Esta frase ha estado reiteradamente en los ordenamientos jurídicos, incluso a nivel constitucional. De esta manera se invisibilizaba y deslegitimaba a los otros tipos de familias, que quedaban fuera de la norma y hasta eran consideradas disfuncionales.

La frase citada también dice que la familia cumple un rol primordial para el funcionamiento de las sociedades. Ahora se reconoce que las familias adoptan distintas formas, y que todas tienen en común el cumplir funciones relevantes.

En efecto, de las familias se demandan contribuciones en los modelos de salud comunitaria, familiar y otros modelos de atención; en la educación y formación de niños, niñas y adolescentes; la prevención de la delincuencia juvenil; la nutrición infantil; y la lista podría seguir. Todas estas responsabilidades que se atribuyen a las familias desde los medios de comunicación, las políticas públicas y las instituciones de la sociedad civil se refieren al cuidado.

En las familias se realiza de manera no remunerada el cuidado de la niñez, las personas mayores, enfermas y en alguna medida de todos y todas. También en este espacio se llevan a cabo una serie de labores domésticas que son independientes del cuidado pero que le son necesarias y funcionales. Cuidar es alimentar, criar, curar, atender, educar; es hacerse cargo de las necesidades cotidianas de otras personas.

Y de acuerdo a lo dicho, se pretende que sean las familias las que cuiden, pero a su interior ¿quién lo hace?

Debido a una asignación cultural vinculada con la división sexual del trabajo, quienes cuidan a la niñez, la ancianidad, las personas enfermas y a otros adultos –sobre todo hombres– son las mujeres. Entonces, cuando de cuidado se trata, hablar de familias es un eufemismo. En realidad quienes demandan responsabilidades a las familias se están refiriendo mayormente a las mujeres. Ello en circunstancias en que las latinoamericanas están masivamente insertas en el mercado laboral desde hace ya más de tres décadas.

Las mujeres entonces son cuidadoras no pagadas y proveedoras, mientras que los varones ya no son siempre proveedores o lo son de manera parcial, pues comparten este rol con sus parejas femeninas. Ello ha generado conflictos al interior de la propia familia, que se manifiestan en la escasez de tiempo libre que es motivo de peleas o en la competencia entre los miembros de la pareja. En el plano psicosocial, genera conflictos en la socialización del rol sexual, pues los roles aprendidos por cada sexo no coinciden con el desempeño cotidiano de los mismos (Sunkel, 2006); así las mujeres se sienten malas mujeres por no criar con el tiempo suficiente, y los hombres poco hombres al tambalear su masculinidad por flaquear o derrumbarse uno de sus pilares cual es el ser proveedor principal o exclusivo.

Un estudio realizado en Chile (Valdés y otras, 2005), muestra que la distancia entre el deber ser (buena madre o buen proveedor) y la realidad genera una alta dosis de culpabilidad expresada en alguna medida como fatalismo. Ello en un contexto en que las representaciones que tienen las mujeres sobre su familia corresponden a una cultura igualitaria y relativamente democrática –interpelando las relaciones entre los géneros y generaciones– en todos los estratos socio-económicos, pero algo menos democrática en los de menor ingreso y educación, debido a la continuidad de mayores grados de machismo y autoritarismo. Además, en la clase alta la ruptura más significativa es la idea de individuación de mujeres y varones, que se traduce en igualdad, mientras que en todos los grupos socio-económicos las nuevas formas de asumir y ejercer la paternidad dan contenido a las ideas de cambios y democracia en la familia.

No obstante lo expuesto, tanto para hombres como para mujeres el carácter tradicional y conservador de las familias pervive, mientras que la democracia y la igualdad se instalan. Por lo mismo, a pesar de las representaciones progresistas de la familia, en las mismas representaciones conviven rasgos de la familia tradicional y conservadora en todos los grupos sociales.

Por su parte, los datos de opinión promedio para América Latina, provenientes del Latinobarómetro, revelan que el nivel de instrucción hace la diferencia en cuanto a las continuidades y rupturas en materia de percepciones respecto de los roles al interior de la familia, y a mayor nivel educacional mayor es el rechazo a la frase “es mejor que la mujer se concentre en el hogar y el hombre en el trabajo”. Además, el rechazo a esta forma de conservadurismo es mayor entre las mujeres (Rico, 2008).

Este carácter tradicional de la familia –con sus roles de género y generacionales, estructuras y mandatos, que están cambiando a pesar de las resistencias– responde a la idea de una “familia patriarcal”. En este contexto, la familia ha sido entendida como un espacio de amor, cooperación y cuidado, pero ahora sabemos que es también un espacio de poder, de abuso de poder e incluso de violencia. Como parte de esas relaciones de poder que se ejercen en la familia existen desiguales distribuciones de recursos, de capacidad de negociación y también de trabajos y responsabilidades, por ello las mujeres son con frecuencia las cuidadoras no pagadas, las víctimas de violencia, las que carecen de autonomía económica.

La familia está formada por relaciones conyugales, filiales y fraternales, así como por interacciones entre personas que no teniendo vínculos de parentesco crean cotidianamente condiciones de existencia, compartan o no una misma residencia (Martínez, 2008).

Los avances en la categorización de las familias contribuyen a dar cuenta de su diversidad. Se distinguen así las familias: nucleares (padre, madre o ambos con o sin hijos), extendidas (padre,

madre o ambos con o sin hijos y otros parientes) y compuestas (padre, madre o ambos con o sin hijos, con o sin otros parientes y otros no parientes). Además, las familias pueden ser monoparentales (con un solo padre, habitualmente la madre) o biparentales (Arriagada, 2002). Las familias biparentales nucleares con hijos representaban en el 2004 un 42% (CEPAL, 2006), lo que esta información no permite identificar es cuantas de estas familias son casadas legalmente o se encuentran en unión libre, y si son primera unión o son familias reensambladas.

Entre 1990 y 2005, los principales cambios experimentados en América Latina en esta materia fueron: una reducción de las familias nucleares (de 63 a 61%) debido sobre todo al aumento de los hogares no familiares; una disminución de las familias nucleares bi-parentales con hijos, lo que obedece al incremento de los hogares monoparentales con hijo y jefatura femenina, que a su vez constituye el tercer cambio más importante en estos quince años; una leve reducción de las familias extendidas, del 23 al 21%, mientras que las compuestas alcanzan tan solo al 2%; y un aumento de los hogares no familiares, de 11 a 14%, lo que responde en gran parte al incremento de hogares unipersonales, tanto por el aumento de personas mayores que viven solas –dada la mayor expectativa de vida– como por la influencia ejercida por los procesos de individuación propios de la modernidad, fenómenos que se observan con gran fuerza en Uruguay y en el Gran Buenos Aires (Arriagada, 2007).

Además han sido identificadas cinco etapas por las que transitan las familias: 1) la relativa a la pareja joven sin hijos; 2) el ciclo de inicio de la familia, cuando empiezan a nacer los hijos; 3) la fase de expansión o crecimiento en la que éstos tienen 12 años y menos; 4) la de consolidación y salida, cuando los hijos menores tienen 13 años y más; y 5) la pareja mayor sin hijos (Arriagada, 2004). En el promedio de América Latina para el año 2002 la mayor proporción de las familias (el 36%) se encontraba en fase de consolidación y la siguiente etapa en importancia era la de salida. Es este último caso el que más ha crecido debido a la transición demográfica avanzada que experimentan algunos países; justamente Argentina, junto con Uruguay, son los que mayor peso han ejercido en el fenómeno y en el promedio mencionado (Arriagada, 2007). De otra parte, resulta notable la disminución del tamaño de las familias, aunque con importantes diferencias entre niveles socio-económicos y entre países debidas a las distintas tasas de fecundidad. Así, los países abordados en este estudio dan cuenta de la diversidad en este sentido<sup>1</sup> y mientras Bolivia tenía el año 2005 un promedio de fecundidad de 3,9 hijos por mujer, la República Bolivariana de Venezuela tenía 2,7, Colombia 2,6, Argentina 2,4 y Chile 2,0.

No obstante los progresos en visibilizar las distintas situaciones familiares, aun hay realidades que permanecen ocultas a la sociedad, las estadísticas, las políticas públicas, la legislación y las ciencias sociales. Tal es el caso de las familias formadas por una pareja homosexual, con o sin otros miembros adicionales a la pareja, o las familias reensambladas para las que si bien existe reconocimiento aún no se aborda su complejidad en profundidad. Esta invisibilidad se ve potenciada por el hecho de que buena parte de estas parejas debe mantenerse en la clandestinidad, por temor a la sanción social y familiar, y porque en otras ocasiones la relación de pareja homosexual se da sin convivencia debido a la existencia paralela de otra familia heterosexual en otra residencia. Este paralelismo es otra manifestación del mismo fenómeno: la sanción social y familiar que padecen las parejas homosexuales y tiene relación con las variadas formas de discriminación que experimentan los gays y lesbianas y que no siempre son percibidas como tales.

---

<sup>1</sup> Con datos del CELADE, disponibles en línea: [www.cepal.org/celade](http://www.cepal.org/celade)

De todas formas es innegable el avance en la categorización y legitimación de las diversidades familiares, y junto con ello se evidencian fenómenos que han ido haciéndose más y más comunes, como separaciones, divorcios, aumento de la esperanza de vida, una mayor autonomía femenina. También hay cambios en los procesos sociales que han tenido notables impactos en las familias. Tal es el caso de la migración, que ha reeditado la importancia de las familias extendidas, y que junto con la informalidad hacen frente a las presiones e insuficiencias de los mercados laborales y determinan dinámicas propias para las relaciones y cotidianidad familiar. La migración también ha dado cuenta de nuevas diferencias entre hogares y familias, pues hay responsabilidades familiares cubiertas por miembros que no comparten el hogar.

Además, la pérdida de centralidad del empleo<sup>2</sup> ha ejercido su peso en las familias y sus dinámicas. En efecto, hoy se cuestiona la centralidad del trabajo remunerado en la integración social, creciendo la tensión entre su centralidad simbólica y su carácter escaso y discontinuo. Estos cambios ocurren en sincronía con las modificaciones en las estructuras familiares ya mencionadas, pero la crisis del modelo tradicional de familia no sólo se relaciona como es obvio con la crisis del trabajo, sino con la modernidad y la modernización de las relaciones, donde destacan la emancipación de la mujer, la velocidad del cambio entre generaciones y la normalización de las rupturas matrimoniales (Hopenhayn, 2007).

Sin embargo, de acuerdo a lo dicho, la crisis de paradigma del empleo tiene también su influencia. El desarraigo y la pérdida de sentido de pertenencia pueden trasladarse a la familia o bien encontrar en ésta un espacio de contención; la pérdida del empleo como generador de derechos sociales y eje de la ciudadanía puede cargar más a la familia con demandas de reconocimiento; la inestabilidad y discontinuidad laboral pueden bien trasladarse a la familia, influyendo en la valoración de la duración de las relaciones de pareja o familiares, o bien proyectar a la familia como depositaria de continuidad; y los cambios en los roles de género asociados a modificaciones en el mercado laboral, como el fracaso del rol de proveedor del varón, pueden generar frustraciones que sean volcadas en la familia o también que sean contenidas por ésta, pero que en todo caso cambian las dinámicas familiares por exigir el trabajo pagado de otros miembros de las familias (Hopenhayn, 2007). De hecho, esta última situación se ha comprobado en diversas ocasiones, tal es el caso de un estudio en la ciudad boliviana de El Alto (Marca y López, 2006), que muestra tanto el desempleo masculino como una de las causas de la violencia de género, como las cuantiosas estrategias que desarrollan las mujeres para solventar ellas solas, aun teniendo pareja masculina, los gastos del hogar.

Si antes la familia era el soporte del sistema productivo mediante la división de actividades y funciones, en la actualidad es precisamente esta división la que se constituye en un importante obstáculo para las exigencias de producción individual, generando fuertes conflictos entre la vida familiar y laboral. Ello en un contexto en que el núcleo familiar sigue siendo un soporte básico en las relaciones afectivas, la construcción de la identidad subjetiva y en la socialización, a pesar de que sobre las familias pesan múltiples exigencias adaptativas, entre ellas las derivadas de las dificultades para el ingreso y permanencia de sus miembros al mercado laboral (Arriagada, 2005).

---

<sup>2</sup> El cambio paradigmático no se refiere sólo a la menor centralidad del empleo en el ordenamiento de las relaciones sociales, sino también a los cambios ocurridos dentro del propio mundo laboral, tales como la “deslocalización” de procesos, producción de partes, trabajo de grupo, gestión compartida.

## II. Legislación específica en materia de familias

---

El Derecho de Familia se circunscribió en sus inicios a la esfera civil, y consecuentemente las legislaciones que regulaban las relaciones, derechos y obligaciones de los miembros de las familias entre sí se encontraban en los códigos civiles. Actualmente aun gran parte de estas disposiciones están en estos cuerpos legales, como un capítulo especial que refleja una posición propia del derecho de familia en el derecho privado, pero también hay leyes específicas de familia, de filiación o de otros aspectos como matrimonio civil, así como códigos de familia. Los países abordados en este estudio dan cuenta de esta diversidad de formas de sistematización legal y de abordajes para la regulación y protección de las familias.

La codificación específica del Derecho de Familia responde a que sus relaciones pasaron a considerarse como pertenecientes al ámbito de los derechos humanos y a las demandas de los movimientos de mujeres para eliminar distintas formas de discriminación que existían en las normas, dotando de una nueva naturaleza jurídica al Derecho de Familia (Acosta, 2007). Sin embargo también hay casos más azarosos en este desarrollo hacia la codificación específica, tal es el del estado Plurinacional de Bolivia que tiene un Código que resultó pionero para su época, pues data de 1972, que ya otorgaba una nueva naturaleza jurídica a esta rama del derecho y que fue promulgado a iniciativa del Presidente de facto Hugo Banzer y por tanto como Decreto Ley, que años más tarde sería elevado a rango de ley y que junto con disposiciones “de avanzada” contiene otras sustraídas del Código Civil italiano de Mussolini, notoriamente conservadoras y sexistas.

En las disposiciones legales que se analizan coinciden las significaciones de público y privado del derecho y del sistema de género dominante. En el primero, el Derecho Privado, es el que regula las relaciones de personas naturales o jurídicas entre sí, mientras que el Derecho Público regula los vínculos entre el Estado y las personas particulares o entre instituciones estatales. Para el sistema de género dominante el mundo privado alude al espacio familiar, doméstico, mientras que el público a la política, el mercado del empleo. En este caso, también tradicionalmente han coincidido los mandatos de ambos sistemas –el jurídico y el de género– impidiendo que el Estado se involucre en relaciones consideradas privadas. Eso sí, cuando conviene a ambos sistemas, ya que el Estado como es sabido hasta hace poco no debía intervenir ante la violencia de género operada en la familia, pero sí el marido podía pedir que el Estado intervenga, mediante un juez, para prohibir a su esposa el ejercicio de su profesión y oficio, cuando él considerara que estaba obstaculizando sus *deberes de mujer* en el hogar.

Por supuesto esta división del sistema de género se plasma en innumerables escenarios tales como las políticas públicas e incluso en los sistemas económicos, ya que ha sido sumamente funcional al sistema capitalista. También ha estado en la base de los Estados de Bienestar, pues precisamente garantizaba cierta producción de bienestar y de cuidado sin costo, a cargo de las mujeres en el mundo privado. Por ello los estudios de género han pretendido desde sus inicios romper esta dicotomía entre público y privado, trazada de manera tajante por el sistema patriarcal, mostrando los nexos e intersecciones que hay entre ambos espacios y el carácter artificial de sus fronteras.

Las reivindicaciones feministas y de los estudios de género respecto de la entrada del Estado en el espacio considerado privado, es decir el familiar, se vieron potenciadas por la Conferencia y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, que marcó un hito en esta materia a partir del establecimiento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; de manera que si los derechos de las mujeres son transgredidos en el espacio familiar, difícilmente podrán ejercer otros derechos fuera de este ámbito.

Las regulaciones de la familia pertenecieron siempre al derecho privado y en la región estuvieron influenciadas por el Código Napoleónico (1804), que contenía instituciones como la potestad marital, resumida por Bonaparte a su Consejo de Estado de la siguiente manera: “la naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas” (Morales, 1990). La dependencia jurídica de las mujeres las ha hecho históricamente subordinadas y especialmente vulnerables a la dominación masculina. Esta dependencia se manifestaba ya en el Derecho Romano en la patria potestad y en la potestad marital o la *manus*; la primera le otorgaba al *páter* familia, el varón, poderes sobre la persona y bienes de sus hijos e hijas, la segunda, un poder absoluto sobre la esposa. El derecho siguió considerando incapaz jurídicamente a la mujer durante el medioevo y, según se comentó, durante la influyente era napoleónica (Ruiz, 2003).

En Argentina por ejemplo la patria potestad, que incluía facultades maritales, pues las mujeres estaban sujetas a sus maridos en distintas áreas de su vida, se modificó recién en 1985 (Jelin, 2005). En Bolivia, hasta hace un par de años subsistían normas que eran una clara aplicación de la potestad marital, como se verá más adelante. En Chile, la autoridad jurídica del padre y marido se limitó a partir de cambios relativamente recientes en la legislación, tales como la ley de violencia intrafamiliar, la nueva ley de filiación y el cambio en la potestad marital. Junto con la limitación de esta autoridad masculina el modelo de familia moderno-industrial protegido por el Estado de Bienestar fue perdiendo su soporte institucional y material desde hace más de tres décadas. Las reformas estructurales en el modelo económico, la flexibilización del mercado laboral y la inseguridad que acarreo, fueron desdibujando el rol de proveedor del varón (Valdés y otras, 2005), a tiempo que las mujeres entraban masivamente en el mercado laboral. Este cambio de roles se dio también en otros países de la región, incluidos los abordados en el presente estudio.

Es recién en las últimas décadas que la legislación civil se moderniza, gracias principalmente a los compromisos asumidos por los Estados en la Convención para Eliminar todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En virtud de estos convenios se eliminaron disposiciones como la potestad marital masculina y la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

La CEDAW también tuvo notable influencia en la regulación y sanción de la violencia intrafamiliar, cuyas leyes pueden considerarse una primera gran victoria que tiene en común el movimiento de mujeres latinoamericano. En el mismo sentido actuó la Conferencia y Programa de Acción de Viena. Estas leyes no serán abordadas en este estudio, por exceder los objetivos del mismo y adentrarse en una temática que si bien hace parte de la legislación sobre familia, tiene objeto, bienes jurídicos y problemas propios.

## A. Las definiciones de familia

Las orientaciones ideológicas de las legislaciones pueden suponerse a partir de sus definiciones de familia y de matrimonio o pareja, cuando tales uniones son consideradas el origen de las familias. En efecto, al definir se acota, se excluye o incluye expresa o tácitamente, o se dejan las puertas abiertas para posteriores incorporaciones.

En Argentina las disposiciones que rigen las relaciones de los miembros de las familias están contenidas en el Código Civil que data de 1869, pero las normas referentes a las familias fueron modificadas en 1985 y 1987, mientras que las de filiación y adopción en 1995 y 1997. Este cuerpo legal no da una definición de familia.

El Código de Familia de Bolivia (1972) tampoco da una definición de familia, aunque establece sus requisitos y características en distintas partes. Además la doctrina nacional, siguiendo a la doctrina francesa, ha interpretado que se entiende por tal a un órgano social que reposa en la diferenciación entre los sexos, con la diferenciación correlativa de funciones y cuya misión suprema es asegurar la perpetuación de la especie (Morales, 1990, 36). Esta interpretación es acorde con distintas regulaciones del Código, por ejemplo con el manifiesto que debe leer el oficial del registro civil al momento de celebrar un matrimonio que será mencionado más adelante. La nueva Constitución Política del Estado, a pesar de avanzar hablando de las familias, en plural, no innova mucho más allá, declarando que: El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades (art. 62).

En Chile, la Constitución Chilena (1980) declara en su primer artículo que: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. De igual manera lo reitera la nueva Ley de Matrimonio Civil (2004), acotando que: El matrimonio es la base principal de la familia (art. 1). El Código Civil, que data de 1857 pero que un su texto refundido incluye importantes modificaciones recientes –la última del año 2008 y otras como la Ley de Filiación o Ley 19.585(1998) y la Ley de Menores o 16.618 (modificada en 2005)– no incluyen una definición de familia.

En Colombia, la Constitución (art. 42, primer párrafo) reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, la misma que se constituye *por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*.

Por su parte, la Constitución Venezolana establece que: El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la

solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional (art. 75).

La Ley de Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad (2007) considera familia a la asociación natural de la sociedad establecida en base a relaciones jurídicas o de hecho, fundada en el amor y el respeto, la igualdad de derechos y deberes, así como en la responsabilidad compartida de las tareas que implica la vida familiar. Agregando luego que el Estado debe proteger a las familias en su pluralidad sin discriminación alguna. De esta manera la ley podría dar lugar al reconocimiento de diversas formas de familias, incluidas las formadas a partir de una relación homosexual, pues a diferencia de sus predecesoras esta norma no define la familia en base a la unión de un hombre y una mujer. Sin embargo, el Código Civil (1982) cierra esta posibilidad.

## B. Objeto y principios rectores de las legislaciones

Las legislaciones modernas en muchos casos definen su objeto para explicitar su ámbito de regulación, facilitando luego a los tribunales la determinación de la normativa aplicable. La explicitación del objeto de regulación interesa en este documento porque da cuenta cuáles derechos y relaciones se consideraron deben protegerse y cuáles excluirse en el ámbito de las familias. Por su parte, los principios rectores son de suma importancia pues revelan explícitamente la ideología de la ley y además son los criterios de interpretación normativa en caso de duda en el momento en que la ley se está aplicando a un caso concreto.

En la legislación argentina, los capítulos del Código Civil que regulan las relaciones de los integrantes de las familias, y sus derechos y obligaciones en tanto tales, no establecen objeto o principios rectores para estas materias, lo que puede obedecer a la época de su promulgación (1869), cuando no se estilaba explicitar los principios orientadores como criterios de interpretación legal. Ya la Ley 23515 de Matrimonio Civil de 1987 establece la igualdad de condiciones en varios aspectos.

El Código de Familia boliviano se limita definir como su objeto que las relaciones familiares *se establecen* y regulan por el presente Código (el subrayado es de la autora). De esta manera, la ley da cuenta del nivel de injerencia estatal en la materia, al menos para algunos temas, pues deja claramente establecido que las relaciones familiares no sólo se regulan por la ley sino que se originan en ésta.

Este código no tiene una declaración de principios unificada, aunque a lo largo de su articulado se van refiriendo varios. Así se destaca como criterio rector la preponderancia del interés de la familia, por sobre el particular de sus miembros. Este principio ha sido utilizado para postergar a la mujer, dificultando sus procesos de autonomía y en casos concretos suponiendo trabas para el divorcio. Sin embargo también ha sido utilizado para proteger el patrimonio familiar, impidiendo la disposición de bienes ante la ausencia o falta de consentimiento de uno de los cónyuges<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Puesto que no existe el matrimonio con separación de bienes sino tan solo la comunidad ganancial. Además de esto puede pedirse judicialmente la declaración de patrimonio familiar, con el objeto de proteger la vivienda de la familia. El régimen ganancial suscita debates hasta la actualidad, pues se estableció para proteger a las mujeres después del divorcio o la separación, y a pesar de la contemporánea y masiva incorporación laboral femenina se sostiene que aun las condiciones no están dadas para la separación de bienes como regla general. En Argentina también se estableció la ganancialidad en 1873. En todo caso, parece recomendable que el régimen patrimonial sea optativo y en caso de no especificarse o de duda se aplique la ganancialidad.



También se establece el trato jurídico igualitario en las relaciones conyugales y de filiación, que luego es reiterado al regular diversas relaciones: igualdad de los convivientes, igualdad de derechos y deberes de los cónyuges respecto de la educación de los hijos y de la dirección del hogar, y de derechos y deberes de los hijos respecto de los padres.

Los principios citados en conjunto con el principio constitucional de igualdad dieron lugar a que la jurisprudencia reconozca que la potestad marital, es decir la obediencia debida por la mujer al marido, había sido dejada de lado (Morales, 1990). Sin embargo, el principio de igualdad entre los cónyuges convivía hasta hace poco con un artículo que sostenía que cada uno de los cónyuges podía ejercer libremente su profesión u oficio, pero que el marido podía pedir judicialmente que no se permita a la mujer el ejercicio de su profesión cuando ésta atente contra la moral o perjudique la labor que la esposa debe cumplir en el hogar. Este artículo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia 0058 de 2003 en recurso interpuesto por la Defensora del Pueblo.

El artículo atentaba contra la dignidad humana, derecho humano fundamental y a su vez fuente de otros derechos humanos, pues esta dignidad implica autonomía y autodeterminación. Este artículo transgredía también los derechos a la igualdad y la libertad de elección de oficio, tal como se comprueba al decodificar el significado objetivo contenido en alguna de sus prescripciones y luego por los resultados jurídicos que éstas ocasionaban (Ruiz, 2003).

Los títulos del Código Civil Chileno que refieren a las familias, son los relativos al matrimonio, la filiación y la patria potestad, dentro del capítulo relativo a las personas. Además está la mencionada Ley de Matrimonio Civil que establece como su objeto los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos (art. 1). Esta misma ley establece como principios, y en tal calidad orientaciones que deben tener siempre presente los tribunales, la protección del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. El Código Civil en cambio no tiene una declaración expresa de principios, lo que era más común en los cuerpos legales tan amplios como éste y que además han sido modificados reiteradamente para hacer frente a los cambios en la sociedad, dando lugar a un texto sistematizado y refundido que da cuenta de distintas ideologías. De todas formas la predilección del Código por las familias fundadas en el matrimonio legal se aprecia en la Ley sobre Registro Civil, al final del Código, en su Título V Medidas que favorecen la constitución legal de la familia, que establece: Los Oficiales del Registro Civil visitarán su respectiva comuna o sección, en la forma que determine el reglamento, a fin de procurar la celebración del matrimonio del hombre y la mujer que, haciendo vida marital, tengan hijos comunes. Durante su visita, harán las inscripciones de nacimiento que procedan, denunciarán aquellos que no se hubieren inscrito en época oportuna y cuidarán de que esas inscripciones se verifiquen.

