

## Enfoque de género en el actual Código de Familia cubano

### Gender Approach in the Current Cuban Family Code

Jorge Luis Silva González, Alie Pérez Véliz

Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, Cuba

#### RESUMEN

El presente estudio analiza el enfoque de género desde la perspectiva de la equidad en el Código de Familia cubano, específicamente en la Sección Segunda “De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos”, en los artículos del 88 al 91. Se hace referencia a la teoría de género y se realiza una comparación jurídica atendiendo a la regulación de este particular en países del sistema romano-francés, tales como Venezuela, Argentina, España y Bolivia. Dentro de los resultados obtenidos se encuentra, que las disposiciones normativas analizadas, están revestidas de determinismos tradicionalistas, biologicistas y sexistas, ya que postulan un fallo favorable para la madre, cuando en realidad debían orientar al tribunal decisor a agotar todos los medios a su alcance para determinar quién tiene el ejercicio del mejor derecho.

**PALABRAS CLAVE:** género, enfoque de género, Derecho de Familia, guarda y cuidado de los hijos.

## ABSTRACT

The present study analyzes the gender approach from the perspective of equity in the Cuban Family Code, specifically in the Second Section "Of Guardianship and Care and Communication between Parents and Children" in articles 88 to 91. Reference is made to gender theory and a legal comparison is made considering the regulation of this particular in countries of the Roman-French system, such as Venezuela, Argentina, Spain and Bolivia. The results show that the normative dispositions analyzed are covered by traditionalist, biologicistic and sexist determinisms, since they postulate a favorable judgment for the mother, when in fact they should guide the decision-maker to exhaust all the means at their disposal to Determine who has the best right to exercise.

**KEYWORDS:** Gender, gender approach, family law, custody and childcare.

## INTRODUCCIÓN

Los estudios sobre género son de considerable relevancia a nivel internacional y el tratamiento de la temática continúa siendo un imperativo en el ámbito nacional cubano para organismos e instituciones, en aras de contribuir a una sociedad con mayor justicia social (Silva & Pérez, 2017), sobre todo para las mujeres, por la discriminación y las limitaciones que históricamente han tenido en relación con los hombres.

En este sentido varios han sido los espacios que han proclamado su lucha en pos de los derechos humanos y la justicia social hacia las mujeres, tales como:

- La Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer de 1975.
- La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "*Convención De Belém Do Pará*" de 1994.

- La IV Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres celebrada en Beijing, China de 1995.
- Los Objetivos del Milenio del año 2000.
- Los Objetivos de Desarrollo Sostenible del año 2017, donde precisamente el número 5 está dirigido a lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

Siendo así y a pesar de las acciones desarrolladas por el Estado cubano, como signatario de los acuerdos de la Conferencia de Beijing en 1995, aún en los ámbitos no académicos - fundamentalmente-, dada su relativa novedad (poco menos de medio siglo de existencia), ha existido una tendencia a confundir el concepto de género con el de sexo, y desde los más disímiles enfoques de la ciencia, se han dedicado grandes esfuerzos para su desarrollo y entendimiento social dentro y fuera de la academia.

Es preciso enfatizar a partir del planteamiento de la situación de las mujeres y las acciones a escala global anteriormente expuestas, que el presente estudio parte de la inadecuada concepción de la equidad en materia de género en el Derecho de Familia en Cuba y no se enfoca específicamente en las mujeres, sino al tratamiento que ambos sexos poseen ante la ley (Código de Familia).

También es válido reconocer a investigadores e investigadoras internacionales y nacionales, que se tuvieron en cuenta en el marco teórico-conceptual de la investigación, tales como: Scott (1990), Lagarde (1994), Fleitas (2000), Miranda y Peña (2001), Valdebenito (2002), Fernández et al. (2003), Vasallo (2004), Proveyer (2005), Lamas (2014) y Caram (2016).

A través de sus estudios se evidencia que ramas de las Ciencias Sociales como la Sociología y la Psicología, muestran avances teóricos significativos en materia de género, más el reto de aplicar los propios resultados aún dista de la voluntad de quienes investigan sobre el tema, que no intervienen solos o solas en el proceso por lograr que hombres y mujeres posean igualdad de derechos y oportunidades (Silva & Pérez, 2017).

En la Ciencia Jurídica particularmente y coincidiendo con Pautassi (citado en Silva & Pérez, 2017) se han concentrado mayor cantidad de (...) planes, plataformas y medidas de acción positivas, por la responsabilidad de garantizar desde el Derecho justicia y equidad de género. Así se ha constado en las políticas públicas emprendidas por la Revolución cubana de acuerdo con el siguiente planteamiento:

*El Estado cubano, en concordancia con su proyecto de justicia social, de democracia participativa y de lucha tenaz para eliminar toda forma de discriminación y opresión por razones de clase, género y raza, ha puesto en práctica desde 1959 su Estrategia Nacional de Desarrollo que comprende la ejecución, de forma articulada y armónica, de los programas económicos y sociales; en tal sentido ha impulsado la creación y desarrollo de las bases económicas, políticas, ideológicas, jurídicas, educacionales, culturales y sociales que garanticen la igualdad de derechos, oportunidades y posibilidades a hombres y mujeres, transformando la condición de discriminación y subordinación a que secularmente había estado sometida la mujer cubana y promoviendo la eliminación de estereotipos sexuales tradicionales y la reconceptualización de su papel en la sociedad y en la familia. (Castro, 1999, p. 5)*

No obstante a lo anterior y aun cuando la Constitución de la República de Cuba de 1976 dedica el capítulo VI a la Igualdad, una revisión exploratoria al vigente Código de Familia que data desde 1975, permitió la identificación de disposiciones normativas tendentes a reproducir patrones de discriminación que conciben tratamientos diferenciados para ambos sexos, cuando lo más conveniente sería una única formulación atendiendo a la equidad y el principio de igualdad que debe regir para hombres y mujeres como seres humanos ante la ley, a pesar de sus diferencias biológicas.

