



Formación profesional para la equidad de género en la guarda y cuidado en edad pediátrica

Vocational training for gender equity in childcare

Jorge Luis Silva González,¹ Alie Pérez Véliz,² Yumey Torres García³

¹ Licenciado en Derecho. Profesor principal de Derecho Internacional Público. Departamento de Derecho. Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca. Cuba.

silva@upr.edu.cu

² Licenciado en Derecho y en Historia. Doctor en Ciencias Pedagógicas. Profesor Titular. Departamento de Derecho. Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca. Cuba. alievez@upr.edu.cu

³ Licenciada en Derecho. Profesora Asistente. Departamento de Derecho. Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca. Cuba.

yjz@upr.edu.cu

Recibido: 12 de junio de 2017

Aprobado: 22 de septiembre de 2017

RESUMEN

Introducción: el estudio enfatiza en el proceso de formación del profesional en materia de familia, en cuanto a la regulación legal de la guarda y cuidado de los hijos/as en el Código de Familia cubano, y pretende superar el actual enfoque de género tradicionalista, sexista y biologicista, que no otorga igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, desde la perspectiva de la equidad.

Objetivo: contribuir a la formación del profesional del Derecho en Cuba, a partir del análisis del enfoque de género en la guarda y cuidado de los hijos/as regulada en el Código de Familia, desde la perspectiva de la equidad.

Metodología: es una investigación teórica con un enfoque descriptivo y correlacional que requirió el empleo de métodos como el análisis-síntesis relacionado con el inductivo-deductivo y el de modelación.

Desarrollo: se caracteriza el proceso de formación del profesional, con énfasis en la asignatura Derecho de Familia de la carrera de Derecho, y se hace referencia a la teoría sobre género y equidad, fundamentales para el análisis en el Código de Familia actual.

Conclusión: la enseñanza del Derecho de Familia desde la perspectiva de la equidad, en la guarda y cuidado de los hijos/as, reviste especial importancia, ya que la normativa vigente postula como regla general un fallo favorable para la madre estando en igualdad de condiciones con el padre, una vez

disuelto el vínculo matrimonial, cuando se debía orientar al tribunal decisor a agotar todos los medios a su alcance para determinar quién tiene el mejor derecho.

DeSC: IDENTIDAD DE GÉNERO;
EQUIDAD; FAMILIA; DERECHOS DE LA MUJER; CUIDADO DEL NIÑO.

favorable ruling for the mother being on equal terms With the father, once the marriage bond was dissolved, when the decision-making court should be directed to exhaust all means at its disposal to determine who has "the best right."

DeSC: GENDER IDENTITY; EQUITY;
FAMILY; WOMEN'S RIGHTS; CHILD CARE.

ABSTRACT

Introduction: the study emphasizes the process of training the family professional with regard to the legal regulation of custody and care of children in the Cuban Family Code and, in this sense, seeks to overcome the current approach Gender equality, which does not provide equal opportunities for men and women, from the perspective of equity.

Objective: to contribute to the training of legal professionals in Cuba, based on the analysis of the gender approach in the care and care of children regulated in the Family Code, from the perspective of equity.

Methodology: it is a theoretical research with a descriptive and correlational approach that required the use of methods such as analysis-synthesis related to inductive-deductive and modeling.

Development: the professional training process is characterized, with emphasis on the Family Law subject of the Law career, and reference is made to the theory on gender and equity, fundamental for analysis in the current Family Code.

Conclusion: the teaching of Family Law from the perspective of equity, in the custody and care of children, is especially important, since the current legislation postulates as a general rule a

INTRODUCCIÓN

Actualmente la formación de profesionales universitarios/as competentes constituye un anhelo y a la vez una exigencia de la sociedad contemporánea. Las investigaciones educativas poseen una relevancia indiscutible si de perfeccionamiento de la Educación Superior se trata, y el desarrollo de investigaciones interdisciplinarias que tributen a la optimización del proceso de enseñanza-aprendizaje amerita un espacio significativo en los estudios científicos a escala internacional y nacional.¹

Con tal perspectiva, se ha desarrollado el presente estudio, que tiene como objetivo contribuir a la formación de los/as profesionales del Derecho en Cuba, a partir del análisis del enfoque de género en el Derecho de Familia, desde la perspectiva de la equidad, 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 del vigente Código de Familia cubano.²

De esta manera, el profesorado que imparte la asignatura Derecho de Familia y el estudiantado que la recibe, podrán profundizar en el tema y alcanzar mayor conciencia jurídica acerca de la importancia de la equidad, en la interpretación y aplicación del Derecho en los casos de guarda y

cuidado analizados por la vía judicial en los tribunales y no precisamente como establece la normativa cubana de manera tradicionalista, sexista y biologicista. En tal sentido, se particulariza especialmente en la universidad como centro educativo, con énfasis en el binomio formación del profesional-género.