En Colombia, el Código Civil es el cuerpo legal que regula las relaciones de los miembros de las familias y data de 1873, con modificaciones desde 1887 hasta el año 2006. En cuanto a los principios orientadores de la legislación, la Constitución (art. 42, cuarto párrafo) establece que las *relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes*, mientras que el Código reconoce igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges en la administración y dirección de los asuntos del hogar, igualdad de derechos para fijar el domicilio o residencia conyugal y para recurrir al juez. También en diversos artículos está el interés superior de los hijos como guía para el juez o para las decisiones de las partes.

Por su parte, la legislación venezolana establece que tiene por objeto establecer los mecanismos de desarrollo de políticas para la protección integral a las familias, la maternidad y la paternidad así como promover prácticas responsables ante las mismas, y determinar las medidas para prevenir los conflictos y violencia intrafamiliar; educando para la igualdad, la tolerancia y el

respeto mutuo en el seno familiar, asegurándole a todas y todos sus integrantes una vida digna y su pleno desarrollo en el marco de una sociedad democrática, participativa, solidaria e igualitaria. Se aprecia así desde el primer artículo de esta norma la orientación de la misma, que tiende más a la protección de las familias, que a resaltar las funciones y responsabilidades de éstas y sus integrantes como sucede en otros ordenamientos. En el mismo sentido, el artículo reproducido se complementa con una declaración de principios que incluyen la igualdad y la no discriminación, la solidaridad, corresponsabilidad y la responsabilidad social, entre otros.

## **C. Matrimonio, uniones de hecho y divorcio**

El matrimonio es considerado por una parte de la doctrina como un contrato y por otra como una institución. Como fuera, siempre constituye un elemento central de las regulaciones sobre las familias, que se centran en los requisitos y formalidades para contraerlo. Estos requisitos son de especial importancia porque impactan en el ejercicio de los derechos, pues en unos casos directamente excluyen a ciertas personas –como el caso de los y las homosexuales– y en otros casos implican otro tipo de discriminaciones como cuando se establecen distintas edades mínimas para contraer el matrimonio para mujeres y varones.

Como es sabido no todas las parejas optan por casarse para conformar una familia o para vivir juntos. En estos casos se habla de convivencia de hecho o concubinato, que también tiene una serie de efectos jurídicos, no solo para los hijos sino también para las propias partes, por ejemplo en materia de herencia, de pensiones de viudez y otras pensiones y de derechos patrimoniales en caso de separación de la pareja. Sin embargo, como se verá, no todas las legislaciones abordadas reconocen estas uniones, lo que puede significar desprotección en muchas ocasiones para la parte menos favorecida de la relación e incluso para los hijos.

Asimismo, la regulación del divorcio es abordada por ser relevante para la libertad de las personas. A pesar de ello, ha sido resistida hasta hace poco tiempo por sectores conservadores de la sociedad; de ahí que en muchos casos se trate de regulaciones recientes. Esa resistencia, en buena parte liderizada por la iglesia católica, puede explicar también porque aun la regulación del divorcio mantiene rasgos de sanción o excepción.

En Argentina las normas que regulan la familia, y especialmente el matrimonio y su disolución, durante el siglo XX han dado lugar a recurrentes conflictos entre la jerarquía de la iglesia católica y sus aliados civiles, quienes pretendían leyes acordes a sus creencias religiosas, y los actores sociales más liberales y progresistas que buscaban cambios legales en un sentido opuesto. El resultado de estos conflictos fue una marcada discrepancia entre los patrones sociales de conducta y el marco legal. La legislación sobre separación, divorcio, uniones de hecho, educación sexual, provisión de anticonceptivos y otros temas fue objeto de grandes debates, en un contexto en el que el cambio social, como suele suceder, llegó antes que el legal. Así, el casamiento legal fue reconocido en 1888, pero el divorcio recién en 1987, para llegar al reconocimiento de las uniones homosexuales en la ciudad de Buenos Aires en el año 2003 (Jelin, 2005).

El Código Civil argentino contiene varias normas con requisitos de fondo y forma, impedimentos, facultades para oponerse a la celebración del matrimonio y normas relativas al matrimonio a distancia, a las pruebas del matrimonio y legislación aplicable. Si bien esta legislación no define el matrimonio, sí establece entre los requisitos el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer ante autoridad competente para celebrarlo (art. 172), dejando claro en este sentido que otro de los requisitos es la heterosexualidad de los contrayentes.

No obstante, el 20 de agosto de 2008, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) emitió la Resolución N° 671/2008 que reconoce el derecho a la pensión por viudez a las

parejas del mismo sexo, poniendo fin a las disputas legales que debieron entablar quienes fueron privados de su derecho a una pensión por su orientación sexual.

En Bolivia, el manifiesto que debe leer el oficial del registro civil al momento de celebrar un matrimonio es parte del Código y dice: El matrimonio persigue la perpetuación de la especie y es la base de la familia y ésta de la sociedad y el Estado. La nueva Constitución Política del Estado se mantiene en la misma línea: El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas (art. 63). La homosexualidad está entonces excluida sin ninguna posibilidad de inclusión, lo que queda expresamente claro posteriormente al establecer la falta de diferencia de sexo entre los contrayentes como una de las causales de nulidad del matrimonio, por considerarse viciado tanto en su proceso de formación como en sus presupuestos. Según Morales (1990) esta disposición fue extraída del Código italiano. El jurista citado se apoya en clásicos civilistas para acotar, interpretando la norma, que el matrimonio entre homosexuales ni siquiera nace a la vida del derecho pues no hay que destruir apariencia alguna, ya que la identidad de sexos nada tiene en común con el matrimonio que por definición y finalidad es la unión entre un hombre y una mujer.

En Chile la Ley 19.947 del año 2004, conocida como Nueva Ley de Matrimonio Civil y modificada por Ley 20.286 de 2008, regula el matrimonio civil y reemplaza a una ley decimonónica sobre la materia que rigió por 130 años, y que no reconocía el divorcio. Esta ley establece que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes (art. 2). De esta manera la norma nos dice en principio que, si bien hay requisitos que deben cumplirse, toda persona tiene derecho a casarse, sin hacer distinción alguna según su opción sexual. Al igual que todas las legislaciones abordadas, la chilena dispone requisitos de fondo para el matrimonio, tales como el libre consentimiento, y una serie de exigencias de forma; asimismo establece causales de nulidad entre las cuales tampoco se encuentra la homosexualidad, que sin embargo sí es causal de divorcio, como se verá más adelante, siendo que bastaba con establecer la casual de infidelidad independientemente del sexo de la tercera persona involucrada. No obstante, el Código Civil cierra las puertas a los matrimonios del mismo sexo: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente (art. 102).

El Código Colombiano lo define en términos casi iguales al chileno, y en un sentido similar el Código Civil de Venezuela dice que el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer, pero ya no habla de los fines de procreación. La Constitución de este país también exige la heterosexualidad.

En Colombia se destaca sin embargo el rol de la jurisprudencia en esta materia, concretamente de la Corte Constitucional. Recientemente la Corte falló a favor de la homologación de derechos y deberes las parejas homosexuales y heterosexuales, exceptuando el matrimonio y la adopción<sup>4</sup>: Los derechos y obligaciones de parejas del mismo sexo mencionadas en el nuevo fallo son: Constitución de patrimonio familiar inembargable; garantía de no declarar contra el

---

<sup>4</sup> La sentencia de 28.01.09 se suma a una serie de fallos que reconocen las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo: derechos patrimoniales (Sentencia C-075 de 2007), derecho a la afiliación en el sistema de salud (Sentencia C-811 de 2007) y a pensión de sobreviviente (Sentencia C-336 de 2008), delito de inasistencia alimentaria (Sentencia de 20.08.08).

compañero permanente; derechos migratorios para extranjeros que conviven con un colombiano o colombiana y de residencia para el o la compañera permanente; agravación punitiva cuando la víctima del delito fuera compañero o compañera permanente del autor; derechos a la verdad a la justicia y a la reparación para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces; medidas de protección civil a favor de las víctimas de crímenes atroces; administración de los bienes de personas víctimas de desaparición forzada y protección de las víctimas del secuestro; pensión de sobrevivencia y afiliación al sistema de salud de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; normas penales y preventivas de delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero(a) permanente; inasistencia alimenticia, la malversación y dilapidación de bienes de familiares, violencia intrafamiliar; subsidio familiar en servicios y para vivienda; derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, protección de la función social de la propiedad y el derecho al crédito del trabajador agrario; derecho del compañero o compañera permanente a ser beneficiario de las indemnizaciones del seguro por muerte en accidentes de tránsito; inhabilidades de los compañeros y compañeras permanentes de los diputados y concejales; prohibiciones a los compañeros y compañeras permanentes de gobernadores, alcaldes, concejales y diputados; e inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

Llama la atención que la dinámica del reconocimiento de derechos para parejas del mismo sexo en Colombia no ha pasado por la legislatura, pues los proyectos de ley sobre la materia han sido archivados sin cumplir siquiera con el procedimiento legislativo para ello, sino por la vía judicial. Asimismo resulta relevante que la Corte se haya apoyado en los derechos constitucionales de la igualdad y no en la definición constitucional de familia para las sentencias comentadas.

El ideario de sexualidad que se corresponde con la caracterización de familia y de matrimonio que hacen la gran parte estas legislaciones, se ve refrendado más adelante cuando establecen la impotencia e infertilidad como causas de anulación o nulidad del matrimonio. En el caso argentino es causa de nulidad relativa y debe ser de tal naturaleza que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos (art. 220). En la ley boliviana tienen que ser anteriores al matrimonio, pues se asume que el otro contrayente desconocía la impotencia, pues sólo habría habido relaciones sexuales con posterioridad al matrimonio. La legislación venezolana (de 1982) también establece la impotencia manifiesta y permanente como causa de nulidad o impedimento para el matrimonio.

También es llamativo que el Código Civil Chileno establece: Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal (art. 135, Ley. 18.802 de 1989, art. 1° N° 8.) Esta norma es un resabio de la hasta hace poco<sup>5</sup> consagrada incapacidad jurídica de las mujeres para administrar su propio patrimonio, bien recogida por los gobiernos de facto y conservadores, pues esta ley es de la Junta Militar. En un segundo momento, y dado que la norma sigue vigente, también puede reflejar la pervivencia en la mente de los legisladores de los tradicionales roles de género, pues si a la mujer corresponde por sobre todo cuidar, criar y hacerse cargo de la casa, la administración de su patrimonio puede perjudicarla en ese rol, mientras que como contrapartida al varón corresponde todo lo relacionado con el dinero, y no solo ganarlo, sino incluso administrarlo aun cuando no le pertenezca. Está de más decir que esta disposición atenta contra la igualdad y contra la autonomía económica de las mujeres.

Como otro resabio de la no tan lejana incapacidad jurídica de la mujer y de la potestad marital, otro artículo aclara que la mujer puede dedicarse a su profesión y que el ingreso que perciba en tal ejercicio le pertenece: La mujer casada de cualquiera edad podrá dedicarse

<sup>5</sup> Hace poco más de medio siglo en distintos países de la región las mujeres estaban imposibilitadas legalmente de administrar sus propios bienes, incluido su dinero, y en consecuencia firmar contratos de cualquier índole.

libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario; pero si fuere menor de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces. Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley (art. 150. L. 18.802, L. 19.22).

En un sentido similar el Código Civil Colombiano dice: La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal (art. 181). Este artículo fue introducido en 1931, y antes de ello la norma sostenía todo lo contrario, es decir que sin autorización escrita del marido la mujer no podía comparecer en juicio, vender, comprar, celebrar contratos, aceptar o rechazar herencias o donaciones y otros actos.

En cuanto a la edad mínima de los contrayentes, la legislación argentina establece como impedimento para el matrimonio el que las mujeres tengan menos de 16 años y los hombres menos de 18. Tanto la legislación boliviana como la venezolana establecen entre los requisitos para el matrimonio que la mujer tenga 14 años de edad y el varón 16, en circunstancias en que la edad de contraer matrimonio debería ser la misma para mujeres y hombres, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño para todos estos países, y debido a que una edad tan baja para las mujeres se presta para abusos contra las niñas. La legislación chilena en cambio dispone la edad mínima de 16 años para ambos contrayentes y hasta los 18 con consentimiento del padre, madre o tutor. El Código Colombiano establece la edad mínima para ambos sexos de 18 años, antes de esa edad se requiere el consentimiento de los padres<sup>6</sup>.

Las legislaciones boliviana y venezolana reconocen las uniones de hecho, con efectos personales y patrimoniales similares al matrimonio. La primera establece como requisitos para su reconocimiento la singularidad, es decir exclusividad de la relación, estabilidad, sanidad mental, soltería y las mismas edades que para el matrimonio. Además reconoce como unión de hecho a las convivencias pre-matrimoniales de algunas culturas indígenas. La institucionalización del concubinato inclusive precede al Código vigente y se ha considerado una expresión de justicia social, y de reparación para la madre y los hijos abandonados por el padre (Morales, 1990). La segunda, es decir la legislación venezolana, establece los mismos requisitos que para el matrimonio, y el reconocimiento parte de la Constitución, pero una vez más estableciendo expresamente la heterosexualidad como requisito o elemento definitorio.

Para las uniones que no cuenten con los requisitos señalados, es decir que sean inestables y plurales, no tienen el reconocimiento legal, pero quedan a salvo los derechos de los hijos.

En Colombia se destaca la reciente interpretación de la Corte Constitucional que otorga derechos a las compañeras permanentes, sosteniendo que tienen el mismo derecho que las esposas frente a la pensión de viudez, si comprueban un tiempo de convivencia permanente de más de cinco años. El alto tribunal determina que la pensión debe ser pagada de manera proporcional al tiempo de convivencia. En la sentencia se aclara que no se trata de legalizar las relaciones ocasionales y

---

<sup>6</sup> Hasta el año 1974 regían edades diferenciadas: 18 para los varones y 16 para las mujeres. Igualmente, hasta el año 2004 para que el matrimonio sea nulo la mujer debía ser menor de 12 y el varón de 14, pero la Sentencia C-507-04 de 25 de mayo de 2004 de la Corte Constitucional dispuso que la edad para la mujer es también de catorce años.

que no le da el título de familia a las relaciones permanentes fuera del núcleo primario; y tampoco se avala un modelo de familia poligámica, en circunstancias en que lo que reconoce la Constitución es a la familia monogámica entre un hombre y una mujer.

Si bien el Código Civil Colombiano no regula específicamente las uniones de hecho las reconoce en virtud de algunas modificaciones introducidas el año 2006. Así al abordar la presunción de paternidad habla de unión marital de hecho.

Respecto del divorcio, la legislación argentina establece causales gravísimas, tales como el adulterio, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, la instigación de uno de los cónyuges al otro para cometer delitos, las injurias graves y el abandono malicioso, además de la separación de hecho por más de tres años. También se establece que en la separación y el divorcio no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos (art. 232), a excepción de cuando se trata de la separación por más de dos o tres años, según sea separación o divorcio. Por su parte, el Código de Familia Boliviano establece una serie de requisitos taxativos que, al igual que en el caso anterior, le dan el carácter de excepción e incluso de sanción, aclarando que el juez debe apreciar las pruebas y admitir el divorcio sólo cuando por la gravedad de ellas resulten profundamente comprometidas la esencia misma del matrimonio, así como el interés de los hijos, si los hay, y el de la sociedad. Las causales son: adulterio; relación homosexual, como si fuera algo distinto al adulterio; corrupción del cónyuge o de algún hijo; malos tratos, que serán evaluados teniendo en cuenta la educación y condición del esposo agraviado; abandono del hogar por más de seis meses sin justa causa; y la separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años.

La legislación chilena establece como causales el incumplimiento de los deberes matrimoniales o con los hijos, señalando como tales incumplimientos—en una lista expresamente referida como no taxativa— los siguientes: el atentado contra la vida o malos tratos contra el cónyuge o alguno de los hijos; la falta reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad; el abandono continuo o reiterado del hogar común; la condena ejecutoriada por crímenes o delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública, o contra las personas; la conducta homosexual; el alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia; y la tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos. También se dispone el común acuerdo combinado con el cese de la convivencia por más de un año, mientras que no habiendo acuerdo y siendo la solicitud de divorcio de una sola de las partes se requieren tres años de cese de convivencia.

En el Código Civil Colombiano, hasta antes de 1976 el divorcio era no vincular, es decir no disolvía el vínculo matrimonial —cosa que ahora sí sucede—, sino que solamente significaba la suspensión de la vida en común. Las causales de divorcio son las relaciones sexuales extra-matrimoniales, el incumplimiento grave de los deberes de esposos o padres, los ultrajes y el maltrato, la embriaguez habitual o el uso de drogas, la enfermedad incurable que haga imposible la vida en común o ponga en peligro la salud física o mental del otro cónyuge, la corrupción de la pareja o de los hijos u otros familiares con los que convivan, la separación —judicial o de hecho— por más de dos años y —como un caso destacable— el simple consentimiento de ambos cónyuges ante un juez<sup>7</sup>.

En el Código Civil Venezolano las causales son adulterio, presidio, alcoholismo o fármaco-dependencia, interdicción —luego de haber el juez procurado el tratamiento médico—, excesos e injurias graves que hagan imposible la vida en común; corrupción o prostitución del cónyuge o los

<sup>7</sup> Por supuesto que en la versión original del Código esta casual no existía, si no que fue incluida con el divorcio vincular, como tampoco se hablaba de relaciones sexuales extra-matrimoniales sino de adulterio de la mujer y amancebamiento del marido.

hijos; y separación de hecho por más de un año, que fuera en su oportunidad declarada judicialmente. Además puede pedirse el divorcio unilateralmente si han pasado cinco años de separación, pero si una vez convocado el otro cónyuge niega la separación o directamente no concurre se debe archivar el proceso. De manera que se trata también de una lista taxativa de causales, entre las que no figura la causa más lógica –y seguramente la más común: el mutuo acuerdo.

El efecto principal del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, con lo que se extinguen las obligaciones que significaba para los cónyuges, pero también hay una serie de efectos patrimoniales y extra-patrimoniales. En la legislación boliviana la mujer pierde “el derecho” de llevar el apellido del marido; termina el domicilio común; cesa la afinidad y se disuelve la comunidad de bienes gananciales, que es la única opción de régimen patrimonial, pues no se admite la separación de bienes. Además se establece, al más puro estilo del incumplimiento contractual, que el cónyuge culpable puede ser sancionado con el resarcimiento del daño moral y material que haya causado. Esto a pesar de que en la legislación y doctrina boliviana el matrimonio es considerado una institución y no un contrato.

En la legislación chilena resulta destacable la norma que dispone que: Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa (art. 61). Y para salvaguardar este derecho el año 2008 se incorporó la obligación del juez de informarlo a las partes: Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria (art. 64). Sería interesante desarrollar un estudio basado en análisis de jurisprudencia sobre la aplicación de estos artículos. Por lo pronto, un reciente estudio (ELA, 2008) da cuenta de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol 29-2006, de 20.06.06) que bebiera marcar la pauta en la interpretación del artículo citado:

*[...] La compensación económica demandada en autos [...] corresponde a una institución de derecho matrimonial introducida por ley 19.947; y tiene por objeto resarcir a la cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, del menoscabo económico sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida. De esta forma, no es efectivo ... que tenga un carácter asistencial, sino que con toda evidencia el objetivo por el legislador es de un contenido netamente indemnizatorio, por lo que no son los factores de indigencia y dignidad los que deben ser resguardados, sino aquellos establecidos en el artículo 62 de la citada ley, y que son: a) duración del matrimonio y de la vida en común; b) situación patrimonial de ambos; c) buena o mala fe; d) edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; e) situación de este en materia de beneficios provisionales y de salud; f) cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y g) colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge. No se opone a dicha prescripción, la consideración de otros criterios igualmente útiles, siempre que no pierdan de vista el objetivo señalado, como podrían ser: grado de compromiso con la relación sentimental [...] edad y estado de salud del otro cónyuge, facultades económicas de este (que no es lo mismo que tener en cuenta su situación patrimonial) comportamiento económico durante la convivencia o la separación que precede al divorcio, etc.*

En el Código Colombiano se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí. En la legislación venezolana como efecto del divorcio también se extingue la comunidad ganancial, que puede haber coexistido con la separación de bienes, y los otros efectos son similares a los citados en la legislación boliviana.

Los códigos argentino, boliviano, chileno, colombiano y venezolano también regulan la separación de hecho, que no disuelve el vínculo matrimonial pero sí la comunidad de bienes, y que bien podría limitarse a aspectos como los patrimoniales y de tenencia de hijos. En los casos argentino y boliviano sin embargo, la intromisión estatal llega al punto de detallar las causales por las cuales se permite la separación de hecho, que debe ser declarada judicialmente. Estas causales son similares a las de divorcio; en la ley argentina son las mismas más las alteraciones mentales graves y de carácter permanente, alcoholismo o drogadicción, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos (art. 203) y la interrupción en la cohabitación por más de dos años. En el caso boliviano, las mismas causas del divorcio pero además embriaguez, tráfico o uso de drogas, enfermedad infecto-contagiosa que afecte gravemente la vida conyugal o la salud o seguridad del o la cónyuge o los hijos, y por mutuo acuerdo, pero solo después de pasados dos años de la celebración del matrimonio. En los casos colombiano y venezolano también son las mismas causales de divorcio más el mutuo acuerdo.

En la legislación chilena en cambio y tal vez debido a su carácter reciente (Ley de Matrimonio Civil de 2004), la separación de hecho no requiere causales y basta con el mutuo acuerdo, que se hace constar con una serie de precisiones ya sea en escritura pública, ante un juez, o con una escritura privada protocolizada ante notario: Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables (art. 21). Si no hubiere acuerdo puede pedirse que un juez determine las relaciones entre los separados, la tenencia de hijos, el régimen patrimonial, los alimentos y otras materias.

Para cuando no hay mutuo acuerdo la ley chilena habla de separación judicial, que tampoco disuelve el vínculo –a diferencia del divorcio– pero que sí implica transgresión de los deberes matrimoniales<sup>8</sup> o violencia intrafamiliar, aunque no requiere de causales taxativas a diferencia de las otras legislaciones abordadas.

La limitación o el intento de limitar la libre voluntad de las partes, de los cónyuges, en casi todas las legislaciones ante la separación y el divorcio, contrasta con las crecientes cifras al respecto. Por ejemplo en Chile y coincidiendo con el proceso de des-institucionalización de la familia que se viene desarrollando desde la década del 70, hay un incremento de las separaciones y nulidades matrimoniales<sup>9</sup> a tiempo que disminuyen las tasas de nupcialidad y aumentan las convivencias de hecho, a tal punto que al menos la mitad de los nacimientos ocurren fuera del matrimonio (Valdés y otras, 2005).

Se aprecia sin embargo un leve quiebre de la tendencia de disminución de las nupcialidades en el año 2005, que bien puede obedecer a la disponibilidad del divorcio, opción que antes no existía, en todo caso habrá que hacer un estudio y seguimiento a la evolución de los matrimonios en los años siguientes para comprobar esta hipótesis. En efecto, en el año 2005 se registraron en Chile 53.842 matrimonios, mientras que desde 1996, los matrimonios celebrados en el país venían

<sup>8</sup> En el artículo no se dice cuáles son los deberes u obligaciones de los cónyuges pero en otras partes de la ley se habla de fidelidad y cohabitación.

<sup>9</sup> Hasta antes de la reciente incorporación del divorcio en la legislación chilena, se acudía a la figura de la nulidad, falsificando o mintiendo sobre falsas ausencias de requisitos de forma, como manera de hacer frente al vacío legal. Esta forma de fraude a la ley obviamente contaba con la complicidad de parte del poder judicial.



disminuyendo: En ese año se registraron 83.547 matrimonios a diferencia del año 2004 cuando alcanzaron un total de 53.403 matrimonios. Entre los años 2004 y 2005 aumentó el número de matrimonios en 0,8% (INE, 2005).

Como consecuencia del divorcio o la separación se establece la tenencia de hijos en la sentencia respectiva en todos los países. La ley argentina dispone que los hijos menores de 5 años, salvo causas graves, quedarán con la madre, mientras que los mayores de esta edad con el progenitor que el juez considere más idóneo. En las legislaciones boliviana y venezolana se establece que la guarda de los menores de siete años será ejercida por la madre, y la legislación boliviana agrega que para los mayores de esta edad puede optarse por confiar a los varones al padre y a las hijas a la madre. El Código Chileno también dispone que ante la separación los hijos se queden con la madre, sin especificar edades, salvo pacto en contrario o decisión judicial.

El legislador claramente consideró a la madre la encargada o la más apta para el cuidado de los más pequeños, con todas las injusticias que eso significa para los hombres que quieren ejercer su paternidad responsable y diariamente, y también con las desventajas que ello conlleva para las mujeres que una vez más cargan con la responsabilidad de la crianza, la cual se les asigna casi sin opción tanto en función de roles sociales de género como por la misma ley.

Posteriormente, los jueces suelen reforzar estos roles de género, pues la jurisprudencia suele inclinarse por la madre para la tenencia de los hijos en desmedro del padre.

En los hechos, la regla es que sea la madre quien quede a cargo de los hijos, menores y mayores de cinco o siete años, o de cualquier edad dentro de la minoridad. Por lo mismo, el pago de la pensión alimenticia que debe declarar el juez para el progenitor que se queda con los hijos suele corresponder al marido. En Argentina la ley dispone que la obligación de alimentos para los hijos es de ambos padres y que comprende las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, y enfermedad. Además de la pensión para los hijos se establece que el cónyuge culpable de la separación debe contribuir a que quien no fue culpable mantenga el nivel socio-económico que tenía durante la convivencia. Asimismo, e independientemente de la culpabilidad, si una de las partes careciere de medios, la otra debe proveerle lo necesario para su subsistencia.

Cabe destacar en la ciudad autónoma de Buenos Aires el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, que tiene como fundamento legal la Convención de Derechos del Niño. Su función es llevar un listado de todas aquellas personas que adeuden total o parcialmente tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas, ya sean alimentos provisorios o definitivos, fijados por sentencia firme y expedir certificados ante cualquier requerimiento de persona pública o privada en forma gratuita. La Ley 269 que crea este Registro se puede considerar una herramienta importante en la lucha contra el incumplimiento del pago de alimentos, en el entendido de que las sanciones sociales, la coacción que aplica la sociedad sobre el deudor al conocer su calidad de tal, es más efectiva que la coacción que se puede aplicar como coacción individual<sup>10</sup>.