A partir de lo anteriormente planteado el presenta artículo tiene como objetivo: Analizar el enfoque de género en la Sección Segunda “De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos” del Código de Familia cubano desde la perspectiva de la equidad. Para ello atendiendo a que el estudio que se presenta es de tipo teórico, con un alcance descriptivo-

correlacional, que busca no solo exponer las características, propiedades y manifestaciones del género, recolectando, ordenando y jerarquizando información, estableciendo relaciones, sino que en el análisis de la interacción que tienen en el objeto de estudio determinadas variables o categorías, logra aclarar la incidencia de estas en su manifestación y regularidades de comportamiento.

Como la investigación es teórica se requirió el empleo de métodos tales como el histórico-lógico, el de análisis-síntesis, el exegético-analítico y el de comparación jurídica -reconocido por Villabella Armengol, Fernández Olazábal y Pérez Hernández (2012)-, que permitió conocer la regulación de la guarda y cuidado de los hijos e hijas en disposiciones normativas de países del Sistema romano-francés tales como Venezuela, Argentina, España y Bolivia.

### **La categoría género en la Ciencias Sociales: consideraciones teóricas**

*“El género, como concepto, es de reciente incorporación al análisis científico”* (Vasallo, 2004, p. 91). La categoría empezó a ser utilizada en las Ciencias Sociales en la década de los 70 en los países del primer mundo (Estados Unidos y Europa), extendiéndose más tarde a América Latina y el Caribe, África y Asia; pero se reconoce su origen en la obra del psicólogo de Nueva Zelanda, Jhon Money, quien en 1951, usa el concepto gender por primera vez para referirse a un componente cultural, fundamentalmente a la influencia educativa, en la formación de la identidad sexual (Pautassi, 2012).

En el idioma español, según Lamas (2014), la definición clásica de diccionario, se refiere al género como la clase, especie o tipo a la que pertenecen las personas o las cosas. Plantea que el Diccionario del uso del español, de María Moliner consigna cinco acepciones de género y apenas la última es la relativa al género gramatical, o sea, a la definición gramatical por la cual los sustantivos, adjetivos, artículos o pronombres pueden ser femeninos, masculinos o -solo los artículos y pronombres- neutros.

Refiere la mencionada investigadora, que según María Moliner, tal división responde a la naturaleza de las cosas solo cuando esas palabras se aplican a animales, pero a los demás se les asigna género masculino o femenino de manera arbitraria. Concluye planteando que:

*En castellano la connotación de género como cuestión relativa a la construcción de lo masculino y lo femenino solo se comprende en función del género gramatical, y solo las personas que ya están en antecedentes del debate teórico al respecto lo comprenden como la simbolización o construcción cultural que alude a la relación entre los sexos. (Lamas, 2014, p. 2)*

Para Lamas, la primera disciplina que empleó la categoría género para establecer una diferencia con el sexo fue la Psicología, en su vertiente médica, por Robert Stoller (Sex and Gender, 1968) quien estudió los trastornos de la identidad sexual, examinando casos en los que la asignación de sexo falló, ya que las características externas de los genitales se prestaban a confusión. Según Izquierdo (1998) tanto para Stoller como para Money se evidenciaban dos cuestiones fundamentales:

- Algunos individuos no podían ser clasificados en machos o hembras desde el punto de vista del dimorfismo sexual porque poseían los caracteres sexuales secundarios poco marcados.
- Otras personas que morfológicamente se encontraban bien definidas sexualmente, declaraban sentirse en un cuerpo equivocado.

Desde esta perspectiva psicológica, para Lamas, el género es una categoría en la que se articulan tres instancias básicas:

- La asignación (rotulación, atribución) de género, que se realiza en el momento en que nace el bebé, a partir de la apariencia externa de sus genitales.
- La identidad de género, que se establece más o menos a la misma edad en que el infante adquiere el lenguaje (entre los dos y tres años) y es anterior a su conocimiento de la diferencia anatómica entre los sexos. Desde dicha identidad, el niño estructura su experiencia vital; el género al que pertenece lo hace identificarse en todas sus

manifestaciones: sentimientos o actitudes de "niño" o de "niña", comportamientos, juegos, etcétera.

- El papel de género, que se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dictan la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino. Se puede sostener una división básica que corresponde a la división sexual del trabajo más primitiva: las mujeres paren a los hijos, y por lo tanto, los cuidan: ergo, lo femenino es lo maternal, lo doméstico, contrapuesto con lo masculino como lo público.

*Lo que el concepto de género ayuda a comprender es que muchas de las cuestiones que se piensan que son atributos "naturales" de los hombres o de las mujeres, en realidad son características construidas socialmente, que no tienen relación con la biología. El trato diferencial que reciben niños y niñas, solo por pertenecer a un sexo, va generando una serie de características y conductas diferenciadas. (Lamas, 2014, p.4)*

Dicha definición se relaciona con el criterio de Lagarde (1994), que concibe también al género como el conjunto de características asignadas a cada sexo diferencialmente-, y de normas sociales, económicas, políticas, culturales, psicológicas, jurídicas.