Esta investigación, que se enmarca en las Ciencias de la Educación en sentido general y específicamente en el Derecho, resulta actual y pertinente por la necesidad de formar profesionales que tengan en cuenta el enfoque de género como futuros juristas y porque su contenido es significativo para quienes imparten la materia de Familia en la carrera de Derecho en Cuba.

A través de la didáctica, como ciencia que estudia el proceso de enseñanza-aprendizaje de carácter sistémico y eficiente en marcos curriculares, se enfatiza en el enfoque de género presente en el Código de Familia y su impacto en la asignatura Derecho de Familia.

El estudio es de tipo teórico, con un alcance descriptivo-correlacional, que busca no solo exponer las características, propiedades y manifestaciones de 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 que posibilitaron los análisis del contenido, tales como el de análisis-síntesis relacionado con el inductivo-deductivo, y el de modelación.

DESARROLLO

La formación profesional de juristas de Cuba

La formación de profesionales del Derecho en Cuba está determinada por el papel que juega la Universidad en el proceso de preparación integral de cada estudiante.

El vocablo proceso proviene del latín *procesus*, que significa paso, avance. Según el Diccionario de la Lengua Española,³ es la acción de ir hacia delante, el conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

Para Álvarez, un proceso es una sucesión de estados de un objeto determinado, "es el proceso y el resultado cuya función es la de preparar al hombre en todos los aspectos de su personalidad".⁴ En la Educación Superior cubana, el término formación se emplea para caracterizar el proceso sustantivo desarrollado en las universidades con el objetivo de preparar integralmente al estudiante en una determinada carrera universitaria y abarca tanto los estudios de pregrado como los de postgrado.⁵

La formación aparece como un proceso multidireccional mediante el cual se transmiten y reciben conocimientos, habilidades, valores, actitudes, costumbres y formas de actuar. Se asume que se trata de un proceso orientado a preparar integralmente al ser humano para la vida social y se coincide nuevamente con Álvarez, en que el proceso de formación es aquél a través del cual el hombre y la mujer adquieren su plenitud, tanto desde el punto de vista educativo como instructivo y desarrollador.

Por tanto, el proceso de formación de juristas en materia de Derecho de Familia y posteriormente su superación una vez egresados de la institución docente, es un tema recurrente que adquiere dimensiones ilimitadas a nivel global y también local, tanto en los marcos intra- como extrauniversitarios.

Siguiendo la lógica de los criterios abordados y atendiendo al objetivo del presente estudio, la carrera de Derecho se concibe, desde la concepción del plan de estudios vigente, Plan D perfeccionado, para formar profesionales competentes, capaces de interpretar, aplicar, crear y/o modificar, no solo las leyes, sino la realidad social en que se desenvuelven. Es por ello que resulta estratégico desde el punto de vista político la incorporación del enfoque de género de forma consciente en la preparación de quienes egresarán de la carrera.

En tal sentido, el profesorado juega un rol fundamental, en tanto están encargados de llevar a las aulas los análisis pertinentes de cada una de las materias o asignaturas. Para ello, se auxiliarán de la Pedagogía y la Didáctica. A los efectos del presente estudio, se centrará la atención en la asignatura de Derecho de Familia, que es la que tiene como objeto propio de estudio las relaciones jurídicas de carácter familiar.

La familia como objeto de estudio en la formación profesional de juristas

La familia posee una importancia capital en tanto es considerada el núcleo fundamental de la sociedad. Es una institución trascendental no solo para el Derecho, sino también para las Ciencias Médicas, al constituir el centro del diagnóstico de salud en la comunidad, y es la razón de ser del equipo multidisciplinario existente en cada Consultorio Médico como parte de la atención primaria de salud que se presta en Cuba.

Su estudio en el proceso de formación de profesionales del Derecho en Cuba, corresponde a la asignatura de Derecho de Familia. Esta asignatura forma parte de la disciplina de Derecho Civil y de Familia, y tiene como objetivo general: valorar las instituciones fundamentales del Derecho de Familia, desde el punto de vista técnico jurídico y político-ideológico, con vistas a la correcta aplicación de las normas jurídicas de familia, a través de la lectura de textos, análisis y discusión de documentos, revisión y estudio de casos problemáticos, además de talleres y debates en grupo, de manera tal que cada estudiante vaya desarrollando valores como la responsabilidad y profesionalidad, humanismo y respeto a sus semejantes.