En Bolivia se trata de un crédito dotado de prelación, que puede dar lugar incluso al embargo de parte del salario y por supuesto de los bienes del demandado. Además da lugar a prisión, que puede interrumpirse si a los seis meses o antes el demandado presenta garantías o paga su deuda. En todo caso se trata de la única deuda que da lugar a prisión. Con ello se configura uno de los pocos casos en que al menos en el texto de la ley el no pago de las pensiones alimenticias está bien sancionado, otra cosa lamentablemente es lo que sucede en la realidad y las dilaciones que experimentan las acreedoras de esta pensión.

<sup>10</sup> Más información puede obtenerse en el sitio web del gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires en [http://www.buenosaires.gov.ar/areas/seguridad\\_justicia/justicia\\_trabajo/alimentarios](http://www.buenosaires.gov.ar/areas/seguridad_justicia/justicia_trabajo/alimentarios).

En Chile, el Código Civil dispone que la obligación de manutención de los hijos es de ambos padres y que el cónyuge puede pedir al otro cónyuge culpable de la separación o divorcio una pensión de alimentos. Además, la Ley 20.152 de 2007 faculta a la madre a solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer, los que también pueden ser solicitados por el hijo. La ley también dispone prisión por incumplimiento de pago y ante el ocultamiento de fuentes de ingresos por parte de quien debe la pensión alimenticia. También dispone la retención de un monto de salario equivalente a la pensión, como medio habitual de pago, y el embargo de los bienes del deudor ante el incumplimiento, así como la posibilidad de medidas precautorias para asegurar la obligación. El incumplimiento reiterado puede dar lugar a la retención de la devolución anual de impuestos y a la supresión de la licencia de conducir. Otra norma muy pertinente es la que establece la solidaridad en el pago para quien maliciosamente fuere cómplice o facilitare la evasión de la obligación del alimentante.

Las disposiciones citadas se destacan frente a la realidad más común de sanciones sumamente débiles por incumplimiento de las pensiones alimenticias, que incluso da lugar a pensar en la solidaridad masculina de los legisladores, mayormente varones (Acosta, 2007).

A manera de cierre cabe destacar que el matrimonio y el divorcio –y las posibilidades e imposibilidades frente a ellos– reflejan especialmente la distancia entre normas, realidad y percepciones de población. Por ejemplo en Argentina se evidencian cambios positivos en la percepción del divorcio, aumentando su aceptación, así como hacia el matrimonio en general y de sus beneficios, sobre todo para los hijos. De hecho, ha aumentado la percepción de validez del matrimonio y de las madres que deben tener y criar a sus hijos sin pareja. Ahora, los patrones de cambio actitudinal no son los mismos entre las mujeres y los varones; estas han liderado la tendencia hacia la libertad individual y la tolerancia familiar, mientras que los hombres más bien han acompañado este proceso (Jelin, 2005). En Chile se han modificado las tendencias homofóbicas de la población y las normas legales que las penalizan, pero al mismo tiempo la revelación de la homosexualidad es motivo de escándalo, incluso en medios de comunicación –lo que ya supone desaprobación– además de la estigmatización y otros perjuicios que provoca. Una encuesta del año 2004 de la Fundación Chile 21, daba cuenta de que un 42% de la población urbana sostuvo no legitimar la homosexualidad masculina o femenina, frente a un 58% que sí lo hacía, y un 94% consideraba que eran discriminados (Guajardo, 2005).

**Recuadro 1**  
**NORMAS CONSTITUCIONALES ECUATORIANAS DE**  
**PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS**

La Constitución Ecuatoriana reconoce la diversidad de formas familiares, y si bien limita a la heterosexualidad el matrimonio, no lo hace con las uniones de hecho a las que reconoce los mismos derechos que a las uniones matrimoniales, con excepción de la adopción:

Art. 68. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 69. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

Resulta destacable que esta constitución también consagra los principios que regirán la legislación sobre la materia, entre los cuales se encuentra la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos:

Art. 70. Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo;
2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar;
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes;
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa;
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos;
6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción;
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

Fuente: Elaboración propia en base a la Constitución Política de la República del Ecuador

## **D. Obligaciones del Estado**

Las obligaciones que el Estado asume en determinada materia quedan plasmadas en sus legislaciones, en los documentos de formulación de políticas públicas y en los convenios internacionales. En este caso, las responsabilidades que los Estados asumen en sus respectivas legislaciones sobre familia son de suma importancia pues están directamente relacionadas con las posibilidades de los miembros de las familias de ejercer ciertos derechos. Además, las responsabilidades que se atribuyen expresamente al Estado tienen directa relación con las obligaciones que se atribuyen a las familias, como se verá más adelante, a tal punto que puede sostenerse que a mayores responsabilidades estatales menores obligaciones familiares y viceversa.

La legislación argentina sobre las relaciones entre los integrantes de la familia, contenidas en el Código Civil, no establece mayores obligaciones para el Estado, lo que se entiende mayormente por la época de su sanción (década del 80). Las obligaciones estatales quedan reducidas a la función judicial, siendo la ley bastante procedimental. Sí hay varias normas en que el Estado se arroga el deber de velar por el interés de los niños y niñas, que mayormente datan de la década del 90, como se verá al abordar la legislación del menor. Similar es la situación en las legislaciones chilena y colombiana.

El Código de Familia de Bolivia establece como obligación del Estado proteger a la familia, el matrimonio y la maternidad. Acorde con los tiempos de su promulgación, año 1972, nada dice de la paternidad y no establece obligaciones para el Estado, más allá de las de velar por la unidad familiar y por los derechos de los hijos.

La legislación venezolana, Código Civil y Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, tampoco crea una institucionalidad específica para su aplicación, pero menciona la participación de los Consejos Comunales en la elaboración y desarrollo de proyectos sociales para las familias. Estos consejos son la instancia básica de planificación participativa, donde los vecinos de una determinada comunidad pueden formular, ejecutar, y evaluar las políticas públicas<sup>11</sup>.

En cuanto a las obligaciones estatales, se establece la de promover la participación de las familias en los programas de familias sustitutas. También establece los criterios para acceder a los programas de apoyo familiar en general y el establecimiento de programas gubernamentales de alimentación para erradicar la desnutrición y obesidad; de seguridad familiar ante los desastres naturales; salud familiar; planificación familiar y educación sexual, incluyendo servicios médicos para la reproducción asistida con el objeto de garantizar los derechos de la maternidad y la paternidad; deportes; vivienda; y turismo, cultura y recreación, de manera de fortalecer los nexos familiares mediante estas actividades.

De otra parte se dispone que el Estado debe apoyar las formas de organización familiar originaria a través de programas para la preservación de sus usos y costumbres, iniciativas que deberán antes ser consultadas con los pueblos y comunidades destinatarias.

En síntesis puede sostenerse que, quizás con la excepción de la legislación venezolana, el papel que los Estados se auto-atribuyen mediante sus normativas es bastante reducido, exento de mayores responsabilidades. Este rol tan reducido en materia de obligaciones contrasta con la injerencia estatal en otros aspectos de la vida familiar, por ejemplo con la excesiva regulación y limitaciones del divorcio o con los requisitos y solemnidades del matrimonio.

## **E. Deberes atribuidos a las familias y sus integrantes**

Las legislaciones abordadas, a pesar de su diversidad y de las distintas épocas en que fueron promulgadas, tienen en común el establecimiento de responsabilidades para las familias y sus integrantes. De todas formas, mientras más nueva la norma menos obligaciones atribuye a las familias.

La legislación argentina establece que los esposos se deben, además de fidelidad, asistencia y alimentos, obligación que subsiste aun después de la separación o de la disolución del vínculo por divorcio. Establece además la obligación y el derecho de los padres de cuidar a sus hijos, alimentarlos y educarlos, así como el deber de los hijos de respetar y obedecer a sus padres y de cuidarlos hasta la ancianidad o en estado de demencia o enfermedad, proveyéndoles lo necesario para satisfacer sus necesidades.

El Código Civil Argentino además dispone que los ascendientes y descendientes se deben alimentos y que la obligación preferente es del pariente más próximo en grado, mientras que a igualdad de grados corresponde a quien esté en mejores condiciones de satisfacerla. La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia en la enfermedad. También tienen esta obligación los hermanos entre sí e incluso los medio hermanos. Entre los parientes por afinidad la obligación atañe sólo al primer grado.

---

<sup>11</sup> <http://www.consejoscomunales.gob.ve>.

El Código Boliviano dispone la obligación de los cónyuges, padres –y en su defecto ascendientes más próximos, hijos – y en su defecto descendientes más próximos, hermanos – con preferencia de doble vínculo, yerno y nuera, suegro y suegra de brindar asistencia familiar<sup>12</sup>, entendiéndose por tal todo lo necesario para el sustento, la alimentación, vivienda, vestido y atención médica, además de educación en el caso de los menores. Esta norma refleja claramente la orientación familista del bienestar, el cuidado y la manutención que tuvo el legislador, que aún es preponderante en el Estado boliviano<sup>13</sup> y que también está presente en la legislación argentina pero en menor intensidad.

En el mismo sentido, y reflejando las expectativas que se tiene de las familias respecto de las diversas funciones que se le atribuyen, el manifiesto que debe leer el oficial del registro civil al momento de celebrar un matrimonio inicia con: El acto que va a realizarse tiene importancia no solo para los contrayentes sino también para la sociedad y el Estado.... Ambos esposos tienen el deber de contribuir al robustecimiento y permanencia del matrimonio para que cumpla mejor sus fines, tanto en lo que respecta a ellos mismos como en lo que concierne a la crianza y educación de los hijos. El divorcio es sólo una medida de excepción que la ley concede para los casos en que el matrimonio ya no puede cumplir la alta función social que le corresponde.

A los esposos se les impone también el deber de vivir en el mismo domicilio y de contribuir en la medida de sus posibilidades económicas a las necesidades del hogar, aclarando que: La mujer cumple en el hogar una función social y económicamente útil que se halla bajo la protección del ordenamiento jurídico. Este contenido en apariencia beneficioso y contradictorio con el resto del Código, en realidad prepara el camino para el artículo declarado inconstitucional que disponía que el marido puede pedir judicialmente que la mujer abandone su empleo cuando este perjudique su función en el hogar (Ruiz, 2003). En efecto, esta disposición por un lado podría resultar avanzada para época de su elaboración, pues hace más de 35 años se hace un reconocimiento a las labores de cuidado, crianza y domésticas no pagadas. No obstante, en este artículo también se deja claro que es la mujer la encargada de tales labores y no se hace mención alguna a la redistribución de las mismas.

A los padres se les impone el deber de contribuir al mantenimiento y educación de los hijos según sus posibilidades y las necesidades de éstos, especificando que: En particular, la mujer puede también contribuir con el cuidado de los hijos. De esta manera se reitera el tratamiento mencionado con las disposiciones anteriores, de una parte se reconoce que el cuidado es una contribución, válida en el cumplimiento del deber de mantenimiento y educación, pero también se indica que la cuidadora es la madre. Para los hijos se disponen los deberes de respeto y sometimiento a la autoridad de los padres, adquirir una profesión u oficio y prestar asistencia a sus padres y ascendientes cuando se hallen en situación de necesidad.

El Código Civil Chileno dispone las obligaciones de respeto, fidelidad, cuidado y socorro mutuo entre los cónyuges, así como el deber de cohabitar bajo el mismo techo, que es al mismo tiempo un derecho y una obligación. También está la obligación de los cónyuges de proveer a las necesidades de la familia según sus facultades económicas.

Respecto de los hijos esta legislación dispone los deberes de obediencia y respecto con sus padres, así como la obligación de cuidar de ellos ante situaciones de necesidad, demencia y ancianidad, obligación que también rige respecto de otros ascendientes, mientras que para los padres establece la obligación de guiar a los hijos y de velar por su interés superior, y el derecho y deber de educarlos, además de su manutención, que ante la falta de recursos de los padres corresponde a los abuelos.

<sup>12</sup> Que no es lo mismo que la pensión alimenticia que paga uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio

<sup>13</sup> Una muestra de ello son los testimonios de funcionarios públicos respecto de la situación de los hijos de las migrantes que se encuentran en hogares públicos. En general los funcionarios, no consideran que asumir ese cuidado sea responsabilidad del Estado, culpabilizan a las mujeres, y mencionan que hay otras parientas (mujeres) que podrían hacerse cargo de los menores (Marco, 2007).

La obligación de alimentos<sup>14</sup> corresponde, en el siguiente orden, a: el o la cónyuge; los descendientes; los ascendientes; los hermanos; y al que recibió una donación cuantiosa de quien está en necesidad.

En Colombia, el Código Civil establece para los cónyuges la obligación mutua de guardarse fe, socorrerse y ayudarse en todas las circunstancias de la vida (art. 176) y la obligación de vivir juntos. Esta última obligación, la de cohabitación, establecida también en Bolivia y Chile, así como en Venezuela según se verá a continuación, contrasta con la realidad de la migración de varios países de la región, que ha dado lugar a nuevas formas de matrimonios y de organizaciones familiares que no comparten el mismo techo. En este caso tenemos otra manifestación de cómo la realidad interpela a la ley.

Para los padres, conjuntamente, el Código Colombiano atribuye el deber de educar a sus hijos y de criarlos y sustentarlos. Respecto de los hijos establece, en términos casi idénticos al Código Chileno, los deberes de respeto y obediencia con sus padres<sup>15</sup>, de cuidarlos ante la ancianidad, demencia y otras situaciones de necesidad, obligación que también rige para otros descendientes. Para los abuelos, conjuntamente por línea materna y paterna, se atribuye la obligación de alimentar y educar a sus nietos ante la insuficiencia o falta de sus hijos. En cuanto a la obligación de alimentos se establece de forma casi igual a la legislación chilena pero agregando los hijos adoptivos y padres adoptantes, antes de quien recibiera una donación.

Por su parte, la Ley de Protección de las Familias, la Paternidad y la Maternidad Venezolana establece que el padre, madre o persona responsable de la familia tiene el deber de capacitarse para participar en actividades socio-productivas. También la corresponsabilidad de las familias en los programas de familias sustitutas juntamente con los Consejos Comunales, al igual que en la fiscalización de los programas de alimentación, mientras que para los programas de salud familiar la corresponsabilidad está establecida entre el Estado, la sociedad organizada y las familias.

El Código Civil venezolano establece como deberes de los esposos el de vivir juntos; guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente; contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común; y asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades, siendo que el cónyuge que dejare de cumplir, sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello. Además se aclara que la negativa de la mujer a llevar el apellido del marido no debe considerarse falta a los deberes del matrimonio.

La Constitución establece que el cuidado y la crianza son al mismo tiempo un derecho y una obligación, por igual de padres y madres. El Código Civil también dispone la obligación del padre y la madre de mantener, educar e instruir a sus hijos menores e incluso mayores de edad, siempre que éstos se encuentren impedidos para atender por sí mismos a la satisfacción de sus necesidades. Si los padres están impedidos estas obligaciones pasan a los otros ascendientes, maternos y paternos, por orden de proximidad. Respecto de los hijos se establece la obligación de asistir y suministrar alimentos a sus padres y demás ascendientes maternos y paternos, incluyendo todo cuanto sea necesario para asegurarles mantenimiento, alojamiento, vestido, atención médica, medicamentos y condiciones de vida adecuados a su edad y salud. Esta obligación es exigible en todos los casos en que los padres o ascendientes carecen de recursos.

La obligación alimentaria existe también, en ausencia de cónyuge, respecto del hermano o hermana, pero la misma sólo comprende la prestación de los alimentos indispensables para

<sup>14</sup> Según el Código los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintidós años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio.

<sup>15</sup> La versión original de esta norma, contenida en el artículo 250, decía: Los hijos legítimos deben respecto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre (el subrayado es de la autora).

asegurarles el sustento, vestido y habitación, aclarándose que la obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y en su ausencia se extiende a los hermanos y hermanas. Si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones, el Juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación estrictamente necesaria para asegurar alojamiento y comida.

Por último destacar que tanto en la CEDAW como en la Convención de Derechos del Niño, las obligaciones de cuidado, alimentación, educación y manutención de los niños, niñas y adolescentes corresponden a ambos padres. Esto ha sido recogido en las legislaciones pero no se refleja en los derechos de tenencia, según se apreció en el título referente al matrimonio y el divorcio.

## **F. Reconocimiento de la paternidad y la maternidad**

La determinación de la maternidad y la paternidad son relevantes jurídicamente porque a partir de su establecimiento se pueden pasar a ejercer una serie de derechos y demandar las obligaciones correspondientes al padre y la madre. Las pruebas mediante el estudio del ADN han abierto un nuevo camino en este tema, más aun cuando son gratuitas como sucede en algunos países, que tradicionalmente ha sido conflictivo.

Mayormente se habla de reconocimiento de la paternidad debido a que presenta mayores problemas y da lugar a procesos judiciales, mientras que la maternidad es fácil de determinar por motivos obvios y se hace constar al momento mismo del nacimiento en el certificado correspondiente. Por ello la legislación argentina establece que: La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242). Igualmente el Código Civil Chileno dispone que: La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguientes (art. 183).

Por su parte el Código Civil Colombiano establece que: El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad (art. 213).

La legislación colombiana es la única que tiene normas dedicadas a la disputa de la maternidad, disponiendo que: La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla: 1) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo; 2) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; 3) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo (art. 335).

Para la determinación de la paternidad en cambio en las legislaciones argentina, boliviana, colombiana y chilena se presumen hijos del marido los nacidos en el matrimonio y hasta 300 días después de su disolución o nulidad o después de la separación. En la legislación argentina si se tratare de hijos extra-matrimoniales, la paternidad se presume ante concubinato y se determina por el reconocimiento del padre o por la sentencia de filiación. Este Código prohíbe declarar el nombre del otro progenitor, a menos que también haya reconocido al hijo o hija.

En Bolivia además la nueva Constitución aprobada recientemente en referéndum establece en su artículo 65: En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

De manera que el citado artículo invierte la carga de la prueba, pues es la parte demandada la que debe probar que la pretensión de la demandante no es correcta, mientras que por lo general quien demanda –la persona que inicia una acción judicial– debe probar que está en lo correcto. Queda pendiente la modificación del Código de Familia que presume la paternidad solo en el matrimonio y hasta los 300 días de su disolución, pues fuera de estas circunstancias la demandante –la madre– debía probar siempre su aseveración respecto de la paternidad de su hijo. Por lo pronto, el artículo ya es inconstitucional, pues la nueva Constitución establece que la filiación se presume y debe probar lo contrario quien la niegue, pero el Tribunal Constitucional no está en funcionamiento como para que lo declare tal.

El Código Colombiano admite las pruebas que denomina científicas, aclarando que son a costa del interesado a no ser que demuestre ausencia de medios. Además la Ley 721 del año 2001 ordena que el juez de oficio solicite las pruebas de ADN en los procesos de establecimiento de la maternidad o la paternidad, especificando los datos que el laboratorio debe proporcionar al juez y que solo cuando esta prueba sea imposible de realizar se admitirán otras. La eficiencia científica, transparencia y veracidad de las pruebas es garantizada por la Comisión de Acreditación y Vigilancia. Asimismo, ratificando el Código Civil la Ley 721 establece: En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba (art. 6).

En Chile, la Ley 20.030 de 2005 determinó que las pruebas periciales bastan para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla, pues antes no eran suficientes, incluidas las de ADN. Además la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad.

Esta norma complementa el Código Civil que establece que cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no puede casarse otra vez antes del parto y que si la mujer se ha casado de nuevo y se dudare de la paternidad se acudirá a las pruebas periciales de carácter biológico y el dictamen de facultativos. El Código Colombiano tenía una norma similar, pero fue declarada inaplicable por la Corte Constitucional en el año 2000<sup>16</sup>. Asimismo tanto el Código Civil Chileno como el Colombiano establecen que la mujer y su nuevo marido serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad.

De otra parte, en el Código Civil Chileno se han incorporado temas más nuevos que hacen a la determinación de la maternidad y la paternidad. En tal sentido entiende que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, no pudiendo impugnarse la filiación determinada según esta regla.

La ley venezolana establece que si el presunto padre no reconoce su paternidad tiene la obligación de acudir ante la citación judicial para aclarar la situación y puede pedírsele la prueba de ADN, que es gratuita; si se negare a practicarse la prueba se considera un indicio en su contra, pero tan solo un indicio de paternidad y no una prueba, a diferencia de otras legislaciones y de las destacables tendencias en esta materia, como muestra el Recuadro No2.

---

<sup>16</sup> Por Sentencia C-1440-00 del 25 de Octubre de 2000



**Recuadro 2**  
**LA LEY DE PATERNIDAD RESPONSABLE DE COSTA RICA**

La ley promulgada en 2001 establece que la mujer es la que indica quién es el padre de su hijo y así se le inscribe. Si el hombre considera que el bebé no es suyo, debe someterse a un examen de ADN para demostrar lo contrario; si no se presenta, se asume que es el padre y la ley le obliga a pagar pensión alimentaria.

Según el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), había una tendencia sostenida desde la década pasada de miles de nacimientos de niños y niñas sin reconocimiento voluntario y legal por parte del progenitor. En 1990 estos casos fueron el 21 % del total nacimientos, en 1996 de 27 % y en 1999 el 30% lo que dejaba sin protección, especialmente económica, a miles de niños y niñas. La Ley de Paternidad busca el apoyo económico –y de ser posible afectivo– de esa tercera parte de bebés; que queden inscritos con los apellidos del padre y la madre, además de disminuir sensiblemente los procesos judiciales de investigación de paternidad.

La amplia divulgación de esta ley provocó una verdadera agitación social; sólo entre mayo y junio de 2001, recién promulgada la ley, el INAMU recibió más de 11.000 llamadas para consultas y, desde este año, los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica abrieron .

A cuatro años de su vigencia, un estudio de la Universidad Nacional mostró que entre otros impactos, esta ley había sido uno de los factores clave para que Costa Rica haya alcanzado la tasa de crecimiento poblacional de reemplazo, lo que no es de extrañarse pues medidas de este tipo han provocado cambios bruscos en el número de nacimientos en otras partes del mundo, como suele suceder con la aplicación de programas de salud reproductiva. En el caso costarricense, la ley ha llevado a que los hombres se cuiden más en sus prácticas sexuales, ya que desde el año 2003 el porcentaje de nacimientos registrados como de “padre desconocido” pasó de 30 a 10 %.

Fuente: Mujeres Hoy. El portal de las latinoamericanas  
En <http://www.mujereshoy.com/secciones/2817.shtml> visitada el 02.02.09



### **III. Legislación laboral referente a las familias**

---

La intensificación del conflicto empleo-familia puede estar fundamentalmente determinada por las características del mercado laboral, pero es al interior de la propia familia donde esta se manifiesta con particular fuerza. Se requieren entonces nuevos modelos de política social que superen el esquema de hombre proveedor y mujer cuidadora, con programas orientados a apoyar los esfuerzos de las familias para combinar responsabilidades laborales y familiares (Sunkel, 2006). La legislación laboral debiera ser una de las vías para materializar este desafío.

La doctrina y legislación laboral referente a las familias, ha pasado de la regulación protectora del empleo femenino –pues estaba regulado y protegido más en la calidad de madres de las mujeres que de trabajadoras y asimilando feminidad a minoridad–, a la protección a la maternidad y de ahí a protección de las responsabilidades familiares, independientemente de quien las ejerza. Los convenios de la OIT son un fiel reflejo y a la vez impulsores de esta evolución. Sin embargo, la generalidad de las legislaciones latinoamericanas no ha llegado a la protección y apoyo de las responsabilidades familiares. De las legislaciones analizadas sólo la venezolana se encuentra en ese estadio, lo que puede obedecer a que es la más reciente.

Cómo se constata a continuación, las legislaciones asumen que las mujeres se encargan de la crianza e incluso pareciera que el legislador consideró que se retiran del empleo para cuidar a los hijos pequeños, a juzgar por las escasas disposiciones para armonizar el empleo y las responsabilidades familiares.

Los varones prácticamente no figuran entre los destinatarios de las escasas normas referentes a los dependientes de los trabajadores.

Los supuestos de las normas laborales sobre protección a la maternidad y otras que impactan en las relaciones familiares contrastan con la realidad latinoamericana de masiva incorporación de las mujeres al empleo. Además, la curva de la participación laboral femenina para el promedio de la región ya no tiene la forma de una u invertida, debido a que las mujeres no se retiran del mercado laboral en las edades reproductivas, y más bien la participación se incrementa entre los 25 y los 49 años. Pero también mientras para las mujeres la tenencia de hijos constituye un problema para su inserción y permanencia en el mercado laboral, para los varones es un estímulo (Rico, 2004). Las legislaciones laborales refuerzan estas tendencias<sup>17</sup>.

## **A. Disposiciones para los trabajadores con responsabilidades familiares**

Las disposiciones que asumen a los trabajadores como integrantes de una familia, y que en tal calidad tienen responsabilidades familiares y derechos, siguen ligadas a las mujeres. Básicamente se refieren a los periodos de embarazo y lactancia, son muy escasas las normas que aluden a otros periodos de la crianza y no hay normas que consideren las necesidades de cuidado de otros miembros de las familias, más allá de los hijos. Esta última ausencia está relacionada con la consideración predominante de las mujeres como madres, y no en otra posición de filiación.

Por su parte, los varones mayormente no figuran como sujetos con responsabilidades familiares de ningún tipo, o el legislador asume que hay alguien más que puede hacerse cargo de sus responsabilidades en esta materia. La contra cara de ello es que los hombres tampoco tienen derechos de protección a la paternidad o de apoyo en tanto trabajadores con familiares necesitados de cuidado.

### **1. Licencias maternales**

Las licencias maternales fueron tratadas inicialmente en la Seguridad Social y en el Derecho Laboral de forma semejante a las licencias por enfermedad común (es decir no enfermedad profesional o accidente de trabajo). Esto porque la maternidad coincidía en algunos aspectos con la incapacidad laboral transitoria propia de las patologías, tales como la interrupción del desempeño laboral pero no de la relación laboral, puesto que el vínculo contractual se mantiene, y la necesidad de la continuidad de ingresos monetarios durante ese período y de asistencia sanitaria. La semejanza entonces está en las consecuencias, pero la maternidad es un estado fisiológico normal y deseable, que por tanto amerita un tratamiento diferente. Este reconocimiento abrió el camino, tanto en la doctrina como en los convenios internacionales, hacia la protección de la maternidad primero y luego de las responsabilidades familiares (Torrente, 1999).