Tanto Scott (1990) y Lagarde (1994), como Fleitas (2000), Miranda y Peña (2001), Fernández et al. (2003), Proveyer (2005) y Caram (2016) concuerdan con que el género es una construcción social que se basa en diferencias biológicas.

De acuerdo con la consideración anterior que se vislumbraba desde la década de los años 90, la V Conferencia Internacional de la Mujer celebrada en Beijing, China, en 1995, acordó que la palabra género se diferencia de sexo para expresar que el rol y la condición de hombres y mujeres responden a una construcción social y están sujetos a cambios.

Para Valdebenito (2002), las diferencias entre los hombres y las mujeres son de naturaleza biológica y de carácter social:

*El término sexo se refiere a unas diferencias biológicamente determinadas con carácter universal entre los hombres y las mujeres. El término género se refiere a unas diferencias sociales y relacionadas entre los hombres y las mujeres aprendidas, cambiantes con el tiempo y que presentan una gran variabilidad entre las diversas culturas y aun dentro de una misma cultura. Estas diferencias y relaciones son una construcción social, y han sido aprendidas a través del proceso de socialización. Son específicas de un contexto y pueden ser modificadas.*  
(p.44)

Por su parte, Vasallo (2004), plantea que la formación y desarrollo del género dependen de procesos culturales, del entorno de desarrollo de las personas desde el mismo momento de su nacimiento. Coincidía Caram (1996), en que es un patrón cultural y diez años después en el 2016 plantea que cada sociedad tiene su propuesta de modelos para los sexos y que pueden variar a través del tiempo; encontrando su origen en las definiciones sociales y culturales que rigen la conducta de las personas.

Atendiendo a las definiciones anteriores, resulta interesante y a la vez significativo, como desde la década de los años 90 existe consenso en la doctrina, en torno a una definición de género similar y se asume en la investigación al género como un proceso de construcción social y/o cultural que asigna a cada persona según su sexo -desde el momento de su nacimiento-, características, roles, valores y normas de todo tipo, ya sean sociales, políticas, económicas, jurídicas, culturales y psicológicas.

Asimismo, se considera que sexo y género no significan lo mismo, en tanto el primero se refiere a las condiciones anátomo-fisiológicas (Miranda & Peña, 2001; Proveyer, 2005) del ser humano.

Se considera que si se entiende al género como una construcción social y también cultural, que parte de la diferencia sexual, esta será el resultado de las luchas acerca de cómo

las sociedades definen, entienden y regulan la masculinidad y la feminidad. El debate estará formando parte de dichas luchas.

### **Reflexiones sobre el enfoque de género, la equidad y el principio de igualdad**

Los estudios con enfoque de género desde la perspectiva de la equidad -y siguiendo las ideas anteriores-, continúan ocupando la agenda de investigadoras e investigadores en diferentes ámbitos y desde los más diversos enfoques de la ciencia. Por tal motivo es preciso hacer alusión a ellos de forma unida y no por separado, por la relación estrecha que poseen.

Para ello, a continuación se exponen consideraciones teóricas desde la Psicología, la Sociología y el Derecho –fundamentalmente-, sobre el análisis por género, el enfoque de género, la equidad de género, la igualdad de derechos, la igualdad respecto al género, la igualdad de género, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la perspectiva de género, variables que necesitan ser aclaradas, puesto que la investigación se basa en categorías de la Sociología que son analizadas o llevadas al campo del Derecho.

Esencialmente se utiliza como referencia la guía conceptual y metodológica sobre relaciones de género con equidad de la Editorial IICA de Holanda del 2001, así como algunas reflexiones y un glosario práctico para facilitar el trabajo a nivel local del Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo con el título “*Género y Desarrollo*” de la autoría de Erika Valdebenito (2002).

Normalmente, se asume que las diferencias entre hombres y mujeres se deben a los determinantes biológicos, al sexo; sin embargo, la psicología ha demostrado que estas diferencias, que se extienden desde los más simples aspectos síquicos hasta los más complejos, se deben a la multitud de factores de tipo sociocultural, además de los biológicos; pues para la Psicología, la Sociología y la Antropología los términos hombre y mujer -además de su connotación biológica-, tienen una enorme connotación social (Andrés-Pueyo, 1996).

*“Los estudios de la mujer enfocados desde la Sociología a escala internacional se han caracterizado por ser androcéntricos, donde lo masculino es tomado como punto de referencia para los estudios de naturaleza social, por encima de lo femenino” (Maceo, 2012, p. 5).*

Según Maceo, unas de las causas de tal hecho es haber sido fundada por hombres en una etapa en que las condiciones económicas determinaban la manera de ser de hombres y mujeres; estas últimas sometidas tanto por el régimen económico como por los valores, la moral y los prejuicios que beneficiaban al hombre y a ella la sometían a los marcos del hogar y estrictamente a la actividad reproductiva.

*Entre los estudios de los clásicos dentro de la Sociología que involucran a la mujer se pueden encontrar los relacionados con la familia como centro de atención, tal es el caso de E. Durkheim, Talcott Parson y Max Weber. Los enfoques de estos autores se pueden considerar como primera tendencia sobre estudios de sociología del género. Caracterizado por el discurso androcéntrico que pone a la mujer por debajo de las capacidades del hombre excluyéndola del espacio público; atribuyen además a las mujeres una identidad pasiva que las somete a las voluntades del sexo opuesto. (Maceo, 2012, p.5)*

Esta ideología, plantea la misma autora, rechaza la devaluación que se produce de las actividades reproductivas de las mujeres -en lo doméstico-, a costa de una idealización de otras actividades como la maternidad y una invisibilidad de otras que se realizan en los espacios públicos y que son importantes desde el punto de vista de la producción de bienes y mercancías. Según el autor de la investigación es significativo desarrollar tanto en los espacios privados como en los públicos un análisis por género.

*El análisis por género es una herramienta para diagnosticar las diferencias entre mujeres y hombres. Contempla sus actividades específicas, condiciones, necesidades, su acceso a los recursos y el control que tienen sobre ellos, así como su acceso a los beneficios del desarrollo y a los niveles de dirección. Estudia estos vínculos y otros factores en el medio y en el contexto*

*más amplio social y económico (...) es el primer paso de una planificación sensible a las cuestiones de género para promover la igualdad entre las mujeres y los hombres (...) el primer paso para la formación de cualquier política o elaboración de un programa: el punto de partida desde el que transformar la naturaleza del desarrollo de una sociedad para promover la igualdad entre los hombres y las mujeres. (Valdebenito, 2002, p.30)*

Dicho análisis por género puede tenerse en cuenta para cualquier estudio que se vaya a desarrollar, ya sea de perspectiva de género o enfoque de género. Este último se concibe según Ahr (2007) como los diferentes papeles que la sociedad asigna a mujeres y hombres y que se reflejan, en la división y carga de trabajo, en el diferente acceso a los recursos y el desigual control sobre ellos, así como en las distintas posibilidades que tienen las personas de ejercer influencia política y social.

Debe considerarse además, que para llevar a cabo el análisis del enfoque de género, la finalidad debe estar siempre dirigida a disminuir o erradicar las brechas de desigualdad, o sea, lograr la justicia y la equidad entre hombres y mujeres.

Para el Derecho romano, justicia es la palabra de donde proviene el *ius* (Derecho) y se define como “el arte de lo bueno y lo equitativo” (Celso, s.a., p.11). Para Ulpiano (s.a.) era: “*la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno el derecho que le pertenece*” (p.11). Dicha definición de Ulpiano esboza que “*la justicia no consistía en un trato igual para todos, sino que por el contrario consistía en dar a cada uno lo que le correspondiera, es decir, afirmaba como justa la desigualdad*” (Colectivo de autores, 2006, p.11).

Desde la mirada del Derecho, según Carbonell (2003) el concepto de igualdad es complejo, porque atañe por igual a diversas áreas de las Ciencias Sociales y ha sido estudiado por la economía, la política, la Sociología, la Antropología y el Derecho. En el caso de este último, se manifiesta en los textos constitucionales de ordenamientos jurídicos y tiene un significado especial como valor o principio:

*(...) la prohibición de discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones. (Carbonell, 2003, p.14)*

Carbonell plantea que el principio de igualdad ante la ley, no es directamente idéntico al de justicia (aunque poseen una estrecha relación) si se concibe como trato igual a los iguales y desigual para los desiguales, a menos que se fuerce el significado de aquel principio hasta convertirlo en un derecho, no a la igualdad, sino a la justicia o a la igualdad o la desigualdad justas.

Para él, *“el principio constitucional de igualdad obliga solo a tratar igualmente lo igual y no a tratar tanto igualmente lo igual como desigualmente lo desigual”* (2003, p.14).

Rosenfeld (citado en Carbonell, 2003), despliega un proceso dialéctico que consta de tres diferentes etapas que marcan una progresión lógica de la desigualdad al ideal de la igualdad constitucional y las explica a través de la relación entre hombres y mujeres:

1. La diferencia tiene como correlato la desigualdad, es decir, aquellos que son caracterizados como diferentes se les trata legítimamente como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía (las diferencias -ya sean reales o artificiales- entre hombres y mujeres, proporcionan argumentos para tratar a las mujeres como inferiores).
2. La identidad tiene como correlato la igualdad de forma que todo el mundo tiene derecho a ser tratado igual en tanto en cuanto reúna ciertos criterios adoptados como criterios de identidad (las mujeres demandan igualdad resaltando las identidades entre los sexos y quitando importancia a las diferencias. Incluso, debido a que esas demandas tienen lugar en una situación dominada por hombres, la identidad que las mujeres deben acoger en su búsqueda de la igualdad es una identidad orientada hacia el varón).

3. La diferencia tiene como correlato la igualdad, ya que cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones (las mujeres perseguirían la igualdad de una forma que tuvieran en cuenta las diferencias entre los sexos sin perjudicar a las mujeres; por ejemplo, las mujeres demandarían las mismas perspectivas profesionales que los hombres, pero con permisos especiales para dar a luz y cuidar de sus hijos).

Los criterios expuestos anteriormente por Carbonell y Rosenfeld en el 2003, son básicos en el estudio, atendiendo a la importancia del principio de igualdad plasmado en la Constitución de la República de Cuba de 1976, en el capítulo VI *“Igualdad”* y que se hace extensivo al resto de las normas o ramas del Derecho que componen el ordenamiento jurídico.

Desde su perspectiva, debe considerarse a los efectos de la investigación al principio de igualdad como: las oportunidades que ante la ley tienen los hombres y las mujeres como seres humanos -sujetos de derechos y obligaciones-, pero con sus necesidades y aspiraciones diferentes, bien atendiendo al sexo o a los roles que socialmente le han sido asignados.