En materia de licencias maternales, la ley argentina establece la prohibición de trabajar durante 90 días (45 días anteriores y 45 posteriores al parto). La trabajadora queda facultada a optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que no podrá ser inferior a 30 días y tomar el resto de la licencia después nacimiento del hijo o de la hija. El salario de la trabajadora es reemplazado por una asignación familiar de igual monto a cargo del seguro social. Con posterioridad al vencimiento de los periodos de prohibición de trabajo por maternidad, la trabajadora puede optar por continuar su trabajo en la empresa tal como lo venía desempeñando o

<sup>17</sup> En el anexo se presenta el contenido de las normas laborales referentes a las responsabilidades familiares de trabajadores y trabajadoras de los países abordados por este estudio.

rescindir su contrato de trabajo, recibiendo el 25% de su remuneración en concepto de indemnización por cada año de servicio (Pautassi y otras, 2004).

La legislación argentina también establece que la trabajadora que tuviere un hijo con síndrome de Down tendrá derecho a seis meses de licencia sin goce de sueldo, desde la fecha del vencimiento del postnatal, percibiendo una asignación familiar cuyo monto será igual a la remuneración que ella habría percibido si hubiera prestado servicios (Ley 24.716/96).

En Bolivia, de acuerdo a la Ley General del Trabajo, el pre y postnatal es de 45 días antes y 45 después del parto, prorrogables por enfermedad o impedimento sobreviniente. Por su parte, el dinero que la trabajadora percibe en este período tiene, según la ley, la naturaleza de subsidio, y equivale al 100% de la remuneración, 90% de la cual debe ser cubierto por la Seguridad Social.

En Colombia, el descanso de maternidad es de 12 semanas, según la denominada “Ley María” (Ley 755 de 2002), al menos 6 de las cuales deben ser gozadas con posterioridad al parto (DC 956 de 1996), y en caso de aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas (Código del Trabajo). Durante estos períodos la trabajadora percibe el 100% de salario base, que es cubierto por la Seguridad Social (DC 960 de 1991). También se dispone una licencia de 6 semanas para la madre adoptante del menor de 7 años desde la entrega oficial del menor (Ley 50 de 1990).

El Código del Trabajo chileno otorga licencia por maternidad de 18 semanas: 6 previas al parto y 12 posteriores al mismo. Dicha licencia es de carácter irrenunciable, por lo que durante este plazo queda prohibido el trabajo de las mujeres y sus puestos de trabajo deben ser conservados. Durante este período las trabajadoras perciben un subsidio por maternidad, de acuerdo a una fórmula que asegura un monto similar a su remuneración real<sup>18</sup>.

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de Venezuela establece 6 semanas antes y 12 después del parto, ampliables por enfermedad sobreviniente, y que el descanso no utilizado en el pre natal se acumulará al post. También dispone que si el parto se retrasase se incrementa el prenatal no pudiendo disminuirse el postnatal. Asimismo, que el empleador está obligado a conceder a la trabajadora sus vacaciones, si ella lo solicitara, inmediatamente después del post natal. La prestación percibida durante estos períodos es del 100% del salario a ser cubierto por la Seguridad Social y tienen la naturaleza de una licencia remunerada.

## 2. Excedencia

La excedencia no es una situación legal muy conocida en América Latina. Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra excedencia tiene dos acepciones, ambas referentes al ámbito laboral: 1) *Condición de excedente, referida al funcionario público que no ejerce su cargo, o al trabajador que no ocupa su puesto de trabajo durante un tiempo determinado;* y 2) *Haber que percibe el funcionario público que está excedente.*

Como se aprecia, la primera acepción alude a los trabajadores que no están en el desempeño de su trabajo, pero están manteniendo el vínculo laboral, y la segunda al haber que percibe durante este período el funcionariado público únicamente.

La figura de la excedencia no surge históricamente para el cuidado, sino para cumplir otro tipo de funciones como el servicio militar, o de derechos como la dedicación a la actividad sindical. Mientras duraba el servicio militar o la dirigencia sindical, los puestos de trabajo debían ser

---

<sup>18</sup> Antes de 1994 el sistema usado para calcular el subsidio resultaba en un monto muy inferior a la remuneración.

resguardados, sin salario, y al finalizar las actividades que originaron la excedencia el trabajador regresaba a su empleo.

La regulación de este derecho tenía variaciones tanto en la doctrina como en las legislaciones y mientras en unos casos significa tan solo un derecho de preferencia frente al puesto vacante, en otros es el resguardo absoluto del mismo, pero casi siempre el tiempo es computable a efectos de antigüedad en el puesto laboral.

La excedencia fue utilizada para razones de crianza, no de maternidad. Por tanto, la causa es el cuidado del hijo biológico o adoptado, que puede estar a cargo de cualquiera de los padres. Luego en el derecho español se consideró la excedencia por cuidado de familiares hasta determinado grado de consanguinidad o afinidad (Torrente, 1999).

Entre los países analizados, solo la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) de Argentina contempla esta figura y sólo para las mujeres, asumiendo una vez más que la crianza es un asunto y responsabilidad femenina y contrariando el bien jurídico tutelado con que nació esta figura en la doctrina, es decir la crianza y el cuidado, con independencia de quien los ejerza.

La excedencia por cuidado de hijos puede ser tomada cuando termina el post natal por un plazo mínimo de 3 meses y máximo de 6, sin goce de sueldo, pasados los cuales la trabajadora podrá reincorporarse al mismo cargo que tenía antes del parto o “en cargo superior o inferior al indicado de común acuerdo con la trabajadora”. Si no fuere admitida será indemnizada como si se tratara de despido injustificado, salvo que el empleador demostrara la imposibilidad de reincorporarla, con lo cual se le abona sólo una indemnización del 25%. La reincorporación queda en entonces librada al arbitrio del empleador, y los plazos de excedencia no se computan como tiempo de servicio ni se le efectúan descuentos de la seguridad social. Se considera en definitiva como un tiempo no trabajado de cualquier índole y no se reconocen las tareas reproductivas (Pautassi y otras, 2004).

### 3. Licencias paternales

Desde hace unos años se ha comenzado a legislar para reconocer a los trabajadores varones su calidad de padres, estableciendo algunas licencias por nacimiento de hijos y adopción, mientras que las licencias para padres por motivos de crianza en otras etapas más allá del período inmediato al nacimiento son menos comunes. Estas licencias pueden considerarse tanto una aplicación del derecho a la igualdad que beneficia a los hombres, como una medida de redistribución del cuidado que beneficia a las mujeres, y por último como un mecanismo tendiente al cuidado integral de la niñez, que por tanto va también en beneficio de ésta.

En Argentina, el padre tiene una licencia de 2 días corridos por nacimiento del hijo, mientras que los municipios de Rosario (provincia de Santa Fe) y Morón (Buenos Aires) han implementado 10 días hábiles de licencia por este motivo. En Colombia se reconocen 4 días si sólo el padre está cotizando a la Seguridad Social y 8 días si ambos padres cotizan (Ley 755 de 2002). También Ley 50 de 1990 dispone 6 semanas para el padre adoptante de un menor de 7 años *que no tenga cónyuge o compañera*, reflejando una vez más que el legislador consideró que la responsable de la crianza es la madre y que el padre puede o debe hacerse cargo solo subsidiariamente y ante la ausencia de la mujer.

En Chile, la Ley 20.047 otorga 4 días de licencia al padre por nacimiento de un hijo (anteriormente la licencia era de un día), que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, pudiendo ser días corridos o distribuirlos dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento. Este beneficio se extiende al padre adoptivo, contando desde la sentencia de adopción definitiva y es un derecho irrenunciable.

Además, se establece que: “si la madre muriera en el parto o durante el período del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre”. De tal modo, y de manera similar a la legislación argentina, el Código parte del supuesto que, mientras la madre viva, la responsabilidad de la crianza de niños durante los primeros meses es suya, pero en caso de que ésta fallezca, los derechos vinculados con el cuidado de sus hijos se trasladan al padre (Pautassi y otras, 2004).

La Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de Venezuela establece 14 días continuos después del nacimiento o sentencia de adopción del menor de 3 años; y 28 días si sobreviene enfermedad de éste o la madre. Si ésta falleciera el padre gozará de su postnatal. También dispone que si el trabajador pidiera su vacación después de vencida su licencia, el empleador se la debe conceder. Asimismo queda expresamente establecido que estas licencias son sufragadas por la Seguridad Social.

La experiencia internacional ya ha mostrado que los permisos parentales, si son por lo menos parcialmente obligatorios, ejercen un impacto positivo en la armonización de las esferas laborales y familiares (Unión Europea, Comisión de Derechos de la Mujer, 2004). De otra parte se equiparan no solo los derechos de padres y madres en estas materias, sino que se da la posibilidad a los receptores del cuidado, sea la niñez o familiares enfermos o ancianos, de contar con la cercanía de sus parientes varones. Además, la ley consagra por esencia el deber ser, la norma, lo considerado bueno y normal, emitiendo un claro mensaje respecto de las responsabilidades tanto de mujeres como de varones respecto del cuidado.

#### **4. Licencias parentales u otras para el cuidado de familiares dependientes**

Como se pudo apreciar, las legislaciones se refieren sobre todo al período pre y post parto y en algunos casos se ha introducido la licencia por adopción, sin que haya, salvo excepciones, licencias de maternidad para otras etapas del ciclo vital. Cabría esperar por tanto que las licencias referidas a otros períodos de la crianza no sean de maternidad sino parentales, es decir para cualquiera de los dos padres, pero esto tampoco sucede. La ausencia es aun mayor para el cuidado de otros familiares, como pueden ser personas enfermas, ancianas o necesitadas de cuidado por otras circunstancias. Estas ausencias denotan que el cuidado no es considerado por las legislaciones laborales referentes a las familias como un bien jurídico que les corresponda proteger, y que los trabajadores y trabajadoras no son vistos como personas con responsabilidades familiares.

**En Colombia** se dispone una licencia por calamidad doméstica siempre que se acredite la necesidad y salvo pacto en contrario no es remunerada. **En Chile, en caso de enfermedad grave de hijos menores de 18 años, se establece por Ley N°19.505 de 1997**, la posibilidad de ausentarse del lugar de trabajo hasta por 10 jornadas en un año calendario a la madre trabajadora -o al padre, cuando ambos trabajan y la madre decide que sea él, o cuando ella falta por cualquier causa-, en el evento de que la salud de un hijo requiera de la atención personal de sus padres por accidente grave, enfermedad terminal o con probable riesgo de muerte. El mismo beneficio se concede a quien tenga la tuición del menor de 18 años que se encuentre en alguna de dichas situaciones. Se contemplan también diferentes formas de compensación de las jornadas no trabajadas, las que deberán establecerse de común acuerdo por las partes.

**En Venezuela**, la trabajadora que adopte un menor de 3 años tiene 10 semanas de licencia y la embarazada dispone de dos permisos de media jornada o uno de completa cada mes para su atención médica. Asimismo, el padre o madre del menor de un año dispone de un día al mes de licencia para concurrir al centro pediátrico (Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo).

En América Latina no se encuentra legislada la posibilidad de que trabajadores y trabajadoras puedan asumir el cuidado de sus padres cuando estos son mayores o ancianos. Tan sólo en algunos casos se establecen licencias de entre uno y tres días en caso de muerte de uno de los padres o suegros. Por ello se debe incorporar a la esfera del cuidado a la población adulta mayor ausente de toda consideración en las legislaciones laborales y en un contexto de sistemas de seguridad social gravemente debilitados y con serios problemas de cobertura y calidad de sus prestaciones (Pautassi, 2007). En los países abordados lo más cercano es la licencia por calamidad doméstica de Colombia, pero como su nombre lo indica alude sólo a situaciones catastróficas y excepcionales y no a las necesidades cotidianas o menos graves del cuidado, además de no ser remunerada.

## 5. Protección a la maternidad y la paternidad

Tradicionalmente la protección de la maternidad abarcó dos ámbitos: de una parte la salvaguarda de la salud de la trabajadora embarazada y del recién nacido; y de otra el resguardo del puesto de trabajo tanto durante el embarazo como en un período posterior al nacimiento, frente a posibles arbitrariedades del empleador.

En el primer espacio de protección, es decir el resguardo de la salud de la trabajadora embarazada, la doctrina ha considerado no sólo condiciones materiales del trabajo, como puede ser manipulación de materiales peligrosos para la salud, sino también aspectos organizativos como la duración de la jornada, el ritmo de trabajo, el trabajo nocturno, las posturas que puedan resultar incómodas o perjudiciales para el embarazo y otras situaciones similares. De ahí que la protección de la maternidad, desde esta óptica, implique para el empresario una obligación preventiva, que en su caso puede traducirse en el traslado de la trabajadora a otro puesto de trabajo sin rebaja de sueldo, como establecen algunas de las legislaciones analizadas.

El segundo espacio de protección de la maternidad es la estabilidad por motivos de embarazo o fuero maternal, establecida para proteger a la trabajadora embarazada de posibles despidos motivados en la maternidad. Es esta forma de protección la que está siendo extendida a los trabajadores padres en una igualación hacia arriba de este derecho, luego de algunos debates que proponían eliminar el fuero maternal, pues daba lugar a que las trabajadoras no sean contratadas para evitar que “abusen” de este derecho, se ha optado sabiamente por extender el beneficio a los hombres eliminando el pretexto de la discriminación.

En Argentina, la LCT garantiza la estabilidad en el empleo a toda mujer durante el período de gestación y hasta culminado el postnatal. En Bolivia se dispone el fuero maternal durante el período de gestación y hasta que el niño o niña tenga un año de edad. También se establece que durante el estado de gestación la trabajadora deberá tener un tratamiento acorde, sin que esto afecte su nivel salarial ni ubicación laboral. Recientemente, por el Decreto Supremo 0012 de febrero de 2009 se amplía este derecho a los padres. El decreto en su artículo 2 señala: *La madre y/o padre progenitores, sea cual fuere su estado civil, gozarán de inamovilidad laboral desde la gestación hasta que el hijo o hija cumpla 1 año de edad, no pudiendo ser despedidos, afectarse su nivel salarial, ni su ubicación en su puesto de trabajo.*

En Colombia el Código instituye la inamovilidad durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto. El Código de Trabajo de Chile, en el título dedicado a la protección de la maternidad, dictamina la estabilidad de la mujer en el puesto de trabajo durante el embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, razón por la cual el empleador, durante dicho período sólo podrá poner fin al contrato con autorización del juez competente. A su vez, si la trabajadora embarazada, habitualmente desempeñaba trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro



trabajo que no sea perjudicial para su estado<sup>19</sup>. Asimismo cabe destacar que desde la vigencia de la Ley 19.591, se les reconoce el denominado fuero maternal también a las empleadas domésticas, cuyo trabajo aun es regulado en un régimen especial menos ventajoso (Pautassi y otras, 2004).

En el caso de Chile el fuero maternal se complementa con otra ley que prohíbe la solicitud de un examen de embarazo en las postulaciones. Además, la Ley N° 19.670 del 2000 otorga fuero por un año a las mujeres y los hombres viudos o solteros que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo. El fuero se cuenta desde que el juez dicta la resolución que confía el cuidado personal o la tuición a estos trabajadores.

También hay un incipiente fuero paternal. La Ley 19.250, que otorgó el permiso postnatal al padre en caso de fallecimiento de la madre, lo excepcionaba del fuero que tienen las trabajadoras. Esta situación fue subsanada mediante la Ley 19.670 del 2000, que equipara los derechos de los padres, garantizándoles no sólo el permiso postnatal por causa de muerte de la madre sino también la protección frente al despido durante el período de permiso.

En Venezuela, la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (2007) establece el fuero paternal hasta un año después del nacimiento para el padre biológico o adoptante de un menor de 3 años; equiparando así este derecho para los hombres, con el que ya tenían las madres trabajadoras en virtud de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece la prohibición de despido durante el embarazo y hasta 1 año después del parto y durante el año posterior a la adopción.

Otras protecciones establecidas por la legislación laboral son la prohibición de la petición de test de embarazo (LOT y Ley de Igualdad de Oportunidades); la exención de tareas que perjudiquen el desarrollo del feto y prohibición de traslado de su lugar de trabajo a no ser por razones de servicio o por proteger su estado de gravidez, pero sin rebaja de sueldo y condiciones de trabajo (LOT). Asimismo, se prohíbe disponer un salario menor para la embarazada y trabajadora en lactancia ante el mismo trabajo ejecutado por otros en el mismo establecimiento.

## 6. Guarderías

Las guarderías que deberían establecer las empresas con determinado número de trabajadores, debieran constituir una parte de la oferta privada de cuidado para la niñez en edades tempranas. Sin embargo, donde existe esta normativa no goza de cumplimiento masivo. Tradicionalmente el establecimiento de salas cunas o de guarderías como una obligación patronal estuvo ligada a la contratación de trabajadoras; lamentablemente este sesgo aun persiste en buena parte de las legislaciones que contemplan esta obligación de las empresas, asumiendo que la crianza es una responsabilidad femenina.

La Ley del Contrato de Trabajo de Argentina establece la obligación de las empresas que tengan un número de trabajadoras a determinarse de mantener salas cunas, pero esta norma nunca fue reglamentada ni aplicada (Pautassi, y otras, 2004). El número que se adoptó en los hechos fue el de 50 trabajadoras mujeres.

La Ley General del Trabajo de Bolivia dispone la obligación de establecer salas cunas para empresas con más de 50 trabajadores, pero luego su Decreto Reglamentario agrega *donde las trabajadoras puedan amamantar a sus hijos menores de un año y dejarlos mientras ellas permanezcan en sus tareas* (art. 56). De manera que a la buena práctica que podría constituir la

---

<sup>19</sup> Entre los trabajos considerados perjudiciales para la salud de las embarazadas, se consideran los que se ejecuten en horario nocturno o en horas extraordinarias de trabajo (Código de Trabajo, Art. 202).

norma que establece esta obligación en función del número total de trabajadores, indistintamente de su sexo, el reglamento le acota que es para que las mujeres puedan amamantar a sus hijos.

En Colombia el Código establece la obligación del empleador de instalar una sala de lactancia o contratar el servicio con instituciones de protección infantil para madres con lactante. Es decir que la obligación patronal es solo de salas cunas para madres con bebés lactantes, ni siquiera guarderías o centros de cuidado, pues fue derogada la norma que obligaba a los empleadores a establecer guarderías cuando tuvieran más de 50 trabajadoras.

En el caso de Chile, se establece en el Código de Trabajo que los establecimientos y empresas que ocupan 20 o más trabajadoras deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo<sup>20</sup>. Desde 1998, se modifica la norma relativa a la obligación de los “establecimientos”, reemplazándolo por las “empresas” y por “los establecimientos de las empresas”, con lo que se amplía el beneficio de salas cuna a las trabajadoras de cadenas de empresas, de modo que el mínimo de 20 trabajadoras para acceder a este derecho no se exige en cada establecimiento o filial, sino en la empresa en su totalidad. Asimismo se establece como responsabilidad del empleador el contar con una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños, pero no el número de personas a cargo en relación con la cantidad de niños a ser atendidos (Pautassi y otras, 2004).

La legislación laboral venezolana establece guarderías obligatorias para el empleador con más de 20 trabajadores, pudiendo contratar el servicio o asociarse con otros empleadores para brindarlo.

Las normas que establecen la obligación de la instalación y mantenimiento de guarderías en función del número de trabajadoras empleadas parten del supuesto que será la madre trabajadora -y no el padre- quien asistirá al lugar de trabajo con sus hijos. En caso de que la ley se cumpliera, lo que lamentablemente como se verá más adelante no sucede en todos los casos, se genera un incentivo perverso para el fraude a la ley. Este se presenta cuando cumpliendo el texto de la norma se transgrede su espíritu, y es esto lo que suele suceder: se mantiene premeditadamente la cantidad de trabajadoras suficiente para no generar la obligación legal, tal como también se mostrará en el título referente al estado de cumplimiento de la ley.

## 7. Hora de lactancia

El permiso para que las madres puedan amamantar o alimentar de otra forma a sus hijos lactantes durante la jornada laboral es otra figura de la legislación laboral estrictamente ligada a las mujeres. Los legisladores latinoamericanos no parecen haberse percatado nunca de que hay casos en que no hay amamantamiento y que los padres trabajadores podrían alimentar perfectamente a sus hijos.

La LCT de Argentina establece que “toda trabajadora, madre de lactante, podrá disponer de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo en el transcurso de la jornada de trabajo y por un período no superior a un año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado”. En Bolivia, la Ley General del Trabajo dispone que las trabajadoras podrán tomar dos descansos no inferiores en total a una hora. El Código Chileno establece el derecho en términos similares. En Colombia el Código del Trabajo establece dos descansos de 30 minutos durante los 6 primeros meses de edad del hijo, que pueden extenderse con razones acreditadas por certificado médico. En Venezuela

---

<sup>20</sup> Además, la construcción y modificación de las salas cunas debe ser aprobada por el Ministerio de Educación. Sólo en períodos vacacionales, pueden utilizarse los Jardines Infantiles con los que cuenta el sistema de educación pública para ejercer las funciones de salas cunas.

según la Ley Orgánica del Trabajo el tiempo dispuesto es el mismo, a no ser que la empresa carezca de guardería caso en el cual éste se duplica<sup>21</sup>.

Nótese que las legislaciones argentina, boliviana y colombiana hablan de *descansos* para referir a los períodos de lactancia, reflejando la percepción del legislador de esta práctica, que en realidad hace parte del trabajo reproductivo. Además, considerar *descanso* a la hora de lactancia hasta puede resultar contradictorio con el fomento de la lactancia materna que se promueva desde los Estados. En Bolivia por ejemplo, el año pasado se promulgó una ley que a tiempo de regular la importación de leche en polvo maternizada, más que promover casi compele a las mujeres al amamantamiento. Estas imposiciones, así como los incentivos que hay desde las políticas públicas para la lactancia materna contrastan con su consideración como descanso.

## 8. Asignaciones familiares y otras prestaciones

Las asignaciones y subsidios familiares surgieron para evitar el desequilibrio económico que venía con la ampliación de la familia tras la llegada de uno o más hijos. Tradicionalmente estas asignaciones eran pagadas al jefe de familia, aun cuando ambos padres trabajaran, e incluso en las décadas de los 50 y hasta 60 fueron establecidas con el objetivo expreso de completar el “salario familiar” y evitar que la mujer entrara en el empleo o devolverla desde éste al escenario familiar. Los países pioneros en los sistemas de seguridad social, también lo fueron en la instauración de estos beneficios. Así, en Chile a partir de 1938 y durante los gobiernos del Frente Popular, se establece un estado de bienestar que instauró fuertes políticas para difundir el modelo de familia nuclear, con sus respectivos roles masculinos y femeninos. Todos los beneficios estaban dirigidos a “la familia” legalmente constituida, de manera que un ciudadano accedía a más beneficios si era esposo y padre. De ahí que el gobierno apoyara al movimiento obrero cuando demandó un salario familiar que les permitiera satisfacer las necesidades de sus dependientes (Rosemblatt, 1995).

Ya en la décadas del 70 y 80 del siglo pasado se fue reconociendo incipientemente a nivel de doctrina jurídica iberoamericana, que otorgar indefectiblemente estas asignaciones al jefe de familia, siempre masculino, o condicionar su entrega a la ausencia de empleo por parte de la mujer, reflejaba una ideología que no coincidía con las nuevas tenencias del Derecho del Trabajo al incidir en una imagen de una trabajadora que debía combinar su tarea con sus responsabilidades en el hogar. Sin embargo, por ejemplo en el derecho comunitario europeo se consideró que retirar estas asignaciones podía atentar contra derechos adquiridos e incluso contradecir el principio laboral de que sólo se acepta la retroactividad de la ley en materia social cuando beneficia al trabajador. Por ello, la solución estuvo en extender estos beneficios a ambos sexos (Torrente, 1999).

En Argentina se establece una asignación para el caso de la licencia por nacimiento de un hijo o hija con Síndrome de Down. Además están las asignaciones por nacimiento, adopción matrimonio y ayuda escolar, todas ligadas al mercado del empleo formal, por lo mismo, al igual que sucede en los otros países, su cobertura es limitada. Según la Encuesta de Condiciones de Vida (2001) estos beneficios llegaban a poco más del 30% de los menores de 18 años como promedio nacional, pero tan sólo al 4,7% de los menores de hogares indigentes, al 27,9% de los pobres no indigentes y entre los no pobres ascendía casi la mitad (Rodríguez, 2007). Desde el año 1996 la percepción de las asignaciones está ligada al nivel salarial, estableciendo una línea de corte en tanto ya no se accede a las mismas en función de la contingencia (por ejemplo por nacimiento o matrimonio) sino del ingreso, con toques mínimos y máximos salariales para la prestación del

<sup>21</sup> El Reglamento establece que por 6 meses, y que el Ejecutivo podrá extender el período. Con tal facultad la Resolución Ministerial (de Salud y Trabajo) de 22.09.06 extiende el período a 9 meses prorrogables a 12 en ausencia de guardería en la empresa y ante una lista de situaciones y enfermedades.

beneficio. En las reformas posteriores se fue modificando el nivel de salarial mínimo y máximo que determina el derecho a este beneficio.

La legislación boliviana reconoce un subsidio prenatal para la madre gestante, asegurada o beneficiaria, de una asignación mensual de: leche entera, derivados lácteos y sal yodada fluorada, por un valor equivalente a un salario mínimo nacional, a partir del primer día del quinto mes de embarazo y hasta el día de nacimiento. Asimismo, como subsidio de natalidad, se entrega a la madre gestante asegurada o beneficiaria, un pago en dinero equivalente a un salario por el nacimiento de cada hijo, contra la presentación del certificado de nacimiento. Por último está el subsidio de lactancia, que consiste en una asignación mensual en especie que consta de: leche entera, derivados lácteos y sal yodada fluorada por un valor equivalente a un salario mínimo por cada hijo, durante sus primeros doce meses de vida.

Por su parte, el Código Colombiano establece un subsidio familiar en dinero para los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los 4 salarios mínimos, siempre que laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen 6 salarios mínimos. El subsidio se recibe durante las vacaciones anuales y en días de descanso o permiso remunerado; períodos de incapacidad o maternidad. Tienen derecho al subsidio los trabajadores con: hijos menores de 18 años (después de los 12 años se debe acreditar la escolaridad); hermanos menores de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador; padres mayores de 60 años que no reciban ingreso o pensión; padres, hermanos huérfanos de padres e hijos inválidos o de capacidad física disminuida (causarán doble cuota de subsidio familiar). Pueden cobrar simultáneamente el subsidio por los mismos hijos el padre y la madre, cuyas remuneraciones sumadas no excedan de 4 salarios mínimos.