La equidad como una palabra frecuente en el Derecho romano fue utilizada algunas veces para la promulgación de nuevas leyes, otras para servir de fundamento a normas que dictaban lo pretores y otras para distinguir desde el punto de vista el arbitrio judicial, cuándo es posible que el juzgador decida un pleito por razones de equidad y buena fe (Colectivo de autores, 2006).

En relación con ello y sobre esa base, la equidad de género, plantea Miranda y Peña (2001) *“está muy presente en la humanidad, desde los inicios de la vida social, económica, política. Desde aquel entonces la mujer no tenía derecho a ser escuchada, ni a opinar, ni mucho menos a ser parte de una familia y sociedad”* (p.77).

Según Valdebenito (2002) supone un disfrute de los bienes sociales, recursos, las mismas oportunidades en la toma de decisiones, y trabajar juntos ambos sexos para lograrlo.

Dicha equidad como se mencionó, no es sinónimo de igualdad con respecto al género. Para la autora anterior, las responsabilidades y las oportunidades de las mujeres y de los hombres no dependen de que hayan nacido mujeres u hombres; es un problema de derechos humanos y una condición previa para la consecución de un desarrollo sostenible centrado en las personas.

Para Miranda y Peña (2001) equidad de género es la distribución justa de acuerdo a los intereses y necesidades de hombres y mujeres, es tener derecho a acceder con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los mismos bienes y servicios de la sociedad, así como a la toma de decisiones en los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar. *“Es la aceptación de las diferencias entre hombres y mujeres, y la aceptación también de derechos, buscando el ideal de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta en perjuicio del otro”* (p. 77).

En tanto Valdebenito (2002) coinciden con la definición anterior al plantear, la *“igualdad de derechos significa igualdad formal ante la ley. Equiparación de hombres y mujeres mediante medidas legislativas”* (p. 37). Dicha igualdad está establecida o amparada *“en principio”* por la Constitución de cada país, y como ya se planteó en la introducción del estudio Cuba la regula en el Capítulo VI del artículo 41 al 44.

En cuanto a la *“igualdad de género se entiende como una relación de equivalencia en el sentido de que las personas tienen el mismo valor, independientemente de su sexo, y por ello son iguales”* (Valdebenito, 2002, p. 37).

En cuanto a la perspectiva de género, para Lamas (2014) implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia esa diferencia sexual.

Dicha autora plantea que se debe aceptar el origen biológico de algunas diferencias entre hombres y mujeres, pero que la predisposición biológica no es suficiente por sí misma para provocar un comportamiento.

*No hay comportamientos o características de personalidad exclusivas de un sexo. Ambos comparten rasgos y conductas humanas (...). Si bien la diferencia entre el macho y la hembra humanos es evidente, que a las hembras se les adjudique mayor cercanía con la naturaleza (supuestamente por su función reproductora) es una idea, no una realidad. Ambos somos seres humanos, igualmente animales, o igualmente seres de cultura. (Lamas, 2014, p. 9)*

Para Fleitas (2000), la perspectiva de género se basa en la teoría de género, en el paradigma histórico crítico y cultural del feminismo. Uno de sus fines es contribuir a la construcción subjetiva y social de una configuración que resignifique la historia, la sociedad, la cultura y la política desde el género. Reconoce la diversidad de géneros, la existencia de mujeres y hombres en la construcción de una sociedad humana, diversa y democrática.

Desde el punto de vista del Derecho, según Camargo (1999), la perspectiva de género *"establece una teoría social que trata de explicar (...) comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, (...) destacando la existencia real del género femenino y masculino, sin dominio de uno sobre el otro, sin jerarquías y sin desigualdades"* (p. 29).

Para la abogada Staff (1999), la perspectiva de género, significa la promoción de la igualdad y de las nuevas identidades de género, reduciendo o eliminando las causas y efectos de la discriminación en el ámbito jurídico.

Según Valdebenito en el 2002, es *"tomar en consideración y prestar atención a las diferencias entre mujeres y hombres en cualquier actividad o ámbito dados en una política"* (p.41).

Se está de acuerdo con Miranda y Peña (2001) y Valdebenito (2002), en que la equidad de género no supone que hombres y mujeres sean iguales, pero sí que tengan acceso y disfruten de los bienes sociales, oportunidades y recursos sin distinción alguna, sin que un sexo prevalezca por encima del otro.

El énfasis en la igualdad y en el empoderamiento de género, no presupone un modelo definitivo de igualdad para todas las sociedades, pero refleja la preocupación de que ambos sexos, aunque no sean iguales por razones biológicas, sí tengan las mismas facilidades para tomar decisiones y trabajen juntos para lograrlo en virtud del principio de equidad.

A tenor de la investigación se entenderá por enfoque de género en el Derecho de Familia desde la perspectiva de la equidad, la posición y el tratamiento que ofrece para hombres y mujeres el conjunto de normas que dan orden estructural y funcional al Derecho, sobre la base de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta por encima del otro.

### **El enfoque de género en la Sección Segunda “De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos” del Código de Familia**

La promulgación del Código de Familia cubano el 14 de febrero de 1975, como norma sustantiva fundamental en materia de Familia, según Rojas (2012) marcó un avance importante desde el punto de vista jurídico desde el triunfo de la Revolución, al desagregar las materias familiares del viejo Código Civil español.

Para su época, tuvo el privilegio de ser el primero de este tipo que respondía a una sociedad socialista y a una verdadera revolución social. Sus instituciones, las universales instituciones del Derecho de Familia, fueron reguladas con una concepción verdaderamente progresista y fueron punto de referencia de un tratamiento jurídico de avanzada para el contexto iberoamericano (Rojas, 2012).

*Este nuevo código abrazó importantes transformaciones para el Derecho de Familia y las relaciones que él protege, al instituir la familia como célula fundamental de la sociedad a partir del fortalecimiento de la igualdad de derechos y deberes entre los sexos y los hijos, de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre los integrantes del núcleo familiar; de la formación de valores e ideología. Se concibió de esta manera un cuerpo legal exclusivo para las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela. (Rojas, 2012, p.3)*

Es criterio de Mesa (1996), que el sistema jurídico cubano se fundamenta en el principio de equidad. El mismo, llevado al seno familiar se expresa en la igualdad absoluta del hombre y la mujer en el matrimonio, tanto en el hogar como en el régimen económico que es la comunidad matrimonial de bienes (artículo 29 de Código de Familia que también recoge la Constitución en su artículo 36); en la igualdad de todos los hijos cualquiera que fuere el estado civil de sus padres (artículo 65 del Código de Familia y el artículo 37 del texto legal constitucional).

Reconocer al tratamiento de género como un proceso consciente de asimilación, aceptación y respeto a la problemática de género, como un patrón social, exige verlo como un producto del Derecho; y también como un productor del Derecho, atendiendo a que el género constituye realidad y la realidad social es dinámica en el tiempo.

A pesar de los criterios anteriormente expuestos y sin poner en juicio las oportunidades que brinda para la familia, es esta otra de las ramas del Derecho que presenta un enfoque de género inadecuado en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos menores al disolverse el vínculo matrimonial.

La Sección Segunda *“De la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre Padres e Hijos”* plantea en su articulado:

*Artículo 88.* Respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando estos no vivieren juntos.

*Artículo 89.* De no mediar acuerdo de los padres o de no ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores.

En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo; prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

Como se expresa, una vez disuelto el vínculo matrimonial en la regulación vigente acerca de la posibilidad de formalizar prontamente un nuevo matrimonio, se ha evidenciado, sin dudas, a pesar de las diferencias biológicas o fisiológicas entre hombre y mujer, la intención del legislador de un tratamiento hasta donde es posible igualitario.

El tratamiento igualitario de ambos cónyuges es también evidente en las llamadas medidas definitivas relativas que se plasman en la sentencia de divorcio sobre guarda y cuidado de los hijos menores, en que nada cuenta si el hijo es hembra o varón, superándose el enfoque sexista del pasado (Ley de divorcio de 1934) que reservaba un destino marcado por su sexo a los hijos de cinco años en adelante, al establecer como régimen que el padre tendría la guarda de los hijos varones y la madre la de las hijas hembras.

Sin embargo, la normativa vigente del Código de Familia, establece reglas que colocan en el orden de prelación, primeramente a la convención que sobre el particular celebren los padres y de no mediar estas o ser atentatorias a los intereses materiales o morales de los hijos, a la decisión del Tribunal, el que se guardará para resolver la situación indefinida, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores (artículo 89).

Si hay igualdad de condiciones, se seguirá como regla que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo y

es entonces que se preferiría a la madre, si es que los hijos se hallaban en compañía de ambos (artículo 89).

Según criterio del autor el enfoque de género en este caso específico dentro del Derecho de Familia está revestido de determinismos tradicionalistas, biologicistas y sexistas, ya que la norma postula un fallo favorable a la madre cuando en realidad se debía orientar al tribunal decisor agotar todos los medios a su alcance para determinar quién tiene “*el mejor derecho*”, lo que evidencia que es esta una postura no ajustada al principio de equidad.

Dicha disposición normativa, también se piensa atendiendo al rol de cuidadoras que socialmente ha sido otorgado a las mujeres, está basada en estereotipos o el prejuicio popularmente conocido de que *madre es una sola y padre es cualquiera*. Esta es una concepción que se considera, está presente en la mentalidad no solo de quienes legislan, sino también en la de quienes llevan a cabo el ejercicio de aplicar la ley.

El niño o la niña debe estar donde mayores condiciones morales y materiales existan, ya sea con la madre o el padre y no debe mediar un criterio expresado en ley que preestablezca que debe ser con la madre, una regulación que cobra mayor fuerza en el tratamiento del tema por parte del tribunal y que sin dudas puede parcializar el proceso.

Se reconoce que en Cuba existen varios mecanismos para otorgar la guarda y cuidado con la mayor justicia posible a la madre o el padre que lo merezca, y que incluso uno de ellos es que en el tribunal de Familia existe un equipo multidisciplinario que escucha hasta el parecer del o la menor en conflicto, pero también reconoce que fallar a favor del padre llevaría una justificación más que fundada ante la propia familia y la sociedad, una cuestión que es considerada tradicionalmente inconcebible.

Nada patentiza o demuestra que una madre es mejor cuidadora que un padre, cuando la realidad evidencia que hay padres que están a la par o son mejores cuidadores que estas. Mientras se siga considerando que a la madre le corresponde ese derecho y al padre el de la

educación a distancia de los hijos o hijas no se podrá encontrar la verdadera justicia, ni habrá cambio de mentalidad.

Le corresponde entonces -según el criterio de los autores- a quienes se encargan de impartir justicia en Cuba en los procesos de guarda y cuidado, específicamente a jueces de la rama del Derecho de Familia, en la interpretación y aplicación de la ley, incorporar al debate que se suscite como parte del proceso, el avance teórico que ha alcanzado la ciencia en materia de género para estos casos en particular, y que no tenían quienes legislaron dichas disposiciones vigentes aún, en la década de los años setenta del pasado siglo cuando los estudios de género no habían progresado como se muestra en la actualidad.