En los casos señalados las asignaciones y subsidios están ligados a la seguridad social. En otros casos estas prestaciones tienen carácter universal. La posibilidad de que el beneficiario de la asignación familiar sea el cuidador de la persona dependiente es una novedad que se ha introducido recientemente en las prestaciones de algunos países europeos. La situación que origina el derecho a la prestación está limitada en todos los países de forma similar: imposibilidad o dificultad notable para realizar las tareas de la vida diaria (Unión Europea-Comisión de derechos de la mujer, 2004).

Sin desconocer la importancia de la seguridad social, cabe recordar que en la región esta protege solo a los sectores formales del mercado del empleo; a no ser que se cambie el eje de intervención para convertir a la Seguridad Social en nuevo vector de integración social, consolidando redes de seguridad y no sistemas de protección, que no tengan a la asalarización como requisito. En este sentido, el derecho a cuidarse y a cuidar, sería una forma revisada de las contingencias que gozaban de protección en los sistemas de seguridad social, pero que no tenga como requisito de cobertura el trabajo asalariado formal (Pautassi, 2007).

Por último acotar que las prestaciones familiares, sean asignaciones o de otro tipo, en caso de estar ligadas a la seguridad social debieran cubrirse con el presupuesto general de ésta y no tratarse de prestaciones contributivas.

## **B. Estado de cumplimiento de la normativa**

En materia de ejercicio de derechos, con las políticas laborales, que son las que regulan las relaciones de trabajo y están dadas por la legislación en la materia, sucede lo mismo que con el resto de las políticas sociales: en ellas no se suele advertir la importancia de los sistemas y políticas de acceso a la justicia y a instancias de reclamo de derechos (Pautassi, 2007). Son conocidas las largas duraciones de los procesos judiciales laborales y en ocasiones también de los procesos

administrativos, que suelen combinarse con la falta de gratuidad de los mismos, a pesar de lo que dicen las leyes al respecto.

Además, el aparente incumplimiento de la normativa, puede relacionarse, al menos en el caso de los países andinos, con escasas o insuficientes capacidades institucionales, en el aparato estatal en general y en las Inspectorías del Trabajo en particular. Ello en un contexto en que mientras los derechos de las trabajadoras y –aunque tímidamente también– la redistribución de roles laborales y familiares ganan terreno, los Ministerios de Trabajo hace ya años que han perdido protagonismo y competencias (Marco, 2008).

La débil fiscalización se comprueba en el caso de las disposiciones laborales relativas al apoyo a trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, no tanto en las normas referentes a la protección a la maternidad que gozan de mayor cumplimiento y fiscalización. En Bolivia, una investigación revela que el cumplimiento del deber de las empresas de tener salas cunas, no es parte de la fiscalización que realizan las Inspectorías del Trabajo (Marco, 2007). Ello en un contexto en el que tan solo el 20% de las relaciones obrero-patronales están bajo a regulación del Ministerio de Trabajo (Wanderley, 2008), mientras que en **Argentina el 60% de las madres que trabajan están desprotegidas, pues se encuentran fuera del alcance de la legislación laboral (Observatorio de la maternidad, 2008).**

**Respecto de Argentina, además se sostiene que** la degradación de los derechos laborales y el debilitamiento de las estructuras sindicales, tuvo un impacto directo en el desmantelamiento de redes sociales que favorecían la tutela de los derechos (Abramovich y Pautassi, 2006) y lamentablemente lo mismo podría decirse de varios países de la región.

De otra parte, si bien la trasgresión o incumplimiento de cualquier norma laboral puede denunciarse y debe sancionarse, ya sea por la vía administrativa o judicial, en la gran parte de los casos las normas que refieren a las responsabilidades familiares no establecen sanciones para su incumplimiento. El fuero de maternal es una excepción en ese sentido, pero otras normas como las relativas al establecimiento de guarderías, la hora de lactancia, o el subsidio de maternidad no suelen tener sanción contemplada en la ley. Venezuela es un caso cuya legislación establece sanciones ante el incumplimiento de las normas protectoras de la maternidad y la familia<sup>22</sup> y cuyas Inspectorías –según sostiene el Ministerio– supervisan el cumplimiento de la normativa en esta materia tanto de oficio como a solicitud de parte<sup>23</sup>. También según el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, la reciente Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad es mayormente cumplida (Marco, 2008).

En el caso boliviano se verificó el incumplimiento de la norma que establece que el subsidio pagado a la trabajadora durante el pre y post natal debería ser cubierto en un 90% por la Seguridad Social, pues en los hechos es pagado por la parte empleadora (Marco, 2008). Por su parte, en Chile el acceso a los servicios de cuidado infantil ha sido bastante reducido, pese a lo establecido en la ley, dado que el intento de doblar la ley contratando mujeres en una cantidad que no genere la obligación legal de guarderías es una práctica común (Reyes, 2007).

Esta serie de incumplimientos y la debilidad de las fiscalizaciones es común en América Latina, donde las buenas intenciones de los Estados parecieran agotarse en la ratificación de convenios internacionales y adopción de leyes, muchas veces progresistas; no hay conciencia de que las obligaciones jurídicas del los Estados abarcan el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad (Abramovich y Pautassi, 2006).

<sup>22</sup> Uno a cuatro salarios mínimos de multa en Art. 632 de Ley Orgánica del Trabajo.

<sup>23</sup> En encuesta respondida en Marco (2008).

Queda claro además que las disposiciones sobre maternidad y paternidad entregan a las mujeres la mayor responsabilidad social y afectiva, pero no les entregan los recursos para ejercer esta responsabilidad; resultando en una negligencia estatal frente a la situación de las familias y en que las labores de cuidado recaigan sobre las mujeres, que se convierten en la caja negra de la ineficiencia estatal (Montaño, 2007).

## IV. Legislación de protección a la niñez

---

Las legislaciones de protección de los niños, niñas y adolescentes figuran entre las leyes analizadas como las más garantistas y con enfoque de derechos. Se trata de normas en las que se establecen importantes funciones para las familias, para asegurar el goce de una serie de derechos de los menores de edad, pero también –finalmente– los Estados figuran con un rol notable en la materialización de estos derechos.

El Código Civil Argentino define a los menores de edad como los menores de 21 años y como impúberes a los menores de 14 años. El Código del Niño, la Niña y el Adolescente de Bolivia (Ley 2026 de 1999) considera niños a los menores de 12 años y adolescentes desde esta edad y hasta los 18. El Código Civil Colombiano considera *infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún*<sup>24</sup> años, y *menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos* (art. 34). Hasta el año 2005 el artículo hacía una diferencia de género, pues consideraba impúber al varón menor de 14 años y a la mujer menor de 12, pero la Corte Constitucional<sup>25</sup> eliminó esa discriminación, que cómo se mencionó en el título de legislación

---

<sup>24</sup> La Ley 27 publicada en el Diario Oficial No. 34.902, de 4 de noviembre de 1977, estableció la mayoría de edad a los 18 años. El artículo 340 del Código Civil otorgaba la habilitación de edad a partir de los 18 años. En este sentido quedó derogada la habilitación de edad.

<sup>25</sup> Mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005.

sobre familias puede dar lugar a un inicio excesivamente temprano del matrimonio en las adolescentes con las consecuencias que ello implica. La Ley de la Infancia y la Adolescencia ratifica que niño o niña es el menor de 12 años, mientras que declara adolescentes a las personas comprendidas entre los 12 y los 18 años de edad.

La legislación chilena solo define la minoridad, más no al niño o adolescente, mientras que la venezolana considera niños a los menores de 12 años y adolescentes a los comprendidos entre esa edad y los 18 años.

En todas las legislaciones la minoridad equivale a incapacidad jurídica, con la excepción de que se establece una edad para trabajar y celebrar contratos al efecto. En Argentina es a los 18 años, en Bolivia a los 14, en Colombia a los 15 –aunque puede autorizarse a los menores de esta edad a trabajos artísticos, deportivos o culturales–, en Chile a los 18 y puede autorizarse excepcionalmente a los 15 para trabajos ligeros y en Venezuela a los 14 años.

La incapacidad jurídica se revierte, antes de alcanzar la mayoría de edad, por matrimonio o emancipación y para la ausencia temporal o definitiva de ambos padres están las instituciones de la tutela y la adopción. En todas las legislaciones estas figuras están sumamente reguladas, con normas detalladas y procedimentales, velando siempre por el interés del menor.

## **A. Protección del patrimonio de los menores**

Curiosamente antes que las legislaciones evolucionen para reconocer una serie derechos al niño y la niña y protegerlos, sí protegían sus patrimonios. Así el Código Argentino dispone que ante las nuevas nupcias de uno de los progenitores, que tenía a su cargo la administración de los bienes del menor, debe nombrarse un curador para que continúe llevando esa administración. Asimismo cuando uno de los progenitores muere el otro debe hacer un inventario de sus bienes, para precautelar la herencia que corresponde al menor; y también establece que la administración de los bienes del menor, que normalmente corresponde a ambos padres, se pierde por una administración inepta o ruinosa o por pérdida o suspensión de la patria potestad<sup>26</sup>.

En el mismo sentido, en el Código Civil Chileno establece que el cónyuge viudo que quiere contraer nuevas nupcias debe hacer inventario de los bienes del cónyuge difunto que pertenecen a los hijos; que los padres, que normalmente tienen la administración de los bienes del hijo y que también la pierden por suspensión o pérdida de la patria potestad, no pueden arrendarlos ni gravarlos ni negarse a herencias a nombre del hijo.

El Código Civil Colombiano dispone la obligación de inventario ante nuevas nupcias y la responsabilidad de los padres por daño a los bienes del hijo; tampoco pueden hacer donaciones o arriendos sobre sus bienes e incluso se presume la culpabilidad de los padres ante un aumento notable de los pasivos o disminución de los bienes de los hijos. Y en el Código Civil Venezolano están tanto la obligación de nombrar curador como de inventariar los bienes ante un nuevo matrimonio del padre o madre, requisitos sin los cuales éste no puede celebrarse.

## **B. Obligaciones de los niños, niñas y adolescentes**

El establecer obligaciones o deberes para los niños, niñas y adolescentes es parte de su consideración como sujetos de derechos. Sin embargo, se trataría más de la explicitación de un

---

<sup>26</sup> La patria potestad se pierde por mayoría de edad, emancipación, adopción o ingreso del o la menor a institutos monásticos; y se suspende por condena del progenitor por delito contra el o la hija, por abandono del mismo o por poner en riesgo su salud, seguridad, moralidad o darle malos tratos.



deber ser que de una obligación jurídica propiamente dicha, pues sobre todo a los niños y niñas no puede exigírseles cumplimiento alguno por medios legales.

En el Código Argentino, los únicos deberes que se establecen para los y las menores de edad son no contraer obligaciones jurídicas ni trabajar antes de los 18 años y vivir en la casa de los padres; en correspondencia si hace abandono de la vivienda los padres pueden pedir auxilio de la autoridad.

El Código de Familia Boliviano establece la obligación de los menores de someterse a la autoridad de sus padres, mientras que el Código del Niño, la Niña y el Adolescente dispone los deberes de: *Asumir su responsabilidad como sujeto activo en la construcción de la sociedad; 2. Defender, cumplir y preservar sus derechos y los derechos de los demás; 3. Respetar y preservar el patrimonio pluri-cultural y multiétnico que constituyen la identidad nacional; y, 4. Defender y preservar las riquezas naturales y la ecología del país* (art. 157). Las otras legislaciones estudiadas no establecen obligaciones para los niños, niñas y adolescentes.

## **C. Cambios en la concepción del niño y la niña y en la protección de sus derechos**

Las nuevas legislaciones referentes a la niñez y adolescencia han surgido bajo el impulso de la Convención de Derechos del Niño, de ahí que tengan como fin último el interés superior del niño y la niña y los consideren sujetos de derecho, con las consecuencias que ello conlleva en términos de exigibilidad de los derechos que le son reconocidos. Como se apreciará al analizar los cambios normativos en esta materia la evolución es muy notoria y positiva.

En Argentina hasta el año 1985 el Código Civil distinguía entre hijos naturales, incestuosos, adulterinos y sacrílegos; la eliminación de estas categorías discriminatorias y atentatorias contra la dignidad humana y la prohibición de consignar el carácter matrimonial o extramatrimonial de los hijos son resultado de la Convención de los Derechos del Niño, de la toma de conciencia de los derechos de la niñez, así como de su concepción como sujeto. Igualmente en Chile se destaca que en función de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño se eliminaron esas distinciones odiosas y también en función de esta Convención y de la CEDAW se aprobó la Ley 19.688 (2000) que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales.

En Colombia igualmente se distinguía entre varios tipos de hijos ilegítimos hasta el año 1936 (naturales; de dañado y de punible ayuntamiento, es decir los incestuosos y adulterinos; o simplemente ilegítimos). A pesar de que tempranamente, en relación a otras legislaciones, estas calificaciones odiosas fueron eliminadas, subsistieron resabios, pues la afinidad ilegítima persistió en la legislación hasta una resolución del año 1996 de la Corte Constitucional. También hasta 1982 prevalecían distintos derechos de herencia entre los hijos denominados naturales y los matrimoniales, luego la propia Constitución de 1991 establecería en su artículo 42: *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.*

Pero los resabios van más allá en esta legislación. El artículo 236, como aclarando que todos los hijos son iguales, declara que legítimos son todos los hijos, incluyendo los nacidos fuera del matrimonio. Sobre este artículo la Corte Constitucional se ha inhibido de pronunciarse, concretamente sobre el término "legítimo", pues tanto la norma como el calificativo están de sobra. Ahora, la norma se mantiene porque en los artículos posteriores resulta casi necesaria, pues hablan de la legitimación que deriva del matrimonio posterior al nacimiento y uno de los efectos de la legitimación es la otorgación de la patria potestad. Asimismo, luego el artículo 256 dispone que los

*hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones.* Nuevamente, el solo establecer las categorías resulta ocioso cuando menos y discriminatorio en el peor de los casos.

No obstante los resabios de normas discriminatorias, hay transformaciones innegables en las legislaciones y junto con ellas hay cambios en la percepción de la niñez al interior de la familia. Así, un estudio revela que en Chile el equilibrio entre mujeres y varones y el sentimiento hacia la infancia y la aparición del niño como sujeto, son los contenidos más notables de los cambios intergeneracionales. Además, en la clase alta hay el entendimiento de que el niño y la niña son personas distintos a los padres y no solamente hijos (Valdés y otras, 2005).

Otro cambio legal en las concepciones relativas al niño y la niña en Chile es la modificación en el Código Civil que establece que: *Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 234). Con esta modificación el Estado Chileno da cumplimiento a una recomendación específica que le formulara el Comité para los Derechos del Niño<sup>27</sup>, en el sentido de que la legislación no prohibía expresamente el castigo físico.

Igualmente, el Código Civil Colombiano establece que: Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos (art. 262). Al respecto la Corte Constitucional declaró exequible el artículo (Sentencia C-371-94), pero aclarando que las sanciones excluyen toda forma de violencia física o moral. Esta interpretación sería luego afianzada con la Ley de la Infancia y la Adolescencia que establece claramente que en ningún caso la responsabilidad parental, complementaria a la patria potestad, puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos.

La Ley Venezolana también dice expresamente que la disciplina en los establecimientos escolares debe ser acorde con los derechos y garantías de los niños y adolescentes, por lo que deben establecerse los hechos que son susceptibles de sanción y cuáles son las sanciones en el reglamento disciplinario de la escuela o instituto, quedando prohibidas las sanciones corporales, así como las colectivas y las sanciones por causa de embarazo de una niña o adolescente.

La Convención de los Derechos del Niño tuvo un importante efecto movilizador y reformador en todas las legislaciones abordadas, así como las recomendaciones del Comité de esta Convención. Sin embargo, hay ciertas obligaciones que ya correspondían a los Estados aun antes de ratificar esta Convención y de las cuales no se dieron por aludidos. En efecto, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 241 dice que: *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado* (el subrayado es de la autora).

En la actualidad las legislaciones ya hablan de la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y del ejercicio efectivo de los mismos<sup>28</sup>. En Argentina se trata de la Ley 26.061 de 2005<sup>29</sup>, en Bolivia del Código del Niño, la Niña y el Adolescente de 1999, en Colombia de la Ley 1.098 de 2006 o Ley de la Infancia y la Adolescencia, en Chile de la Ley de Menores, con

<sup>27</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 173, 3 de abril de 2002.

<sup>28</sup> Estas leyes también regulan el maltrato infantil, normas de jurisdicción y responsabilidad penal adolescente que no serán abordadas por exceder las intenciones de este estudio.

<sup>29</sup> En la última sesión del Comité de Derechos del Niño sobre el cumplimiento de la convención del mismo nombre por parte del Estado Argentino, se hace notar que no existía en ese momento ninguna legislación nacional que considere al niño como sujeto de derechos y se insta al Gobierno a que tome todas las medidas para que el Congreso apruebe sin tardanza el proyecto de ley de protección integral del niño y el adolescente (Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002).

modificaciones hasta el año 2005, y en Venezuela de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente de 1998.

Todas estas legislaciones ya se orientan expresamente por el interés superior del niño o niña, que la ley argentina define así: *A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia* (art. 3).

Estas legislaciones, reconocen nuevos derechos. En el caso argentino se reitera el derecho *a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos* (art. 2), lo que se corresponde con la nueva visión de la ley de los menores como sujetos; asimismo se reconocen el derecho a una buena calidad de vida; a no ser sometidos a explotación ninguna, trato vejatorio, intimidatorio ni a discriminación; a su integridad física, sexual y moral; a la identidad y la documentación; a la vida privada y familiar; a la salud y la educación; a no ser discriminados por motivos de embarazo, maternidad o paternidad; a la libertad, que incluye el derecho a tener sus propias ideas, creencias y culto y a expresarse en la vida cotidiana en la familia, la escuela y la comunidad, así como en su calidad de usuarios de servicios públicos; al deporte y al juego, entre otros derechos enunciados y que además se entiende no son taxativos.

El Código Boliviano establece también una serie de derechos, muchos de ellos recién incorporados con esta ley y que figuran a todo lo largo de su texto. Entre ellos se destaca el derecho a la identidad; la libertad, incluyendo la libertad de expresión, creencia y culto y la libertad de locomoción y asociación; a la integridad física, psíquica y moral; derecho a la nacionalidad; a no ser discriminado; a la salud, el derecho de las niñas y adolescentes embarazadas a la atención gratuita y a la orientación médica y psicológica y a permanecer en la escuela, el derecho de los niños discapacitados a la debida atención y cuidado; el derecho al resguardo de la identidad en los procesos judiciales y medios de comunicación; el derecho a la familia, de ser posible la de origen; al deporte, la educación y el esparcimiento; a la protección en el trabajo y los derechos laborales.

La Ley de la Infancia y la Adolescencia Colombiana reconoce los derechos a la libertad, a tener una familia y no ser separado de ella, a la identidad, a un nombre y una nacionalidad, a la alimentación, habitación y vestido, a la salud, educación y vida cultural, así como a la asociación, reunión intimidad e información.

La Ley Venezolana establece los derechos al nombre, la nacionalidad y la identidad –con las consecuentes obligaciones para los centros de salud en este último derecho–, a conocer a sus padres y ser criados por ellos, a una familia, al desarrollo de la personalidad, a un nivel de vida adecuado, a la educación y cuidado adecuado en caso de discapacidad, a la salud, al medio ambiente sano, a la integridad corporal, a la libertad de pensamiento y culto, a la libertad de tránsito, a ser respetado por sus educadores, a la seguridad social, entre otros derechos.

Esta legislación establece una serie de sanciones para la violación de los derechos que reconoce, que dependiendo del derecho transgredido varían entre multas (por ejemplo transgresión del derecho a la información) y cárcel (por ejemplo para los casos de explotación). También dispone la acción de protección en tanto recurso judicial ante la inobservancia o violación de los derechos por parte de instituciones públicas o privadas.

Como complemento a los derechos estas legislaciones también establecen la protección de los niños y niñas contra una serie de riesgos, básicamente el maltrato de cualquier tipo y la explotación sexual, aunque la legislación colombiana agrega riesgos propios de su realidad. Así establece que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos de las guerras y conflictos armados internos y del reclutamiento y utilización por parte de grupos armados.

## 1. Obligaciones del Estado y de las familias

Las nuevas legislaciones establecen más obligaciones para los Estados y en especial para los gobiernos, como contracara de los nuevos derechos reconocidos a la niñez y adolescencia. No obstante, igual el rol de las familias figura como de mucha responsabilidad e incluso se les atribuye un papel garantista.

En efecto, la legislación argentina dice que: La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (art. 7) y antes habla del fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 4, a) como uno de los principios para la elaboración de políticas públicas para la niñez y adolescencia. Los otros principios son la descentralización en su aplicación, la gestión asociada de organismos y niveles de gobierno y con la sociedad civil, la promoción de redes intersectoriales locales y de organismos de defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia. También establece el derecho y deber de la comunidad de ser parte activa en la defensa de los derechos de la niñez y adolescencia.

Como responsabilidades estatales se establece la elaboración y aplicación de políticas a nivel federal con asignación privilegiada de recursos y el asegurar que las familias puedan cumplir con sus responsabilidades.

El Código Boliviano del Niño, la Niña y el Adolescente establece que es deber del Estado garantizar y proteger los derechos reconocidos en la legislación. Dispone también que *es deber del Estado, de las instituciones públicas, privadas y de los empleadores en general, proporcionar las condiciones adecuadas para la lactancia materna, inclusive en aquellos casos en que las madres se encuentran privadas de libertad* (art. 17). También establece la prioridad presupuestaria en los Municipios y gobierno nacional para cubrir las necesidades de salud y el deber del Estado de asegurar la educación en sus distintos niveles, incluyendo la pre-escolar y la especial, para niños y niñas con necesidades diferenciadas.

Para los padres establece la obligación de dar sustento, cuidado y educación a sus hijos, también establecida en el Código de Familia; de inscribirlos en las escuelas y apoyarlos en todo el proceso escolar; de hacer cumplir las decisiones judiciales a favor del niño, niña o adolescente; cuando tengan un menor con discapacidad, de asegurarse que reciban los servicios de atención y rehabilitación oportunos a través de las instituciones especializadas y la obligación de cumplir con el tratamiento. También se destaca el derecho de los padres de mantenerse informados del proceso educativo de sus hijos en las escuelas. Además se establecen una serie de deberes para los centros de salud, educativos y medios de comunicación tendientes al ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia.

En el Código Civil Chileno no se especifican obligaciones de la familia o el Estado, ni la Ley del Menor tampoco, pero el primero define la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto del hijo menor de edad no emancipado y estas obligaciones están a lo largo de la norma y son las más clásicas (manutención, educación, cuidado). Llama la atención que en esta norma a falta de acuerdo entre los padres la patria potestad corresponde al padre, luego

de que al igual que en los otros países abordados estableciera que esta facultad corresponde a ambos progenitores.

La Ley de la Infancia y la Adolescencia Colombiana declara que la obligación de proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes es de la familia, la sociedad y el Estado. También dispone que los alcaldes y gobernadores tienen la obligación de elaborar y ejecutar políticas para la niñez y adolescencia, priorizando la inversión para el resguardo de los derechos de estas poblaciones.

Esta legislación parece ser, entre las legislaciones nuevas de los países abordados, tal vez junto con la argentina, la que carga más responsabilidades a las familias. Para los padres establece, además de las obligaciones de cuidado, crianza, educación, alimentación- la de asegurar el máximo nivel de disfrute de los derechos para el niño o niña. A la familia en su conjunto se le atribuye el deber de promover la igualdad, el respeto y la solidaridad entre sus integrantes; proteger al niños de cualquier acto que vulnere su vida, integridad o dignidad; inscribir a los niños en el registro civil al momento de su nacimiento; participar en espacios y proyectos de interés para la adolescencia y la familia; proporcionarles las condiciones necesarias para un óptimo desarrollo físico, psicomotor, intelectual, emocional y educarles en la salud preventiva y en la higiene; promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación; incluir a los niños en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud; decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar; brindarle a los niños, niñas y adolescentes las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés; prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales, entre otros deberes.

La Ley orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente de Venezuela establece que: El Estado tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los niños y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos y garantías (art. 4). Por su parte, también la familia es responsable, de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (art. 5), pero el mismo artículo dispone además que el Estado debe asegurar las políticas y los programas para que la familia pueda asumir esta responsabilidad.

En este contexto, el Estado se obliga a ejecutar programas de asistencia para la niñez en situación de pobreza o necesidad; de apoyo y orientación para estimular la integración del niño, niña y adolescente en la familia y la sociedad; de colocación familiar, para quienes requieran familias sustitutas; de rehabilitación y prevención, para las víctimas de maltrato, explotación y otros, así como para quienes consumen alcohol o estupefacientes; de identificación, para promover la inscripción y entrega de documentos de quienes no los tengan; de capacitación, para quienes trabajen con la niñez y adolescencia; de localización para los casos de extravío y separación familiar; además de programas comunicacionales y otros de promoción de derechos. Para el cumplimiento de estas obligaciones, se establecen los Fondos de Protección del Niño y el Adolescente a nivel municipal, estadual y nacional, que expresamente no pueden ser destinados a gastos administrativos.

Al igual que la legislación argentina, esta ley venezolana explicita los principios que deben orientar las políticas hacia la infancia y la adolescencia. Tal es el caso de la igualdad y la no discriminación; la prioridad absoluta de todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes, que comprende la preferencia en la elaboración y ejecución de políticas públicas, en la atención de

los servicios públicos, en la protección ante cualquier circunstancia, y en la asignación privilegiada del presupuesto público; la gratuidad en todos los procesos judiciales en que se vean involucrados niños y adolescentes; el carácter enunciativo<sup>30</sup> de sus derechos, así como su interdependencia, indivisibilidad y su carácter irrenunciable.

## D. Institucionalidad

Dado que las nuevas normas referentes a la niñez y adolescencia consagran un nuevo enfoque y reconocen un marco de derechos más amplio, muchas de ellas han creado una nueva institucionalidad encargada de aplicar esta normativa. Un caso paradigmático son las Defensorías de la Niñez y los Consejos de la Niñez y Adolescencia establecidos a distintos niveles de gobierno.