### **Comparación jurídica de la guarda y cuidado en Venezuela, Argentina, España y Bolivia**

En materia del Derecho comparado en el Código de Familia de España, en la Sección segunda *Sobre el divorcio*, se plantea que:

*Artículo 242:* En la sentencia en que se declare el divorcio, el Juez dispondrá la cuantía y forma en que los cónyuges deberán proveer a las necesidades del otro y de los hijos; y en su caso, la afectación de los bienes comunes para cumplir con estas obligaciones. Asimismo, dispondrá sobre la patria potestad y la guarda de los hijos.

En correspondencia con la disposición anterior, el artículo 246 se regula que: Si los cónyuges, en la audiencia insisten en su solicitud, el Juez proveerá que procedan, dentro de 60 días, a ratificarla y a otorgar una Escritura Pública, en la que dispondrán, de común acuerdo, quien debe quedar con la guarda de los hijos comunes y harán la división de los bienes que tengan en común.

En el caso del Código Civil de la República de Argentina en el Título I: Del matrimonio, en el Capítulo X: *De los efectos de la separación personal* se plantea:

*Artículo 206:* Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad.

Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.

El Código Civil de Venezuela en el Capítulo XII, Sección III: *Disposiciones Comunes al Divorcio y a la Separación de Cuerpos*, plantea:

*Artículo 192*, párrafo segundo: La guarda de los hijos menores de siete (7) años será ejercida por la madre, salvo que por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia.

En el caso del Código de Familia de Bolivia en el Capítulo II Del divorcio en la Sección III, *De los efectos del divorcio*, plantea:

*Artículo 145:* (Situación de los hijos). El juez define en la sentencia la situación de los hijos teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.

Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse siempre que consulten dicho interés.

Los hijos que no tengan siete años pueden confiarse a la madre, y los que pasen de esa edad, al padre; o bien los varones al padre y las mujeres a la madre, sin distinción de edad.

El análisis de los artículos anteriores muestra como la regulación jurídica española difiere de la cubana, en la medida en que la norma taxativamente no favorece a un sexo por encima del otro a pesar de los plazos y las oportunidades que brinda el Juez una vez disuelto el vínculo

matrimonial; en tanto el Código Civil de Argentina, el de Venezuela y el de Bolivia presentan una normativa parecida a la cubana y aún más conservadora.

Dichos países coinciden en que si los hijos son menores de 5 ó 7 años, deben quedar al cuidado de la madre, salvo causa que no los beneficie, estableciendo una edad límite para ello que pudiera sugerir que es la idónea porque el menor tiene más elementos personológicos formados o que en esos años el menor o la menor no posee crisis psicológica.

El caso de Bolivia tiene un alcance mayor ya que establece que el sexo de los hijos puede ser determinante para quedarse con el padre o la madre de su propio sexo, un enfoque enteramente sexista que responde a la cultura de los países donde incluso es separada la educación de acuerdo al sexo que posee.

La tendencia que se aprecia, a criterio de los autores, es la de favorecer a la madre y no al padre, lo que apoya la tesis de que a la mujer por el rol socialmente asignado le corresponde la crianza, la guarda y el cuidado de sus hijos, aún divorciada.

## **CONCLUSIONES**

Considerando al enfoque de género en el Derecho de Familia desde la perspectiva de la equidad, como la posición y el tratamiento que ofrece para hombres y mujeres el conjunto de normas que dan orden estructural y funcional al Derecho, sobre la base de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta por encima del otro, el análisis en el Código de Familia, con respecto a la *guarda y cuidado de los hijos* una vez disuelto el vínculo matrimonial y estando en igualdad de condiciones ambos padres, está revestido de determinismos tradicionalistas, biologicistas y sexistas, ya que la norma taxativamente postula un fallo favorable para la madre -aún sin llevarse a cabo el proceso-, cuando en realidad se debía orientar al tribunal decisor agotar todos los medios a su alcance para determinar quién tiene “*el mejor derecho*”, lo que evidencia que es esta una postura no ajustada a la perspectiva de la equidad.

Desde el año 1975 se establece en el Código de Familia en el artículo 89, que de no mediar acuerdo de los padres o de no ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo; prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución. Atendiendo a dicha regulación, según la definición de enfoque de género en el Derecho de Familia desde la perspectiva asumida en la investigación, se propone que en este particular lo más conveniente sería no establecer legalmente preferencia por un sexo u otro, sino valorar en el caso concreto y oído el parecer del menor quien tiene las condiciones morales y materiales que se requieren para ello.

Se sugiere que en el análisis y el tratamiento de la ley en los procesos de guarda y cuidado en la práctica jurídica cubana, se obvie el párrafo segundo del artículo; que quienes se encargan de impartir justicia en Cuba en dicho pleito, específicamente los jueces de la rama del Derecho de Familia, en la interpretación de la ley, apliquen evolutivamente el Derecho incorporando al debate que se suscite como parte del asunto, el avance teórico que ha alcanzado la ciencia en materia de género para este caso en particular –que se evidencia en el presente artículo-, y que es justo para ambos sexos.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AHR, I. (2007). *Género y Educación. Cuaderno temático*. Perú: Editorial EBRA.