En Argentina, el Código Civil dispone el funcionamiento del Ministerio Público de Menores, que participa en los procesos judiciales precautelando el interés de los menores y solicitando la remoción o nombramiento de tutores y curadores, mientras que la nueva legislación específica para la niñez y la adolescencia, establece el Sistema de Protección Integral compuesto por los niveles nacional, federal y provincial. Como parte de este Sistema, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia debe elaborar el Plan de Acción y otras políticas, elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño y representar al Estado nacional en esta temática, entre otras funciones.

Además crea el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, con funciones deliberativas y consultivas, integrado por el o la titular de la mencionada Secretaría y los representantes de los órganos de defensa de la niñez de las provincias. Asimismo crea el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>31</sup> con representaciones nacional y provinciales y en la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Toda esta nueva institucionalidad como es lógico resulta compleja al inicio de su funcionamiento. El hecho de que instancias administrativas provinciales, tales como las Defensorías y Secretarías, reciban denuncias e incluso asuman funciones de protección que antes correspondían al juez del menor ha implicado recursos e infraestructura<sup>32</sup>. Sin embargo, se considera que esta modalidad es necesaria para acercar la protección a los sujetos de la misma, es decir a la niñez y adolescencia. Además, la anterior institucionalidad tampoco estaba exenta de problemas. De hecho, el Comité de Derechos del Niño, instancia de Naciones Unidas evaluadora del cumplimiento de la Convención sobre la materia, ya había señalado la necesidad de mejorar la coordinación entre las instituciones encargadas de promover y proteger los derechos de los niños y niñas.

En Bolivia la elaboración y ejecución de políticas está a cargo del Viceministerio de Asuntos de Género, Generacionales y de Familia, que debiera coordinar con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con facultades propositivas, de consulta y evaluación de las políticas y servicios. Este Consejo creado por el Código del Niño, la Niña y el Adolescente e integrado por representantes de varios ministerios, de las prefecturas de departamento, la iglesia católica y organizaciones de la sociedad civil en los hechos no está en funcionamiento. También el Código crea las Comisiones prefecturales y municipales de la Niñez y la Adolescencia, las que no siempre están presentes en las estructuras de las Prefecturas de Departamento ni Municipios, así como las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia, las que sí funcionan a nivel municipal y que han

<sup>30</sup> Es decir que la no mención de un derecho en la ley no implica su no reconocimiento.

<sup>31</sup> Que también fueron una recomendación del Comité de Derechos del Niño.

<sup>32</sup> El Litoral, 13 de noviembre de 2006.

asumido más responsabilidades de las que la ley les atribuye, por ejemplo casos de violencia intrafamiliar donde las víctimas son adultas.

En Chile, la Ley 19.806 (2002), modifica la Ley 16.618 o Ley de Menores y crea la Policía de Menores en la Dirección General de Carabineros, con las funciones de recoger a los menores que necesiten asistencia o protección; controlar los sitios en que se estime hay corrupción de menores de acuerdo con las instrucciones del Servicio Nacional del Menor, que es la instancia rectora en materia de políticas para la niñez y la adolescencia; fiscalizar los espectáculos públicos que se consideren nocivos para los menores para evitar su concurrencia; denunciar al Ministerio Público la prostitución infantil, los trabajos nocturnos infantiles y otros trabajos no aptos para menores; y, dar protección inmediata al niño, niña o adolescente que se encuentre en peligro. La Ley del Menor y sus modificatorias, también establecen las funciones de los Centros de Tránsito y Distribución (donde son llevados transitoriamente los menores que deben ser separados de sus familias), de la judicatura de menores y de las Casas de Menores y centros asistenciales.

En Colombia, la legislación no menciona la institucionalidad responsable, pero ésta ha sido establecida por otras vías y dentro de las atribuciones del poder ejecutivo. Así, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) tiene importantes atribuciones en materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y actúa de manera coordinada con otras instancias públicas y privadas, así como con los órganos jurisdiccionales, cuando corresponde.

En Venezuela la Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, refiere el Consejo Nacional del Niño, la Niña y el Adolescente como una de las instancias encargadas de llevar a cabo las políticas para las familias. Por su parte, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente establece el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente integrado por los Consejos Nacional, Estatal y Municipal de Derechos del Niño y del Adolescente y los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, como órganos administrativos; los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en tanto órganos jurisdiccionales; el Ministerio Público; los servicios de atención y las Defensorías del Niño y el Adolescente, que pueden estar en manos del Municipio o de la sociedad.

Los Consejos de Derechos tienen representación del Estado y la sociedad civil, y funciones consultivas y contraloras en materia de cumplimiento de derechos colectivos y difusos<sup>33</sup> de la niñez y adolescencia. El Consejo Nacional es un órgano autónomo y es la máxima autoridad del Sistema Integral de Protección del Niño y el Adolescente. Los Consejos de Protección son parte de los Gobiernos Municipales y como su nombre lo indica su función es proteger a los niños, niñas y adolescentes ante situaciones de riesgo o vulneración de sus derechos.

Al poco tiempo de vigencia de la ley los Consejos Estadales fueron reemplazados por Direcciones Regionales del Instituto Autónomo-Consejo Nacional de Derechos del Niño y el Adolescente, que está funcionando como un instituto autónomo adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Participación y la Protección Social.

---

<sup>33</sup> Los derechos difusos aluden al bien común, no son la suma de interés o derechos individuales, pero sí implican el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos.

## E. Una aproximación al cumplimiento de la normativa de derechos

Incluso en el caso de las legislaciones menos garantistas, como son la argentina y la colombiana, si la norma se cumpliera a cabalidad, y la mayoría de los niños, niñas y adolescentes ejercieran los derechos reconocidos, otro sería el panorama.

El análisis del cuidado institucionalizado es un buen prisma para mirar, de un modo general, el cumplimiento de las legislaciones y ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia, pues remite a una serie de derechos (salud, educación, nutrición, estimulación, integridad moral y corporal, etc.) y al mismo tiempo a las responsabilidades familiares y estatales.

La problemática del cuidado y quien lo ejerce refiere un problema de ejercicio de derechos, cuando éstos están acordados –legislados–, pero aun sino lo están, esta problemática refiere la disminución de desigualdades como condición de política pública. El derecho al cuidado es parte de los derechos universales reconocidos en diversos instrumentos internacionales, a pesar de no ser mencionado expresamente. Concretamente en el caso de la niñez se destacan los derechos a la salud y a la educación, que en tanto derechos sociales se corresponden con obligaciones estatales progresivas. La evaluación de la progresividad consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas, con el reconocimiento, extensión y alcance previos (Pautassi, 2007).

Cabe por tanto preguntarse qué avances ha habido en los países bajo estudio en materia de cuidado infantil, sobre todo a edades tempranas que es cuándo las falencias son más evidentes y también cuando se despliegan menores esfuerzos.

En Argentina, el año 2006 la asistencia escolar para niños y niñas de 3 y 4 años era de 39% para el promedio nacional, que oculta fuertes disparidades regionales y por sectores de ingresos. En este país, la asistencia de niños pequeños a centros educativos comprende las guarderías o jardines maternales (de 0 a 2 años) y el jardín de infantes (de 3 a 5 años) (Rodríguez, 2007).

En Bolivia, la oferta estatal de educación inicial es prácticamente residual, al punto que para los menores de 4 años no se cuentan con datos. Para estos tramos de edades los escasos progresos se dan en el área de nutrición infantil, y de hecho las únicas iniciativas del gobierno actual permanecen en esta área. Para los niños y niñas comprendidos entre los 4 y 5 años el promedio nacional de matriculación era de 36% en el año 2004 (Marco, 2007).

En Chile, la cobertura preescolar aumento de 21% en 1990 a 35% en 2003, pero este aumento, como suele suceder, oculta diferencias entre diversos sectores de la sociedad. Así, la asistencia de menores de 5 años se concentra en establecimientos privados y en las áreas urbanas, aunque desde el 2003 hay un cambio en estos patrones gracias al accionar de la Junta Nacional de Jardines Infantiles e Integra, que mantienen programas para hijos e hijas de jefas de hogar, y trabajadoras de sectores vulnerables. Igualmente el progreso difiere entre el primer y el décimo quintil de ingresos, y mientras en el primero el incremento entre el año 1990 y el 2003 va del 17 al 32% en el décimo asciende del 30 al 50% (Reyes, 2007).

De todas formas hay que destacar la prioridad otorgada por el gobierno de la presidenta Bachelet (2006 – 2010) al cuidado infantil institucionalizado, temática que estuvo presente desde su campaña presidencial y que se tradujo en el programa “Chile Crece Contigo” destinado al cuidado, atención integral y educación de la niñez menor de cuatro años, que según el mismo programa está presente en el 40% de los hogares de menores ingresos. La idea es combatir las desigualdades desde la cuna y con este cometido anualmente se están abriendo 900 salas cunas, de modo que hasta el 2010 se habrán completado alrededor de 4 mil salas cunas nuevas. Esto equivale a 473.000 niños y niñas atendidos hasta diciembre del 2008 a los que se agregarán 300.000 durante el año 2009. *La Presidenta lo ha dicho con*



*mucha precisión: En Chile hoy día hay dos mil sala cunas, las primeras mil se hicieron en 30 años, las segundas mil en 18 meses de este gobierno* (SENAME, 2009).

En Colombia, las familias atienden directamente al 64% de los niños y niñas menores de 5 años, el 11% de estas familias paga con sus recursos a una persona cuidadora y el 25% recibe este servicio del Estado, en circunstancias en que la mayor concentración de pobreza se encuentra en distintos tipos de familias con hijos menores y con personas mayores dependientes (Rico de Alonso, 2007). Además pese a que los gastos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar han aumentado en la última década, en relación con Presupuesto General de la Nación, esta inversión es aun considerablemente baja, en circunstancias en que los programas para la niñez no constituyen una política de Estado, sino que se circunscriben al funcionamiento de Instituto (Pineda, 2006 citado por Castro, 2008).

En Venezuela, se destaca una fuerte tendencia positiva en materia de cobertura pre-escolar en el período 1990-2007, subiendo de 37,5% hasta 57,6% la tasa de matriculación de los niños entre 3 y 5 años (Ministerio del Poder Popular para la Planificación y el Desarrollo, 2008). Para los menores de 3 años no se encontraron datos, lo que hace pensar que no se ha llegado a ellos.

Los impactos positivos de la educación institucionalizada a edades tempranas están fuera de discusión. El cuidado que reciba la niñez en la primera infancia garantiza no solo un crecimiento saludable, sino también un desarrollo de la autoestima, destrezas sociales, emocionales y de aprendizaje y permite administrar el conflicto y las agresiones de mejor manera en el futuro. En contraste, lo que tenemos en países como Bolivia donde la oferta estatal no alcanza y la familia no cuenta con recursos para un centro de educación inicial o de cuidado privado, que son la mayoría, son niños y niñas que mientras sus padres y madres trabajan se quedan en manos inexpertas o solos y se ven sometidos a riesgos de accidentes, abusos y otros, tal como atestiguan las mismas noticias de los medios de prensa (Marco, 2007).

También es especialmente relevante para el cumplimiento de la ley la tutela efectiva que se haga de los derechos reconocidos en la norma, y los mecanismos e institucionalidad estatal existente para ello; más aun considerando que la tutela de derechos y los mecanismos de garantía son una deficiencia común a América Latina en prácticamente todas las áreas de los derechos económicos y sociales.

En Argentina, la ley dispone que: La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces (Ley 26.061, art. 1, segundo párrafo). Sin embargo, esta norma no parece gozar de aplicación masiva, lo que puede deberse a la falta de cultura tutelar en materia de derechos en América Latina en general. Asimismo, en una resolución adoptada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a un año de vigencia de la ley, se denuncia que bajo el pretexto de la falta de constitución de los organismos administrativos de protección, el Poder Judicial continúa ejerciendo funciones tutelares, lesivas de los derechos fundamentales de las personas menores de edad<sup>34</sup>.

Vale la pena destacar que el ICBF (Colombia) mantiene un programa denominado “Acciones de restitución de derechos”, que consiste en servicios para proteger y restituir el ejercicio pleno de los derechos a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años en situación de abandono o peligro, en conflicto con la Ley Penal, víctimas o desvinculados de grupos armados irregulares, con el fin de lograr su integración familiar, comunitaria y social en cumplimiento de la misión institucional y las competencias definidas en el Código del Menor y demás decretos relacionados (ICBF, 2009). No obstante lo loable de la iniciativa, cubre solo a situaciones excepcionales y no llega a la

<sup>34</sup> Resolución sobre el estado de implementación de la Ley 26061, mayo de 2006, en [www.legislatura.gov.ar/.../Proyecto%20Pedido%20de%20Informe%20por%20impac...](http://www.legislatura.gov.ar/.../Proyecto%20Pedido%20de%20Informe%20por%20impac...) -

restitución de derechos de la niñez que podría considerarse en situación “normal”, pero que también ve transgredidos sus derechos.

Además, pese al énfasis en el enfoque de derechos en los ejes misionales del Instituto no se advierte correspondencia con este enfoque en la práctica (Rico de Alonso, 2007).

En el mismo área, el SENAME de Chile mantiene su Departamento de Protección de Derechos, del cual, entre otros, depende el programa “Chile Crece Contigo”. Esta institución ha experimentado importantes cambios en los últimos años para hacer frente a viejas falencias institucionales y orientaciones ideológicas que no asumían a los niños y niñas como sujetos de derechos. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño<sup>35</sup> en el año 2002 hacía notar que los principios a la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, y el respeto a las opiniones del niño no se tenían plenamente en cuenta ni en la legislación, ni en las decisiones administrativas o judiciales, como tampoco en las políticas nacionales y locales para la infancia.

Asimismo, la alta tasa de embarazos precoces, sobre todo en los sectores de menores ingresos, y la falta de información, asesoramiento y programas preventivos sobre salud reproductiva, incluida la falta de un adecuado acceso a anticonceptivos y la falta de servicios confidenciales que respondan a las necesidades de los adolescentes y no requieran de la autorización de los padres cuando el interés superior de los menores está en juego, son falencias que hiciera notar en su momento el Comité y que persisten hasta la actualidad a pesar de los esfuerzos de los dos últimos gobiernos nacionales en esta materia. Un claro ejemplo son los obstáculos que ha encontrado la distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia dictaminada por el Ministerio de Salud hace 7 años y que se encontrara primero con reiteradas oposiciones del poder judicial y luego de los municipios, instancias a cargo de los centros de salud que deben repartir estos medicamentos.

Otra observación del Comité para Chile, sobre aspectos persistentes, es la actitud paternalista difundida en la sociedad que impide la libre expresión de niños y niñas y que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en la familia, la escuela y la comunidad.

En otra realidad, un dramático tema es el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de conflictos armados, como en Colombia. Según los datos de la Fundación Cultura Democrática, entre el año 2000 y 2007 se documentaron 38 casos de menores de edad desaparecidos forzosamente en el departamento de Sucre; 14 casos de asesinatos de jóvenes; 6 niños murieron en diversas masacres y 4 más fueron víctimas de minas antipersona. Estas cifras alarmantes son de tan solo un departamento, hay casos no registrados y además son solo parte de este drama. El alto grado de afectación psicológica y social de la población infantil y juvenil que ha sobrevivido a eventos trágicos como masacres, asesinatos selectivos y desplazamientos masivos es otro problema de intensidad y magnitudes escalofriantes (ALAI, 2008).

No existen cifras precisas sobre cuántos menores están involucrados en la guerra como participantes activos, tampoco se sabe cuántos fueron reclutados como menores de edad y cruzaron la edad límite en condición de insurgentes. Los datos que existen se relacionan con aquellos menores que se desvincularon del conflicto y entraron al programa de desmovilizados entre el 1° de noviembre de 1999 y el 29 de febrero de 2004, siendo atendidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). En dicho período abandonaron las fuerzas de la insurrección 1.538 menores, de los cuales 398 fueron capturados y entregados al cuidado de las autoridades destinadas a su protección. Los demás menores se entregaron voluntariamente (1.071) o fueron objeto de alguna negociación para que fueran entregados por los altos mandos de su organización (69) a alguna autoridad no militar. Este proceso de entregas ha sido progresivo comenzando con 100 durante el año 2000 y llegando a 726 en el 2003. El incentivo es

<sup>35</sup> Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002.

que entregándose antes de cruzar el umbral de la mayoría de edad reciben un trato distinto, por lo mismo, un 38% de los desmovilizados lo hicieron apenas meses antes de cumplir su mayoría de edad (Universidad Nacional de Colombia, 2005).

En este contexto, el ICBF desarrolla un programa de atención integral para niños, niñas y adolescentes en el proceso de desvinculación de los grupos armados. La estrategia cuenta con 3 fases de atención. En la primera ingresan por un periodo máximo de 3 meses a un Hogar Transitorio, donde se realiza la identificación y diagnóstico de la población recuperada y de aquella que se ha entregado de manera voluntaria. En esta etapa se evalúa el estado nutricional, el grado de escolaridad y estado psicosocial. En la segunda fase se lleva a cabo un plan de atención individual, mediante procesos de acompañamiento psicosocial y escolarización durante un año, dentro de Centros de Atención Especializados del ICBF. En la última fase los mayores de 17 años ingresan a Casas Juveniles, donde tienen actividades de formación vocacional, y los adolescentes son preparados en programas educativos como sistemas, panadería, fotografía (ICBF, 2009)<sup>36</sup>. El Instituto también brinda cuidado a los menores de cinco años hijos de mujeres desplazadas como forma de facilitarles la inserción laboral (Ibáñez y Velásquez, 2009).

De todas formas estas iniciativas no hacen frente a los efectos indirectos del conflicto armado sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes señalados por el Comité de Derechos del Niño, como los derivados de la destrucción de infraestructura de salud y educación y de las privaciones propias del desplazamiento de poblaciones, en circunstancias en que el país tiene una de las poblaciones desplazadas más grandes del mundo y compuesta en su mayoría por mujeres adultas, niñas y niños.

También en situaciones menos extremas se aprecian circunstancias dramáticas que afectan diversos derechos, es el caso de los niños, niñas y adolescentes que viven en los hogares de beneficencia, aunque bajo la tutoría del Estado, en Bolivia. En estos casos los derechos a tener una familia, una adecuada calidad de vida, la libertad de opinión y expresión, y en ocasiones una buena educación se encuentran conculcados. Llama la atención que en el departamento de Santa Cruz el 90% de los niños y niñas de los albergues tenga algún pariente con el que podría vivir y que el 50% de ellos tenga al menos a uno de sus progenitores. Esta realidad atestigua que algo está fallando, si el espacio históricamente cuidador por excelencia, la familia, no cumple esa labor quiere decir que quienes cuidaban no pueden o no quieren hacerlo. Es una alerta que no puede pasarse por alto. En estos casos, excepcionales pero aun así numerosos y crecientes, el cuidado pasó de manos exclusivas de las familias, o sea de las mujeres, a manos exclusivas del Estado, quizás si el cuidado no hubiese sido una responsabilidad exclusiva de la familia y ésta hubiese contado con apoyo de instancias públicas, muchos de esos menores ahora no estarían bajo la tutoría estatal (Marco, 2007).

En el mismo sentido, un problema para los hogares de acogida se da en época de vacaciones escolares cuando duplicaban su población debido a que muchas familias los “abandonaban” en las puertas o al interior de estas instituciones, para luego recogerlos al finalizar las vacaciones. Esta práctica bien puede deberse a que en las largas vacaciones escolares, de tres meses, las madres no tienen dónde dejar a los hijos e hijas durante la jornada laboral, además de que en los hogares de acogida la niñez tiene garantizada una alimentación (Marco, 2007).

---

<sup>36</sup> El Comité de Derechos del Niño recomendó en el año 2000 la reforma institucional del Instituto sobre todo para adoptar el enfoque de derechos consagrado en la Convención y para mantener una separación entre las decisiones judiciales y las administrativas cuando se trata de derechos del niño (Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 137, 16 de octubre de 2000).

En Bolivia el artículo 10 del Código del Niño, la Niña y el Adolescente establece que: Las autoridades judiciales y administrativas tienen la obligación de resguardar la identidad de los niños, niñas y adolescentes que se vean involucrados en cualquier tipo de procesos, salvo los casos expresamente previstos por este Código. Los medios de comunicación cuando publiquen o transmitan noticias que involucren a niños, niñas o adolescentes, no pueden identificarlos nominal ni gráficamente, ni brindar información que permita su identificación, salvo determinación fundamentada del Juez de la Niñez y Adolescencia, velando en todo caso, por el interés superior de los mismos. Esta norma se transgrede cotidiana y sistemáticamente por todos los medios de comunicación masiva, sin que la fiscalía o las Defensorías de la Niñez hagan algo al respecto.

Igualmente transgredidos son los derechos de los niños y adolescentes trabajadores, pues su situación ni siquiera es fiscalizada por la Inspectoría del Trabajo, salvo algunas visitas a las zonas cañeras, lugares donde en época de zafra trabajan familias enteras. Ni qué decir de las niñas y adolescentes del empleo doméstico, cuya realidad permanece oculta entre cuatro paredes y no hay expectativas de que sea materia de fiscalización (Marco, 2007). Ello a pesar que trabajo de menores en la esfera doméstica es considerado una de las peores formas de trabajo infantil, pues en él confluyen diversas violaciones a sus derechos, como el alejamiento del entorno familiar, trabas a la educación, falta de contratos y prevalencia de horarios excesivos. A lo que, en muchos casos, se suma la exposición a riesgos de salud, abuso sexual y accidentes laborales en cocinas o espacios de cuidado no aptos para el trabajo que suelen realizar las niñas (Montaño y Milosavljevic, 2009).

Ya en 1998 el Comité de Derechos del Niño<sup>37</sup> reiteraba al Estado Boliviano su preocupación por la situación de los niños y niñas trabajadores, recomendando no rebajar la edad para trabajar, como finalmente se hizo y alentando al Estado a prestar especial atención a la situación de los niños en trabajos peligrosos, como el caso del trabajo doméstico y la prostitución<sup>38</sup>.

Lamentablemente el trabajo infantil es otra área de avances insuficientes en la región y en la que la realidad interpela a los avances normativos. Mientras que las niñas trabajan sin remuneración en sus propios hogares cuidando a sus hermanos menores, cocinando, lavando o limpiando, o en hogares ajenos haciendo las mismas labores como empleadas con los riesgos ya mencionados; los niños se arriesgan en trabajos informales incluso en la calle y durante horas de la noche (Montaño y Milosavljevic, 2009).

En Venezuela por su parte, organizaciones de defensa de los derechos de la niñez y adolescencia en un informe elaborado a partir de información disponible en las fuentes oficiales, destacan que *siguen existiendo problemas estructurales como la ausencia de suficientes medidas e instituciones que atiendan a aquellos niños, niñas y adolescentes cuyos derechos están siendo amenazados o violados, mientras que la realidad del país, sigue afectándolos de manera importante, como lo muestran, los hechos de violencia, la explotación sexual comercial (especialmente relevante entre 2006 y 2007), el abuso sexual y el maltrato, entre otros* (Cecodap, 2007, 2).

Asimismo estas organizaciones llaman la atención sobre la ausencia de un sistema de información sobre la niñez y la adolescencia, que resulta especialmente grave en ciertos temas como con las cifras de criminalidad, ya sea sobre la que afecta a la población menor de 18 o la que es ocasionada por los menores de 18 años. Por otro lado, la construcción del análisis también se dificulta pues muchos organismos siguen sin haber adaptado los rangos de edad a las disposiciones de la Ley, es decir que hagan el corte de sus datos, en los 18 años.

<sup>37</sup> Casi no se citan los informes del Gobierno Bolivia, cuyo último informe y sesión examinadora del Comité datan del año 1998, por haber transcurrido más de 10 años; lo mismo sucede con el caso de Venezuela pues su Informe y las observaciones al mismo del Comité de Derechos del Niño son de 1999.

<sup>38</sup> Comité de Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 95, 26 de Octubre de 1998.

## **V. Políticas en que se enmarcan las legislaciones**

---

Como es de suponer, todas las legislaciones revisadas se aplican en el contexto de determinadas políticas públicas, aunque en muchas ocasiones las políticas y los programas gubernamentales cambian y se adaptan a la realidad más rápido que las leyes. Esta suele ser la regla. Sin embargo en materia de familias el fenómeno no siempre es tan claro y la noción de familia o familias a la que se dirigen las políticas públicas parece ser especialmente reacia al cambio. Esto tiene que ver con la idea de estabilidad social que trasmite la noción de la familia en tanto célula de la sociedad y con los roles de género al interior del hogar, es decir con la división sexual del trabajo, en virtud de la cual las mujeres se dedican de manera gratuita al cuidado y las labores domésticas, lo que resulta muy funcional al sistema económico pues de otra forma el mercado o el Estado tendrían que hacerse cargo de estas tareas.

La relación entre políticas públicas y familias es tan estrecha que las primeras pueden incluso influir notablemente en la composición y dinámicas de éstas y de los hogares. Así, la tipología de hogares se ve directamente afectada por las políticas de habitación y vivienda, y ante la escasez de éstas proliferan los hogares compuestos y extensos, como en Bolivia por ejemplo. Las políticas también influyen de manera menos directa, por ejemplo al incidir en el nivel de ingresos de los hogares mediante políticas sectoriales de empleo o de desarrollo productivo, pues ante menores niveles de ingreso y también menores procesos de urbanización se tenderán a conformar hogares de mayor tamaño; y viceversa, con mayores ingresos y mayor grado de urbanización los hogares tenderán a ser de menor tamaño.

No obstante la estrechez de la relación entre políticas públicas y familias, las políticas dirigidas a las familias carecen de una definición específica, de un campo delimitado. La institucionalidad encargada de diseñar y ejecutar estas políticas es muy variada, abarcando secretarías, subsecretarías y consejos, hasta la ausencia de una instancia encargada (Arriagada, 2007). Esto, luego de algunos vaivenes. En algunos países de la región antes de los últimos períodos dictatoriales de la década del 70 habían instituciones totalizadoras, Ministerios de Bienestar Social o de la Familia, que con una visión paternalista se encargaban de algunos miembros de las familias y de facilitar a las mujeres el cuidado de los niños y ancianos; con la caída de la democracia se convirtieron en brazos del populismo y del clientelismo político. Ya en un pasado reciente proliferaron instituciones denominadas de familia y bienestar social, en las que se incluía todo lo residual de las políticas sectoriales y que muchas veces eran encabezadas por las Primeras Damas. Desde hace dos décadas las feministas abogaron por la igualdad en las familias y junto con los procesos internacionales en el mismo sentido hubo alguna evolución, surgiendo también arremetidas conservadoras, que evocan prácticas autoritarias y se concentran en la defensa normativa de la institución –“la familia”-, subordinando los derechos de sus integrantes (Montaño, 2007).

Entre los países abordados, Colombia y Venezuela tienen entidades que cuentan con la atribución explícita de desarrollar políticas para las familias<sup>39</sup>. En el primer caso se trata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar creado en 1967. El Instituto tiene programas para adultos mayores, niñez y adolescencia (nutrición, reinserción y orientación), además del programa Madres Comunitarias para la niñez en edades tempranas y violencia doméstica. A pesar de ello, Ana Rico de Alonso manifestaba: *La agenda de políticas de familia ocupa un lugar muy secundario en la agenda pública de la actual administración del país. Las políticas de género, desde las cuales podría liderarse y abordarse esta problemática, tampoco han incorporado esta preocupación de manera explícita pese a que una de sus poblaciones objetivo son las mujeres cabeza de familia. De parte de los movimientos de mujeres, un tanto debilitados en su quehacer político, tampoco se identifican iniciativas importantes*<sup>40</sup>.

Además pese a que hay más conciencia del papel de la política familiar en la política social, la primera sigue operando como remedio para diferentes tipos de exclusiones y los programas del Instituto siguen teniendo un insuficiente énfasis en el grupo familiar y apelando a la mujer como agente responsable del bienestar familiar (Rico de Alonso, 2007).

En Venezuela el Ministerio de Participación y Protección Social figura como encargado del diseño, ejecución y seguimiento de las políticas para las familias, aunque por supuesto las políticas ejecutadas por todos los ministerios están en alguna medida destinadas a las familias en tanto núcleos de población y afectan, más o menos directamente, su funcionamiento y dinámica; los casos más claros son las políticas de los ministerios de educación, salud y planificación. Esto también ocurre en los demás países abordados, aun cuando no se le atribuya a una institución en especial la responsabilidad de las políticas de o para las familias.

A pesar de la falta de una institucionalidad específica, la gran parte de las políticas, sobre todo las sociales están dirigidas a las familias, y lamentablemente, aun con frecuencia, a una familia tipo: nuclear, biparental, heterosexual, con un varón proveedor y una mujer que si no es exclusivamente ama de casa, sí se encarga a la crianza de los hijos y a las labores domésticas.

Justamente, parte de las escasas medidas de cuidado están pensadas para un tipo de familia con roles tradicionales de género a su interior. Desde los estudios de género, se ha dicho reiteradamente que las políticas públicas no deben basarse en una familia tipo, que además se supone armónica y

<sup>39</sup> En Argentina está la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, pero, más allá del nombre, sus atribuciones se refieren a la rectoría de las políticas para niños, niñas y adolescentes.

<sup>40</sup> Ana Rico de Alonso, Investigadora social, especialista en familias, entrevistada en Marco (2008).

democrática. En ese sentido Wanderley (2003) en su estudio para Bolivia sobre trabajo mercantil y no remunerado, ratifica –como uno de sus hallazgos– la heterogeneidad de intereses, expectativas, responsabilidades, tiempo, esfuerzo y participación en las decisiones entre los miembros de las familias, enfatizando la importancia de no tomar el hogar como unidad homogénea de análisis, como suele suceder en la gestión nacional. Por su parte Castro (2007) en Colombia identifica a la familia nuclear tipo aun como modelo de las escasas políticas de cuidado o conciliación. En Chile, y a pesar de que en la formulación del programa Chile Solidario se contempla la diversidad de familias, la rigidez respecto del “núcleo familiar” en la operativización del programa hace que se le escapen las lógicas de las familias extensas, yendo en contra de relaciones de solidaridad para incluso dar lugar a relaciones de competencia o rivalidad (Serrano, 2007).

Las familias han sido consideradas como objeto de las políticas sociales y receptoras de beneficios sociales, pero también han jugado roles claves en la protección de sus miembros y en la producción del bienestar. Cuando las sociedades se complejizan –es decir cuando los sistemas sociales, económicos, de producción de bienestar y otros se especializan– el Estado debiera asumir buena parte de las funciones de la provisión de bienestar y prestación de cuidado, pero la familia siempre ha jugado un rol predominante en ese sentido y más en América Latina.

Un estudio sobre el cuidado y las políticas de protección social en la ciudad boliviana de El Alto revelaba que las demandas de cuidado no son satisfechas para la gran mayoría de la población y que además los servicios de salud o escasas guarderías están diseñados para la lógica urbana de funcionamiento y de pertenencia a la economía formal, mientras que la lógica y utilización de tiempos de las mujeres de esta ciudad no responden a estos parámetros. En estas circunstancias son las mujeres quienes hacen de red de protección social para sus familias, en una dinámica en la que cuidado e informalidad laboral resultan, al menos en apariencia, compatibles (Marca y López, 2006).

La norma en América Latina es que a menor ingreso familiar mayor nivel de dependencia (más número de dependientes por cada proveedor). Esto obedece tanto a una menor tasa de participación económica femenina en los niveles de menores ingresos como a una mayor tasa de fecundidad en los mismos. De manera que aunque podría suponerse que la precarización laboral puede ser compensada con una mayor densidad de empleo en las familias, esto sucede menos justo donde mayor es la precarización, entre los informales (Hopenhayn, 2007).

Como ya han mostrado Pineda (2006) para el caso colombiano, y Beneria y Floro (2006) para Bolivia y Ecuador, la gran ocupación de mujeres en la informalidad no responde sólo a falta de oportunidades en sectores formales de la economía, sino también a que las dinámicas de la informalidad les facilitan hacerse cargo de sus responsabilidades familiares. Esto se confirma en las entrevistas realizadas por Marco (2008) en Bolivia. De manera que la ausencia de políticas de cuidado, de políticas para las familias, se conjuga con la ausencia de políticas de empleo en perjuicio directo de las mujeres.

Por ello, Martínez (2008) ubica conjuntamente a Bolivia, Colombia y Venezuela en un conglomerado de países clasificados como de régimen de bienestar “informal-familiarista”, pues en ellos las políticas públicas y en especial las políticas sociales aportan escasamente al manejo de los riesgos y por tanto al bienestar<sup>41</sup>; hay también escasos grados de mercantilización y muy altos de familiarización del bienestar. Estos rasgos comunes varían entre estos países en cuestión de grados siendo más altos en Bolivia y menores en Colombia y Venezuela, países que comparten además la característica de tener escaso grado de mercantilización de la fuerza de trabajo. Por su parte Argentina y Chile, se ubican como regímenes de bienestar “estatal-productivista”, donde las

---

<sup>41</sup> Entendiendo el bienestar como la capacidad de manejar la incertidumbre.

políticas apuntan a la formación del capital humano y a que las personas tengan las condiciones para asegurarse el ingreso que les permita a su vez acceder a servicios de educación y salud.

De otra parte, hay que acotar que las demandas de cuidado no responden sólo a la presencia de niños y niñas en las familias. De hecho estas demandas han aumentado en la década de los noventa por otros receptores del cuidado: las madres adolescentes que se quedan en el hogar paterno-materno; los adultos mayores que han incrementado su proporción por la transición demográfica y que requieren más cuidado que en otras épocas pues alcanzan una longevidad mayor; y los hijos que prolongan su permanencia en la familia en lo que se ha llamado “síndrome de autonomía postergada”. Justamente Chile es el país donde el “síndrome de la autonomía postergada” es más evidente: 50,4% de los jóvenes entre 25 y 29 años aún viven con sus padres y Argentina tiene también una proporción considerable (46%) y (Sunkel, 2006)<sup>42</sup>.

Cuando los mercados y los estados fallan en la provisión del cuidado y del bienestar para la población, queda recurrir a las familias y al despliegue del trabajo no remunerado de las mujeres. En este contexto cabe preguntarse *¿Qué ocurre con el manejo de riesgos en América Latina cuando las familias requieren movilizar dosis crecientes de trabajo remunerado, migración, remesas y trabajo no remunerado, todo simultáneamente para salir adelante? ¿compensan las familias, y concretamente el trabajo de las mujeres, las fallas de las otras instancias de producción de bienestar?* (Martínez, 2008, 6). Efectivamente son las mujeres las que compensan esas ausencias.

Un ejemplo de cómo los Estados piensan en las familias en tanto administradoras y al mismo tiempo receptoras del bienestar son los programas de transferencias condicionadas, en los que en realidad quien asume como intermediaria entre el Estado y las familias, como administradora *ad honorem* son las mujeres.

Estos programas han marcado un cambio importante en términos de diseño de políticas públicas y explícitamente se proponen la transformación de ciertas conductas familiares mediante el cumplimiento de metas. Los programas establecen condiciones para la entrega de asistencia que son vistas como incentivos que deben producir cambios significativos en el comportamiento las familias, impactando de manera estratégica en las causas de la pobreza. Entre las principales características de los programas destaca que son intervenciones multidimensionales, lo que implica que todas las iniciativas agregan a la complementación de los ingresos monetarios objetivos de acumulación de capital humano. Las diferencias entre los países radican en las dimensiones seleccionadas para la intervención (educación, salud y/o alimentación) (Sunkel, 2006).

En Argentina el Plan Jefes y Jefas de Hogar<sup>43</sup> y el Programa Familias por la Inclusión Social, según datos del IV trimestre de 2006, tenían el 72 % de mujeres entre sus destinatarios. La contracara de este fenómeno es que existe una mayor proporción de varones que lograron incorporarse al mercado laboral (54,5%). Además del sexismo en sus supuestos y efectos, las características propias de la regulación de los programas lo alejan considerablemente de las pretensiones retóricas que buscan consagrarlo como un “derecho” familiar a la inclusión social. Más llamativo resulta que en determinado momento de ejecución de los programas, en el año 2004, se decidiera separar a la población destinataria entre quienes tienen posibilidades de

<sup>42</sup> El impacto del “síndrome de autonomía postergada” sobre la estructura familiar se aprecia en los arreglos familiares de los jóvenes en “etapa de salida”. Estos corresponden a quienes están en condiciones de ingresar al mercado laboral, y teniendo en cuenta las actuales demandas por mayor calificación impuestas por el mercado laboral se considera como “etapa de salida” el momento en que finaliza la juventud, es decir, el segmento de los 25 a 29 años. El fenómeno se explica por el desempleo y subempleo juvenil y por el retraso en la edad de contraer matrimonio (Sunkel, 2006), aunque lo más probable es que también intervengan otros factores.

<sup>43</sup> El carácter mismo del Plan en tanto política de transferencia de ingresos o programa de empleo transitorio nunca fue definido, y una u otra opción podría haber reorientado el sentido del Plan y de la contraprestación. En consecuencia, una proporción significativa de las beneficiarias del Plan han desempeñado tareas típicamente reproductivas bajo la modalidad de proyectos comunitarios, y en una mínima proporción se ha desarrollado en el componente de terminación educativa y formación profesional (ELA, 2008).



“empleabilidad” y quienes califican de más vulnerables, para dejar en el Plan Jefes y Jefas al primer grupo y pasar al Programa Familias al segundo. Como puede suponerse las mujeres mayormente calificaron de vulnerables y fueron transferidas al Programa Familias y además porque sólo en el caso que no exista una mujer en el hogar, el varón puede ser titular del beneficio del Programa Familias (ELA, 2008).

En Bolivia el PLANE surgió como una respuesta a la crisis económica experimentada entre los años 1999 y 2002, uno de cuyos efectos fue la drástica disminución de ingresos de los segmentos más pobres de la población. Al igual que en Argentina, a pesar de haber sido concebido para enfrentar una coyuntura, se ha ido extendiendo, superando ampliamente el año de duración con que fue formulado. El PLANE establecía un cupo mínimo de 30% de mujeres entre los beneficiarios, considerando que la pobreza se incrementa en hogares con la jefatura femenina, porcentaje que en los hechos fue ampliamente superado. Sin embargo la entrada a este programa no significó para las mujeres el tránsito a otros empleos de mejores condiciones, a diferencia de lo que ocurrió con los hombres (Marco, 2007).

El gobierno actual ha ampliado una vez más el PLANE, y como programa de empleo de más largo aliento se ha formulado el PROPAIS (Programa contra la Pobreza y Apoyo a la Inversión Social). Esas iniciativas de empleo de emergencia que hacen parte de la estrategia de reducción de la pobreza se suman a otras como el “Bono Juancito Pinto” establecido por el gobierno a finales del año 2006, que consiste en la entrega de dos bonos anuales de Bs. 200 (25 \$US) para la compra de útiles escolares, que se entregarán al principio y al final del año escolar. El bono se entrega al padre, madre o tutor en presencia del niño y contra la presentación de la inscripción escolar o libreta de calificaciones según se trate de inicios o finales de año. Además el gobierno acaba de anunciar la entrega para el segundo semestre de este año del “Bono Familia” destinado a las embarazadas y niños y niñas menores de dos años y que se entregará con ocasión de los controles de salud que se realicen la mujer y los niños, sumando en total Bs. 1570 (un poco más de 200 \$US).

En Chile el Programa Chile Solidario se focaliza en las familias indigentes, con la finalidad de sacarlas de esta situación, consolidando una red de protección social que a la vez disminuya sus grados de vulnerabilidad; por lo mismo no se define como un programa sino como un sistema de protección social. En esta iniciativa la inserción social pasa por siete pilares básicos que son: salud, educación, habitabilidad, trabajo, ingresos, dinámica familiar –que en teoría incluye la distribución equitativa del trabajo del hogar entre sus miembros de acuerdo con sus edades-, e identificación. Por su parte el Programa Puente se encarga del apoyo psicosocial con un promotor que hace de enlace con la familia destinataria (Serrano, 2007).

En la práctica no se ha logrado actuar sobre la dinámica familiar debido a problemas de recursos, tiempo, capacidades técnicas y otros. Además en los hechos el enlace con la familia termina siendo la mujer, madre o jefa de hogar, y así lo entiende ella misma y los demás miembros de la familia, al punto que consideran al bono familiar como una retribución a la mujer por su labor de administración y captación de recursos (Serrano, 2007). De esta manera, lo que en algún momento de la historia fue visto como “ayuda al varón” se piensa hoy como ayuda a las mujeres (Montaño, 2007).

En Colombia, el programa Familias en Acción otorga un apoyo monetario a la madre beneficiaria, condicionado al cumplimiento de compromisos: en educación, al garantizar la asistencia escolar de los menores, y en salud, con la asistencia de los niños y niñas menores a los controles de crecimiento y desarrollo. El valor total del subsidio en este Programa de Transferencias Condicionadas depende del grado de cumplimiento de los compromisos de corresponsabilidad (Presidencia de la República, 2009). El programa de Familias en Acción y recientemente el programa de la Red para la Superación de la Pobreza Extrema (JUNTOS) cubrirán también a la población desplazada. El primero tiene como objetivo apoyar a las familias catalogadas en el SISBEN (las que representan el nivel más pobre del país) con subsidios de

nutrición para los niños menores de 7 años, y de educación para aquellos entre 7 y 18 años. JUNTOS, tiene como objetivo mejorar las condiciones de vida de las familias en situación de pobreza extrema y su población objetivo son todas las registradas en Familias en Acción y las desplazadas inscritas. El objetivo es llegar a 300.000 hogares desplazados (61.78% del total inscrito tanto en Familias en Acción como en JUNTOS (Ibáñez y Velásquez, 2009).

En prácticamente todos los programas mencionados las destinatarias son las familias, unas familias tipo, con mujeres que actúan como intermediarias con el Estado. Otras veces, no se identifica una familia tipo, sino se reconocen a las diversas familias, pero aun así su consideración como destinatarias finales de las políticas sectoriales resulta errada, pues hay políticas y programas donde las destinatarias deberían ser las personas, los ciudadanos, y no las familias. Tal es el caso de la política boliviana de desarrollo productivo, donde el propio gobierno en su último informe al Comité de la CEDAW reconocía "... la necesidad de incorporar con mayor claridad la transversal de equidad de género en el Plan sectorial de Desarrollo Productivo y en el conjunto del PND, ya que a pesar de las medidas adoptadas la sola definición de beneficiarios como "familias" o como "unidades productivas", contribuye escasamente a la eliminación de la discriminación de la mujer en el ejercicio de sus derechos económicos, lo que resta también el logro de resultados de impar o respecto a la equidad social" (Ministerio de Justicia, 2007, 49).

El debate respecto de las políticas orientadas a las familias pasa por el debate relativo a las nuevas formas de ecuación entre mercado, Estado y sociedad. En este contexto, la familia adquiere importancia para los diseñadores de políticas puesto que en ella se descubren potencialidades para reducir el déficit fiscal reasignando el gasto público en salud y educación y dejando en manos de las familias –sobre todo de las mujeres– el cuidado y protección que en otros países constituyen derechos sociales garantizados por el Estado (Montaño, 2007).

El enfoque de derechos debería primar en las políticas sobre la materia. Este enfoque considera el marco conceptual del Derecho Internacional de Derechos Humanos, que ofrece un sistema coherente de principios y pautas aplicables en las políticas de desarrollo; se nutre de distintas corrientes teóricas y admite por tanto diversidad de formas de aplicación, no contiene un modelo de políticas, sino estándares que sirven de marco a éstas y tiene también impactos diferenciados. De ello deriva la necesidad de analizar el alcance del enfoque de derechos en problemas concretos. Así, hay estrategias difundidas para mitigar la pobreza que sólo consideran algunos derechos humanos, que solo garantizan el derecho a la alimentación o la salud, sin considerar su interdependencia con derechos políticos o medidas de garantía para la participación ciudadana (Pautassi, 2007).

Cabe preguntarse entonces si las políticas expuestas tienen o no un enfoque de derechos. En todo caso se considera que las que más se acercan son las que se refieren a la niñez y adolescencia y aún así estas dejan mucho que desear, básicamente porque entre las leyes y su aplicación hay una importante brecha.

Es sabido que en la región, y tal vez más en los países andinos, puede haber avances a nivel de formulación de políticas y establecimiento de leyes, pero que luego no se ejecuten. Esto se verificó también para el caso de las legislaciones analizadas. Esta brecha de ejecución adquiere además otros matices desde el enfoque de derechos. Al decir de Pautassi (2007) uno de los desafíos más grandes se encuentra precisamente en la fase de implementación de las políticas y cómo se construyen puentes entre éstas y los derechos y allí cobra vital importancia el visibilizar el aporte del trabajo no remunerado de las mujeres y el otorgar al cuidado el carácter de derecho universal, con sus correlativas obligaciones. El derecho al cuidado –tanto para el receptor como para el dador– integra el conjunto de derechos universales de derechos humanos ya consagrados en diversos instrumentos internacionales, a pesar de no estar nominado como tal.

## **VI. Hacia legislaciones y políticas más garantistas e incluyentes**

---

Las leyes de familia, más o menos antiguas según los países, ya sea codificadas en un cuerpo legal específico o como capítulos de los códigos civiles, han evolucionado de manera importante en los últimos veinte años, luego de ser sobrepasadas por realidades innegables que hacen a la vida cotidiana de las personas y las familias en transformación. Aun hoy, gran parte de estas legislaciones son notablemente conservadoras y alejadas de la realidad en muchos aspectos, y en algunos casos pervive en ellas algún grado de androcentrismo jurídico, entendido como el carácter del derecho de visualizar las relaciones jurídicas desde lo masculino, tomando al varón como parámetro.

En todas las legislaciones analizadas las definiciones de familia son restrictivas y al serlo se alejan de un enfoque de derechos, pues excluyen a parte de la población. El paradigma de la exclusión son las parejas homosexuales. Por su parte, en los principios rectores consagrados en las legislaciones se observa una importante diversidad entre los países; mientras que las leyes más antiguas –aun con muchas y recientes modificaciones parciales– como las de Argentina, Chile y Colombia que no tienen un Código o Ley de Familia, no tienen un listado de principios orientadores de la aplicación e interpretación de la norma, las legislaciones codificadas –como la boliviana– o también específicas y más nuevas, como la venezolana, sí tienen estos principios. Ahora, mientras que en el Código Boliviano, de 35 años atrás y de un gobierno de facto, todos los principios apuntan a la salvaguarda del interés superior de “la familia” y de este principio se

ha hecho buen uso y también abuso; en la legislación venezolana, de hace tan solo un par de años atrás, se contemplan principios como la no violencia, la no discriminación, la corresponsabilidad de los padres, la solidaridad y también se asignan menos responsabilidades a las familias que en otros ordenamientos.

En cuanto al matrimonio, ya sea por su definición, por sus requisitos, o por sus causales de nulidad, en todos los casos se exigen condiciones obvias como el libre consentimiento y otras discriminatorias como la heterosexualidad. Se destaca aquí la legislación de la provincia de Buenos Aires, Argentina, que reconoce las uniones civiles del mismo sexo, y la jurisprudencia constitucional colombiana que ha reconocido al menos algunos derechos a las parejas homosexuales, tales como la herencia, la pensión de sobrevivencia y otras pensiones, el derecho a indemnización cuando corresponde a la pareja o cónyuge y otros derechos que no incluyen el matrimonio y la adopción.

Esta forma legal de discriminación directa contra los y las homosexuales coincide con el ideario de sexualidad de la gran parte de estas leyes, pues varias aun contemplan la perpetuación de la especie como uno de los fines del matrimonio.

Otro tema relevante para el ejercicio de los derechos relacionado con el matrimonio es la edad mínima para contraerlo, diferente para mujeres y hombres en Argentina, Bolivia y Venezuela, contraviniendo la Convención de los Derechos del Niño y las Recomendaciones del Comité que evalúa el cumplimiento de la misma por parte de los Estados.

Respecto del divorcio, llama la atención que sigue considerándose como una excepción o casi como una sanción y que ninguna de las legislaciones contempla el mutuo acuerdo como una de sus causales. En cuanto a la tenencia de hijos, resultante del divorcio o separación, el legislador claramente consideró a la madre la encargada o la más apta para el cuidado de los más pequeños en todas las legislaciones analizadas, con todas las injusticias que eso significa para los hombres que quieren ejercer su paternidad responsable y diariamente, y también con las desventajas que ello conlleva para las mujeres que una vez más cargan con la responsabilidad de la crianza.

En síntesis, avances mediante, las legislaciones sobre familias aun son interpeladas por la realidad en diversas situaciones. Son interpeladas por los divorcios que aumentan o se llevan a cabo a pesar de las limitaciones a la libertad de la personas que suponen las regulaciones sobre esta materia; lo son también por el incremento de las uniones de hecho, aun cuando no sean reconocidas por la norma (en Argentina, Chile y Colombia); y son interpeladas igualmente disposiciones como el deber de cohabitación de los cónyuges -contemplado en las leyes de Bolivia, Chile, Colombia y Venezuela- cuando la migración determina que los miembros de la pareja deban vivir en ciudades o países distintos. Y es que tal vez cuando de familias se trata el rezago normativo es más evidente que en otros temas.

En las legislaciones laborales, las disposiciones que asumen a los trabajadores como integrantes de una familia, y que en tal calidad tienen responsabilidades familiares y derechos, siguen ligadas a las mujeres. Básicamente se refieren a los periodos de embarazo y lactancia, son muy escasas las normas que aluden a otros períodos de la crianza y no hay normas que consideren las necesidades de cuidado de otros miembros de las familias, más allá de los hijos. En casi todos los casos se sigue asumiendo que las mujeres se encargan de la crianza e incluso pareciera que el legislador consideró que se retiran del empleo para cuidar a los hijos pequeños, a juzgar por las escasas disposiciones para armonizar el empleo y las responsabilidades familiares. Los varones prácticamente no figuran entre los destinatarios de las escasas normas referentes a los dependientes de los trabajadores, con excepción de la legislación venezolana; como consecuencia, los hombres tampoco tienen derechos de protección a la paternidad o de apoyo en tanto trabajadores con familiares necesitados de cuidado.

Los problemas que actualmente significa armonizar empleo y familia, requieren de políticas públicas que integren los cambios en las dinámicas familiares y laborales, mediante políticas

impositivas, de empleo, educativas, de transporte, salud, vivienda, entre otras. Se trata de asegurar al mismo tiempo la igualdad de trato y el derecho de las mujeres a acceder al empleo y el respecto del derecho de los niños, niñas y adolescentes, así como de otras personas dependientes a ser cuidados (Arriagada, 2005).

En la legislación sobre la niñez y adolescencia el cambio más notable es una percepción distinta de los niños como sujetos de derechos, a pesar de que lamentablemente aun hay resabios de normas discriminatorias. De todas formas, de las legislaciones analizadas son éstas las que tienen más enfoque de derechos y las más garantistas; en consecuencia son también las que establecen más obligaciones para los Estados y, en términos relativos, una carga menor para las familias.

En este gran cambio la influencia ejercida por la Convención de Derechos del Niño ha sido determinante. También ha sido relevante, aunque en menor medida, el impacto de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, dando lugar a modificaciones puntuales como las relativas a la eliminación de la discriminación contra los hijos nacidos fuera del matrimonio y la prohibición del castigo físico.

En este avance hacia el interés superior del niño y la niña y la protección integral de sus derechos se han reconocido nuevos derechos, en distintas medidas según los países, y como contracara se han establecido nuevas obligaciones para los Estados, aunque en algunas legislaciones el papel de las familias es aun de mucha responsabilidad e incluso con un rol garantista (Argentina y Colombia).

En esta materia, el desafío más importante es la aplicación efectiva de la ley, en particular de la normativa sobre derechos de la niñez y adolescencia. Asimismo hay otras disposiciones puntuales sobre las que cabe investigar su cumplimiento en estudios futuros; por ejemplo, la asignación privilegiada de recursos establecida en varios ordenamientos a distintos niveles de gobierno (a nivel federal en Argentina, nacional y municipal en Bolivia, de gobernaciones y municipios en Colombia, y del presupuesto público en general en Venezuela).

Respecto de las políticas dirigidas a las familias, puede sostenerse que todavía persiste la familia tipo con roles de género a su interior, y por tanto con mujeres cuidadoras o intermediarias gratuitas entre el Estado y las familias. En otros casos, las familias figuran indebidamente como destinatarias de políticas sectoriales, cuando tales políticas debieran estar destinadas a las personas, ciudadanos y ciudadanas, y no a las familias.