ANDRÉS-PUEYO, A. (1996). *Manual de psicología diferencial*. Madrid: Mc Graw-Hill Interamericana de España, S.A. Recuperado de <http://booksmedicos.me/manual-de-psicologia-diferencial-antonio-mandres-pueyo/>

ARGENTINA. (S.A.). *Código Civil de la República de Argentina*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)

BOLIVIA. (2014). Código de las familias y del proceso familiar. Ley 603 de 19 de noviembre de 2014. En Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. Edición 0702, 24 de noviembre de 2014. Recuperado de [http://www.cepb.org.bo/calypso/juridica/adjuntos/Gaceta\\_702.pdf](http://www.cepb.org.bo/calypso/juridica/adjuntos/Gaceta_702.pdf)

CAMARGO, J. (1999). *Género e Investigación Social. Curso de Formación en Género. Módulo 2*. Panamá: Instituto de la Mujer, Universidad de Panamá/ Unicef.

CARAM, T. (1996). *La mujer cubana y la participación social: educación y ciencia*. Tesis de Maestría, Programa FLACSO-Cuba, Universidad de La Habana, Cuba

CARAM, T. (2016). Oportunidades y posibilidades para el empoderamiento. *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 4 (4), Número Extraordinario, 176-189. Recuperado de <http://ojs.uh.cu/DesarrolloSocial/index.php/EDS>

CARBONELL, M. (2003). *El principio constitucional de igualdad (Lecturas de introducción)*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

CASTRO, F. (1999). Acuerdo del Consejo de Estado. En *Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing*. La Habana: Editorial de la Mujer.

COLECTIVO DE AUTORES (2006). *Manual de Derecho Romano*. La Habana: Editorial Félix Varela.

CUBA. (1975). Ley 1289, Código de Familia de Cuba. En *Colección de textos legales* (2015). La Habana: Ediciones ONBC.

CUBA. (1976). Constitución de la República de Cuba. Actualización con la Reforma de 1992.

FERNÁNDEZ, L. ET AL. (2003). Género y subjetividad. En *Pensar en la Personalidad*. La Habana: Editorial Félix Varela.

FLEITAS, R. (2000). *Identidad femenina y maternidad adolescente*. Tesis de Doctorado. Universidad de La Habana. Cuba. Recuperado de <http://tesis.repo.sld.cu/531/>

IZQUIERDO, M. (1998). *El malestar en la desigualdad*. España: Ed. Cátedra, Universidad de Valencia.

LAGARDE, M. (1994). *La regulación social de género: el género filtro de poder*. México. Consejo Nacional de Población.

LAMAS, M. (2014). *La perspectiva de género*. Recuperado de <http://www.latarea.com.mx/articu8/lamas8.htm>

MACEO, A. (2012). Un acercamiento desde la Sociología del Género al comportamiento reproductivo de la población en el municipio Santiago de Cuba. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Recuperado de <http://caribeña.eumed.net/un-acercamiento-desde-la-sociologia-del-genero-al-comportamiento-reproductivo-de-la-poblacion-en-el-municipio-santiago-de-cuba/>

MESA, O. (1996). *Familia, género y Derechos Humanos en Cuba*. IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Panamá.

MIRANDA, B. & PEÑA, V. (2001). *Relaciones de Género con Equidad: Guía conceptual y metodológica*. Editorial IICA-Holanda. Recuperado de <http://repiica.iica.int/docs/B1178e/B1178e.pdf>

PAUTASSI, L. (2012). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, 89.

- PROVEYER, C. (2005). *Selección de lecturas de Sociología y Política Social de Género*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- ROJAS, G. (2012). *Perspectiva social del Derecho de Familia en Cuba*. Recuperado de <https://www.gestiopolis.com/perspectiva-social-derecho-familia-cuba/>
- SCOTT, J. (1990). *El género: una categoría útil para el análisis histórico*. Recuperado de <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/scott.pdf>
- SILVA, J.L. & PÉREZ, A. (2017). Enfoque de género en la evolución del ordenamiento jurídico cubano y su manifestación en el Derecho Penal actual. *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 5 (2) 1-11. Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/RED/index>
- STAFF, M. (1999). *Género y Derecho. Curso de Formación en Género. Módulo 3*. Panamá: Instituto de la Mujer, Universidad de Panamá. Recuperado de [http://www.legalinfopanama.com/articulos/articulos\\_21f.htm](http://www.legalinfopanama.com/articulos/articulos_21f.htm)
- VALDEBENITO, E. (2002). *Género y Desarrollo (algunas reflexiones y un glosario práctico para facilitar el trabajo a nivel local)*. OIT: Programa DelNet - Gender Equality - Centro Internacional de Formación de la OIT. Recuperado de <http://www.itcilo.it/delnet>
- VASALLO, N. (2004). El género: un análisis de la “naturalización” de las desigualdades. En Colectivo de autores. *Heterogeneidad social en la Cuba actual*. La Habana: Centro de Estudio de Bienestar Humano, Universidad de La Habana.
- VILLABELLA, C. M., FERNÁNDEZ, P. & PÉREZ, L. (2012). Los métodos de investigación. En Villabella, C. M., *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica* (pp. 76-90). La Habana: Editorial Universitaria Félix Varela y Ediciones Universidad de Camagüey.

Enviado: 11/09/2017

Aprobado: 27/11/2017

Lic. Jorge Luis Silva González, Profesor Instructor, Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, Cuba, ORCID 0000-0002-0214-9744, Correo electrónico: silva@upr.edu.cu

Dr. Alie Pérez Véliz, Doctor en Ciencias Pedagógicas, Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, Cuba, ORCID 0000-0002-5097-8520, Correo electrónico: alievez@upr.edu.cu