En las políticas dirigidas hacia las familias se aprecia que no prima en ellas un enfoque de derechos; y es que en mayor o menor grado en las legislaciones de familia y en las políticas que repercuten sobre las familias, se extraña este enfoque. El mismo, aplicado a las políticas públicas, no implica incorporar programas o áreas ministeriales para las familias o la provisión de cuidado, ya se trate de servicios o dinero para cuidar, sino de comprender el carecer integral su valor en términos de reproducción social y que su implementación debe hacerse bajo estándares de derechos y con instancias de fiscalización (Pautassi, 2007). Tampoco se trata políticas que produzcan un tipo de familia, sino de políticas que a través de las familias y de otros ámbitos permitan el bienestar de las personas (Montaño, 2007).

En función de lo expuesto, se presentan algunas propuestas, según las áreas temáticas abordadas en el estudio.

En relación a la **legislación específica sobre familias**:

- Terminar con la discriminación directa contra los y las homosexuales e incluirlos en la legislación sobre el matrimonio y las uniones de hecho, así como en todos los regímenes que derivan de los mismos (divorcio, partición de bienes, pensiones alimenticias, etc.).

- Igualar la edad de matrimonio para ambos sexos en Argentina, Bolivia y Venezuela, estableciéndola mínimamente en 16 años en los dos últimos casos
- Incluir en todas las legislaciones analizadas, con excepción de la colombiana que ya lo contempla, el mutuo acuerdo como causal de divorcio
- Reforzar las garantías y fiscalización en el pago de pensiones alimenticias en todos los países. A nivel de formulación legal se destaca la combinación de medidas contempladas en la ley chilena (embargo, retención de parte del salario, medidas preventivas, retención de licencia de conducir, retención de devolución de impuestos, sanción para el cómplice de falsificación de ingresos del deudor<sup>44</sup>).
- Equiparar los derechos de mujeres y hombres en la tenencia de hijos en todas las legislaciones
- Invertir la carga de la prueba para el reconocimiento de la maternidad y sobre todo de la paternidad en las legislaciones de Argentina, Chile, Colombia y Venezuela. En este sentido, se destacan en tanto buenas prácticas:
  - La legislación costarricense que, siendo la pionera en la materia, invirtió la carga de la prueba, y corresponde al hombre demandado en calidad de padre probar que no es tal.
  - La nueva Constitución Boliviana que hace lo propio pero en términos neutros, por lo que aplica para el reconocimiento tanto de la paternidad como de la maternidad, pues es la parte demandada la que debe probar que la pretensión de la demandante no es correcta, independientemente del sexo de cada uno.

De otra parte, para **la legislación laboral** se presentan las siguientes propuestas:

- Que el permiso post natal sea en parte gozado por el padre y en parte por la madre; o mejor aun, establecer un post natal paternal, conservando también el maternal. Estos permisos no pueden ser legalmente alternativos para padres o madres, así lo demuestra la experiencia comparada. Además debe aclararse en todos los casos que el costeo de tales licencias debe ser cubierto por la seguridad social, y dentro de esta por sus presupuestos generales y no por las cotizaciones de los involucrados. En su defecto, establecer algunos días por nacimiento de hijo como permiso para padres en Bolivia, donde no existe este derecho, aunque idealmente podría ser al inicio de dos semanas, lapso al que también podrían ampliarse las licencias de las legislaciones de Argentina, Chile y Colombia.
- Establecer permisos laborales para situaciones excepcionales, como enfermedad de los hijos tanto para padres como para madres en Argentina, Bolivia y Colombia (en este último caso adicionalmente a la licencia por calamidad doméstica).
- Incorporar un máximo de licencias anuales pagadas por motivos de crianza y cuidado de familiares que no sean enfermedad, que pueden consistir también en reducciones horarias, para atender situaciones varias, ya que se debe atender la cotidianeidad, pues la crianza y el cuidado no son solo situaciones excepcionales. Estas licencias serían bienvenidas en todos los países abordados y podría comenzarse con determinado número de días al año y luego ir extendiéndose, siempre con las debidas comunicaciones previas con la antelación que se establezca, por ejemplo de 72 horas antes de tomar la licencia.
- Incluir excedencias por razones de cuidado, es decir licencias no remuneradas pero con resguardo del puesto de trabajo, computables a efectos de antigüedad y de preferencia también computables para los sistemas previsionales de salud y pensiones en Bolivia, Chile,

<sup>44</sup> Un caso típico es el empleador que miente respecto de la remuneración del empleado deudor de pensión alimenticia

Colombia y Venezuela, mientras que en Argentina podría modificarse en el sentido expuesto y ampliarse a los hombres y para el cuidado de menores de 6 años y ancianos.

- En Argentina y Colombia establecer legalmente la obligación de las empresas con cierto número de trabajadores –indistintamente de su sexo– de instalar y mantener centros de cuidado infantil; en la legislación chilena modificar el requisito para que sea en función del número total de empleados y no de mujeres; en Bolivia avanzar hacia la aplicación de la norma e incluir su fiscalización de oficio por parte de las Inspectorías del Trabajo.

Respecto de la **legislación sobre la niñez y adolescencia**, el avance sería la aplicación de la normativa existente, de manera de posibilitar un ejercicio efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, más que modificaciones legales. Por lo mismo, algunas de las sugerencias de políticas públicas que se presentan a continuación apuntan en ese sentido. El gran desafío de una aplicación efectiva de la norma pasa sin duda por fortalecer la institucionalidad existente y mejorar la coordinación entre sus diversos niveles, los que varían según los países en función de sus divisiones político- administrativas (nacional, regional, provincial, departamental, de gobernaciones, municipal), pero que en todos los casos parecen presentar deficiencias importantes.

En cuanto a las **políticas públicas** se sugieren los siguientes lineamientos<sup>45</sup>:

- Avanzar hacia una oferta estatal universal de cuidado para la niñez menor de 6 años, lo que resolvería tanto el déficit como la inequidad en la prestación y recepción del cuidado. La universalización de la educación a edades tempranas hace frente al desafío de la informalidad del mercado laboral, pues no sujeta el acceso al cuidado a un vínculo laboral y se contribuiría al fortalecimiento de la ciudadanía de las mujeres<sup>46</sup>.
- Extender las jornadas escolares, lo que resulta sumamente importante, más aun casos como el boliviano y el colombiano, donde sus altas proporciones de informalidad hacen que las jornadas laborales no sean iguales todos los días e impliquen actividades al medio día, sobre todo para las mujeres.
- Establecer servicios y alojamientos para cuidado de larga duración para las personas adultas mayores; los sin duda se hacen necesarios sobre todo para requerimientos que están fuera de los que cubre el sistema de salud, pues hacen a la vida diaria de personas sanas pero que requieren cuidado. También podrían establecerse subsidios para contratación de cuidadores a domicilio o cuidadores que sean empleados municipales y que acudan un par de horas a domicilio de adultos mayores.
- Establecer centros de cuidado infantil para los beneficiarios de los programas de empleo público que eventualmente se desarrollen y por ahora para los programas de empleo de emergencia en curso en Argentina y Bolivia.

<sup>45</sup> Se sigue lo desarrollado por Marco (2007 y 2008).

<sup>46</sup> La universalización del cuidado de la niñez puede adoptar diversas y combinadas vías. Así, pueden combinarse subsidios para padres y madres para pago de centros de cuidado infantil, con centros gratuitos estatales. Los centros de cuidado infantil deberían además tender horarios compatibles con las jornadas laborales. Otro aspecto importante es la ubicación de estos centros, que variará según las distintas realidades.





## Bibliografía

---

- Abramovich, Victor y Pautassi, Laura (2006) Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos. Trabajo elaborado para las *Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía*, Seminario Taller: *Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad*, UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006.
- Acosta, Gladis (2007) Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada al contexto. En Irma Arriagada Coord. *"Familias y políticas públicas en América Latina"*, Libros de la CEPAL No 96.
- ALAI -América Latina en Movimiento (2008) Boletín 2008-12-03.
- Anderson, Jeanine (2007) Políticas y programas orientados a las familias en los países andinos. En Irma Arriagada Coord. *"Familias y políticas públicas en América Latina"*, Libros de la CEPAL No 96.
- Argentina. Ley de Contrato de Trabajo.
- Argentina. Código Civil.
- Arriagada, Irma (2007) Transformaciones familiares y políticas de bienestar en América Latina. En Irma Arriagada Coord. *"Familias y políticas públicas en América Latina"*, Libros de la CEPAL No 96.
- Arriagada, Irma (2005) De los límites del uso de tiempo: dificultades para las políticas de conciliación familia y trabajo. En Irma Arriagada Ed. *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*.
- Arriagada, Irma (2004) Estructuras familiares, trabajo y bienestar en América Latina. En Irma Arriagada y Verónica Aranda Comps. *Cambios de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidades de políticas públicas eficaces*. Serie Seminarios y Conferencias No 42, Santiago de Chile, CEPAL.

- Benería Lourdes y Floro, María (2006) Labor Market Informalization, gender and social protection: Reflections on poor urban households in Bolivia, Ecuador and Thailand. En Razavi, Shahra and Shireen Hassim (eds.). Gender and Social Policy in a Global Context: Uncovering the Gendered Structure of 'the Social'. Basingstoke: Palgrave.
- Bolivia. Ley General del Trabajo.
- Bolivia. Ley del Código del Niño, la Niña y el Adolescente.
- Bolivia. Código de Familia.
- Castro, Vivian (2008) Estrategias de conciliación entre la vida familiar y el trabajo remunerado en el contexto de la flexibilidad laboral. Trabajo presentado para optar por el título de Magíster en Estudios de Género bajo la dirección de Luz Gabriela Arango, Universidad Nacional de Colombia, Julio.
- CECODAP (2007) Situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la luz de la Convención sobre Derechos del Niño, Septiembre 2006 – Agosto 2007, Caracas .
- CEPAL (2006) Panorama Social de América Latina.
- Chile. Código del Trabajo.
- Chile (2008) Código Civil. Versión de texto refundido, coordinado y sistematizado.
- Chile (2005) Ley 20.030 Modifica presentación de antecedentes y pruebas para determinación de maternidad y paternidad.
- Chile (2004) Ley 19.947 Establece nueva Ley de Matrimonio Civil.
- Chile (2000) Ley 16.618 Ley de Menores.
- Chile (1998) Ley 19.585 Modifica Código Civil y otros cuerpos legales.
- Chile (1994) Ley 19.335 Establece régimen de participación de los gananciales y otros.
- Colombia (2006) Código Civil. Disponible en <http://www.superservicios.gov.co/basedoc/codigos.shtml?x=50213> visitada el 29.01.2009.
- Colombia (2002) Ley 765 publicada en Diario Oficial No 44889.
- Colombia (2001) Ley 721 publicada en Diario Oficial No 44661.
- Coordinadora de la Mujer (2007) Encuesta Nacional sobre Exclusión y Discriminación desde la Perspectiva de las Mujeres. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos de las Mujeres y la Justicia de Género, Oxfam-Coordinadora de la Mujer.
- ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2008) Sistemas de protección social y responsabilidades familiares. Articulaciones posibles. Informe Final para la OIT. Buenos Aires.
- ELA (2007): Cómo nos vemos las mujeres, Actitudes y percepciones de las mujeres sobre distintos aspectos de sus condiciones de vida, OXFAM-Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Buenos Aires. Mimeo.
- Farah, Ivonne (2006) Políticas públicas y género en Bolivia. En Mirando al pasado para proyectarnos al futuro. Evaluación de políticas públicas de género, La Paz Coordinadora de la Mujer.
- Hopenhayn, Martín (2007) Cambios en el paradigma del trabajo remunerado e impactos en la familia. En Irma Arriagada Coord. Familias y políticas públicas en América Latina, Libros de la CEPAL No 96.
- Ibáñez, Ana María y Velásquez, Andrea (2009) El impacto del desplazamiento forzoso en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile, CEPAL .
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2008) [http://www.icbf.gov.co/Noticias/noticias\\_3.html](http://www.icbf.gov.co/Noticias/noticias_3.html) Visitada el 18.02.09.
- Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (2005) Estadísticas vitales, Informe Anual 2005.
- Guajardo, Gabriel (2005) Familia y homosexualidad en Chile: notas sobre el secreto y el escándalo público. En Ximena Valdés y Teresa Valdés Editoras. Familia y vida privada ¿Transformaciones, tensiones, resistencias o nuevos sentidos? Santiago de Chile, Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer – FLACOS- UNFPA.
- Jelin, Elizabeth (2005) La familia en Argentina: modernidad, crisis económica y acción política. En Ximena Valdés y Teresa Valdés Editoras Familia y vida privada ¿Transformaciones, tensiones, resistencias o nuevos sentidos?, Santiago de Chile, CEDEM, FLACSO.
- Marca, Mary y López, Graciela (2006) Estudio de caso: Contribución de la economía del cuidado a los sistemas de protección social en la ciudad de El Alto. Documento de Trabajo, Unidad Mujer y Desarrollo, La Paz, CEPAL.
- Marco, Flavia (2008) Entre la escasez y la ausencia. Políticas para la armonización entre el empleo y la familia en los países andinos, OIT, Informe final.

- Marco, Flavia (2007) El cuidado de la niñez en Bolivia y Ecuador: derecho de algunos, obligación de todas. Serie Mujer y Desarrollo No 89, Santiago de Chile, CEPAL.
- Marco, Flavia (2006) Conciliación trabajo y familia en las políticas públicas. En: Mirando al pasado para proyectarnos al futuro. Evolución de políticas públicas de género. La Paz, Coordinadora de la Mujer.
- Martínez, Juliana (2008) Domesticar la incertidumbre en América Latina. Mercado laboral, política social y familias. San José de Costa Rica, Editorial UCR.
- Ministerio de Justicia de Bolivia (2007) Informe complementario al Informe País 2005 CEDAW, Viceministerio de Asuntos de Género y Generacionales, diciembre de 2007.
- Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo de la República Bolivariana de Venezuela (2008). Logros de la Revolución. En un país de 28 millones de habitantes. República Bolivariana de Venezuela.
- Montaño, Sonia y Milosavljevic, Vivian (2009) Trabajo infantil en América Latina y el Caribe: su cara invisible. En Boletín Desafíos No 8 – Enero 2009, CEPAL – UNICEF.
- Montaño, Sonia (2007) El sueño de las mujeres: democracia en la familia. En Irma Arriagada Coord. Familias y políticas públicas en América Latina, Libros de la CEPAL No 96.
- Morales, Carlos (1999) Código de Familia Anotado y Concordado, Ed. Gisbert, La Paz.
- Observatorio de la maternidad de Argentina (2008) Anuario de la Maternidad 2008 <http://www.o-maternidad.org.ar/novedades.aspx> visitado el 21.11.08.
- Pautassi, Laura (2007) El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie Mujer y Desarrollo No 87, Santiago de Chile, CEPAL.
- Pautassi, Laura; Faur, Eleonor y Gherardi, Natalia (2004) Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad. Serie Mujer y Desarrollo No 56, Santiago de Chile, CEPAL.
- Pineda, Javier (2006) Economía del cuidado y conciliación: reflexiones y evidencias para Colombia. Ponencia presentada al Seminario Políticas Conciliatorias y Economía del Cuidado, Universidad de la Salle. Alcaldía Mayor de Bogotá, Oficina de Mujer y Géneros. 9 de Mayo de 2006, Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia (2009) Acción Social, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Programa Familias en Acción en: <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=204&conID=157> visitada el 26.02.09
- Reyes, Natacha (2007). Desarrollo exportador, arreglos familiares y políticas de cuidado. Ponencia presentada en la Mesa “Hacia la equidad social y de género. La responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de cuidado”. Cumbre por la Amistad e Integración de los Pueblos Iberoamericanos, Noviembre de 2007, Santiago de Chile.
- Rico, Ma. Nieves (2008) Autonomía económica y superación de la pobreza, retos para las políticas de género. Ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres y IV Congreso Iberoamericano de Estudios de Género. Rosario, Argentina, 30 y 31 de julio y 1 de agosto de 2008.
- Rico, Ma. Nieves (2004) Fecundidad y trabajo femenino. En La Fecundidad en América Latina ¿Transición o revolución? Serie Seminarios y Conferencias No 36, Santiago de Chile, CELADE-CEPAL.
- Rico de Alonso, Ana (2007) Políticas sociales y necesidades familiares en Colombia: una revisión crítica. En Irma Arriagada Coord. Familias y políticas públicas en América Latina, Libros de la CEPAL No 96
- Rodríguez Enriquez, C. (2007) La organización del cuidado de niños y niñas en Argentina y Uruguay. Serie Mujer y Desarrollo N° 90, Santiago de Chile, CEPAL.
- Roseblatt, Karin (1995) Por un hogar bien construido – El Estado y su política familiar en los Frentes Populares. Construcción de identidad en Chile, siglos XIX y XX. Godoy, Lorena ed., Colección Investigadores Jóvenes, Santiago de Chile, SUR/CEDEM.
- Ruiz, Alicia (2000) La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. En Birgin, Haydee. Comp. El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires, Biblos.
- Ruiz, Martha (2003) Bases Doctrinales y Jurídicas para la Derogatoria del artículo 99° segundo párrafo del Código de Familia Boliviano. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Tesis de grado.
- Serrano, Claudia (2007) La familia como unidad de intervención de las políticas sociales. Notas sobre el programa Puente- Chile Solidario. En Irma Arriagada Coord. Familias y políticas públicas en América Latina, Libros de la CEPAL No 96.
- Servicio Nacional del Menor de Chile – SENAME (2009) <http://www.sename.cl/> y [http://www.crececontigo.cl/especialistas/noticias\\_ver.php?id=97](http://www.crececontigo.cl/especialistas/noticias_ver.php?id=97) visitadas el 19.02.09.
- Sunkel, Guillermo (2006) El papel de la familia en la protección social en América Latina. Serie Políticas Sociales No 120, Santiago de Chile, CEPAL.

- Torrente, Susana (1999) *La mujer y la protección social*. Colección Seguridad Social No 19, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Unión Europea, Comisión de Derechos de la Mujer (2004) *Los sistemas de seguridad social en la Unión Europea y su impacto en la reconciliación de la vida familiar y laboral*, Informe realizado para el Parlamento Europeo, Julio.
- Universidad Nacional de Colombia (2005) *Situación actual y prospectiva de la niñez y juventud en Colombia*, UNICEF – GTZ- ICBF – Colombia Joven.
- Valdés, Ximena y otras (2005) *Entre la reinención y la tradición selectiva: familia, conyugalidad, parentalidad y sujeto en Santiago de Chile*. En En Ximena Valdés y Teresa Valdés Editoras, *Familia y vida privada ¿Transformaciones, tensiones, resistencias o nuevos sentidos?* Santiago de Chile, CEDEM, FLACSO.
- Venezuela. *Ley de Protección de la Familia, la Maternidad y la Paternidad*.
- Venezuela. *Código Civil*.
- Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente*.
- Wanderley, Fernanda (2008) *Género, etnicidad y trabajo en el área urbana de Bolivia. Insumos para políticas públicas de promoción del empleo en el marco de la equidad*. Programa de Apoyo al Trabajo Decente en Bolivia – OIT, La Paz, Informe de Investigación.
- Wanderley, Fernanda (2003) *Inserción laboral y trabajo no mercantil. Un abordaje de género desde los hogares*. La Paz, Plural y CIDES- UMSA.

## **Anexos**

---

# ANEXO 1

## CUADRO COMPARATIVO DE LEGISLACIONES NACIONALES

PAÍS	Licencia de maternidad	Licencia de paternidad	Financiamiento de licencia	Protección en el empleo	Obligación legal de guarderías	Excedencia	Otras licencias
Argentina	90 días	2 días	Seguro social	Fuero maternal de 7 meses y medio anteriores y posteriores al parto.	Empresas con 50 trabajadoras. La norma no opera porque no fue reglamentada.	3 a 6 meses para madre con posterioridad a licencia de maternidad.	*Seis meses de licencia por nacimiento de hijo con Síndrome de Down con goce de asignación familiar equivalente a remuneración.
Bolivia	45 días antes y 45 días después del parto prorrogable por enfermedad o impedimento sobreviviente después del parto.	Ninguna	90% a cargo de la Seguridad Social.	Fuero maternal y paternal durante el embarazo y hasta un año del nacimiento. Tratamiento para la madre acorde con estado de gestación en lugar de trabajo sin afectar nivel salarial ni ubicación laboral.	Empresas con más de 50 trabajadores.	Ninguna	Ninguna
Chile	18 semanas (126 días)	5 días	Seguro Social	Fuero maternal durante el embarazo y hasta un año de terminado el post natal y fuero paternal cuando trabajador este gozando de postnatal por muerte de la madre.  Se prohíbe petición de test de embarazo y se dispone traslado de puesto de trabajo si perjudica la salud de la madre.	Empresas con 20 trabajadoras.	Ninguna	*Parental para enfermedad grave de hijo menor de un año. *En caso de enfermedad grave de menor de 18, hasta 10 jornadas al año, la madre decide si la ejerce ella o el padre.

## CUADRO COMPARATIVO DE LEGISLACIONES NACIONALES (Conclusión)

Colombia	12 semanas al menos 6 de las cuales deben ser gozadas con posterioridad al parto. En caso de aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas.	4 días si sólo el padre está cotizando a la Seguridad Social y 8 días si ambos padres cotizan. 6 semanas para padre adoptante de menor de 7 años que no tenga cónyuge o compañera.	100% de salario base cubierto por la Seguridad Social	Fuero maternal durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto	Obligación del empleador de establecer sala de lactancia o contratar servicio con instituciones de protección infantil para madres con lactante	Ninguna	Licencia por calamidad doméstica siempre que se acredite la necesidad y salvo pacto en contrario no es remunerada  Licencia de 6 semanas para madre adoptante del menor de 7 años desde la entrega oficial del menor
Venezuela	6 semanas antes y 12 después del parto, ampliables por enfermedad sobreviniente. El descanso no utilizado en el pre natal se acumulará al post. Si el parto se retrasase se incrementa el prenatal no pudiendo disminuirse el postnatal. El empleador está obligado a conceder a la trabajadora sus vacaciones, si ella lo solicitara, inmediatamente después del post natal.	14 días continuos después del nacimiento o adopción del menor de 3 años; 28 días si sobreviene enfermedad de éste o la madre. Si ésta falleciera el padre gozará de su postnatal. Si el trabajador pidiera su vacación después de vencida su licencia el empleador se la debe conceder. Estas licencias son sufragadas por la Seguridad Social.	100% del salario a cargo de la seguridad social	Para el padre hasta un año después del nacimiento, para el padre biológico o adoptante de un menor de 3 años. Para la madre durante el embarazo y hasta 1 año después del parto y durante el año posterior a la adopción. Se prohíbe petición de test de embarazo (art 381 LOT; Ley de Igualdad de Oportunidades). La trabajadora embarazada está exenta de tareas que perjudiquen el desarrollo del feto y no podrá ser trasladada. Se prohíbe salario menor para embarazada y trabajadora en lactancia.	Guarderías obligatorias para empleador con más de 20 trabajadores, pudiendo contratar el servicio o asociarse con otros empleadores para brindarlo.	Ninguna	

Fuente: Elaboración propia en base a Marco (2008); Pautassi y otras (2004) y legislaciones nacionales..







NACIONES UNIDAS

Serie

CEPAL

nombre de la serie

## Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en  
[www.cepal.org/publicaciones](http://www.cepal.org/publicaciones)

149. Flavia Marco Navarro, "Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países de América Latina", (LC/L.3102-P), Número de venta: S.09.II.G.84, (US\$10.00), 2009.
148. Juan Gonzalo Zapata, "Coordinación y gestión territorial de la política social en Colombia" Uruguay: los beneficios no contributivos y las alternativas para su extensión", (LC/L.3002-P), Número de venta: S.09. S.09.II.G.83, (US\$10.00), 2009.
147. Marcela Cerrutti, Georgina Binstock, "Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública", (LC/L.3100-P), Número de venta: S.09.II.G.82, (US\$10.00), 2009.
146. Rodrigo Arim, Guillermo Cruces y Andrea Vigorito, "Programas sociales y transferencias de ingresos en Uruguay: los beneficios no contributivos y las alternativas para su extensión", (LC/L.3002-P), Número de venta: S.09.II.6.10, (US\$10.00), 2009.
145. Ana María Ibáñez y Andrea Velázquez, "El impacto del desplazamiento forzoso en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas", (LC/L.2970-P), Número de venta: S.08.II.G.82, (US\$10.00), 2008.
144. Ricardo Bitrán, Liliana Escobar, Gonzalo Urcullo, Rodrigo Muñoz y Juanita Ubilla, "Estimación del costo de alcanzar los objetivos de desarrollo del Milenio en salud en algunos países de América Latina y el Caribe", (LC/L.2966-P), Número de venta: S.08.II.G.79, (US\$10.00), 2008.
143. Ricardo Infante, "El sector de empresas pequeñas y medianas. Lecciones de la experiencia de la Unión Europea y políticas de homogeneización productiva con generación de empleo", (LC/L.2895-P), Número de venta: S.08.II.G.31, (US\$10.00), 2008.
142. Guillermo Cruces, Nicolás Epele, Laura Guardia, "Los programas sociales y los objetivos de desarrollo del Milenio en Argentina", (LC/L.2889-P), Número de venta: S.08.II.G.26, (US\$10.00), 2008.
141. Marcela Peticara, "Incidencia de los gastos de bolsillo en salud en siete países latinoamericanos", (LC/L.2879-P), Número de venta: S.08.II.G.18, (US\$10.00), 2008.
140. Guillermo Paraje, "Evolución de la desnutrición crónica infantil y su distribución socioeconómica en siete países de América Latina y el Caribe", (LC/L.2878-P), Número de venta: S.08.II.G.17, (US\$10.00), 2008.
139. Gonzalo Wielandt, Carmen Artigas, "La corrupción y la impunidad en el marco del desarrollo en América Latina y el Caribe: un enfoque centrado en derechos desde la perspectiva de las Naciones Unidas", (LC/L.2826-P), Número de venta: S.07.II.G.149, (US\$10.00), 2007.
138. Andras Uthoff, Cecilia Vera, "Una nota sobre el impacto de las políticas activas de gasto social", (LC/L.2793-P), Número de venta: S.07.II.G.128, (US\$10.00), 2007.
137. María Luisa Marinho M., "El eslabón perdido entre educación y empleo", (LC/L.2783-P), Número de venta: S.07.II.G.123, (US\$10.00), 2007.

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: [publications@cepal.org](mailto:publications@cepal.org).

Nombre: .....

Actividad: .....

Dirección: .....

Código postal, ciudad, país: .....

Tel.:..... Fax:.....E.mail:.....