Se ubica en el segundo semestre del tercer año de la carrera y cuenta con un fondo de tiempo de 60 horas presenciales. Para el desarrollo de la misma, la familia se entiende como una institución socio-jurídica de marcado carácter histórico y dinámico, integrada por un grupo de personas relacionadas entre sí, por un vínculo de pareja o un vínculo parental, en virtud de los cuales desarrollan relaciones de diversa índole y que cumple un rol fundamental en cuanto a la satisfacción de intereses mutuos y la educación de la descendencia.

La asignatura se estructura en dos unidades didácticas: una primera dedicada al estudio de las generalidades del Derecho de Familia, donde cada estudiante debe lograr argumentar la importancia que el Estado le confiere a la familia como institución socio-jurídica, tomando como base la evolución histórica del Derecho de Familia en Cuba, y una segunda unidad didáctica, dedicada al estudio de las instituciones propias del Derecho de Familia, dígame, matrimonio, parentesco (incluido la obligación de dar alimento como efecto de la relación parental), la relaciones paterno-filiales (incluida la relación filial que se crea a través de la adopción) y la tutela.

Según lo expuesto, pudiera parecer que la organización del contenido carece de la inclusión del análisis de género, sin embargo, no es así, es en cada una de las formas de clases donde el profesorado define, a través del sistema de conocimientos que se va a abordar, el tratamiento a seguir en cuanto al enfoque de género (tratado en el próximo epígrafe).

Este tipo de análisis es prácticamente obligatorio en la asignatura, pues hay un hilo conductor que permite alcanzar el objetivo enunciado y que se traduce en contrastar la regulación jurídica de las diferentes instituciones antes de la entrada en vigor del Código de Familia de 1975, con las normas que en él se enuncian, junto con otras que forman parte del Derecho de Familia en Cuba.

Para el análisis de la familia y el enfoque de género que debe estar presente en todo momento la impartición de la asignatura, se parte del carácter histórico y dinámico de esta institución como presupuesto básico. El desarrollo de las relaciones familiares está marcado por un desbalance en la jerarquía mujer vs hombre, según las etapas del desarrollo de las fuerzas productivas.

De forma general se pudiera enmarcar una etapa de comunidad primitiva, donde impera un tipo de familia basado en la madre como eje fundamental de constitución, lo que eleva el estatus de la mujer en esos inicios de la humanidad. Le sigue una larga etapa donde inicia lo que se ha dado en llamar la civilización de la sociedad, basada está en una forma familiar de profunda raigambre patriarcal, destacándose la supeditación social y legal de la mujer con respecto al hombre y la diferenciación, discriminatoria, de los hijos por razón del estado conyugal de la pareja, lo que se traduce en la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos.

En el caso de Cuba, que es a la que se dedica el estudio, esta larga etapa caracterizada en el orden familiar por el régimen patriarcal, fue superada con la entrada en vigor del actual Código de Familia, el 8 de marzo de 1975.

Este nuevo código, según afirmara Gerardo Rojas,⁶ 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 recíproco 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.

Atendiendo a los criterios anteriores, se considera que antes de exponer el análisis del enfoque de género en el mencionado Código de Familia, se debe hacer referencia a las categorías género y equidad, sobre cuya esencia o contenido se fundamentó el estudio.

Consideraciones teóricas sobre género y equidad

Existe consenso desde el punto de vista doctrinal, en que la categoría género empezó a ser utilizada en las Ciencias Sociales en la década de los setenta 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, John Money, quien en 1951 usó el concepto gender por primera vez para referirse a un componente cultural, fundamentalmente a la influencia educativa, en la formación de la identidad sexual.⁷

Para Marta Lamas,⁸ la primera disciplina que empleó la categoría para establecer una diferencia con el sexo fue la Psicología, en su vertiente médica, por Robert Stoller en *Sex and Gender*, 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. Afirma María Izquierdo,⁹ que 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, por lo tanto, los

cuidan, ergo, lo femenino es lo maternal, lo doméstico, contrapuesto con lo masculino como lo público.

La propia Marta Lamas afirma que, "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, sólo por pertenecer a un sexo, va generando una serie de características y conductas diferenciadas".

Dicha definición se relaciona con la opinión de varias autoras consultadas para el estudio, tales como Arianna Maceo,¹⁰ Erika Valdebenito,¹¹ Norma Vasallo,¹² Clotilde Proveyer¹³ y Tania Caram,¹⁴ que coinciden en que el género es una construcción social que se basa en diferencias biológicas.

Atendiendo a sus razonamientos, resulta interesante y a la vez significativo, cómo desde la década de los años 90 existe acuerdo en la doctrina, en torno a una definición de género similar. 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.

Dichas consideraciones fueron significativas para llevar a cabo el análisis del enfoque de género en el estudio, donde la finalidad, se opina que, en investigaciones de este corte, debe estar 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" según Celso citado por Fernández Bulté *et al.*¹⁵ Para Ulpiano, según el propio Bulté *et al.*, era

la voluntad de dar a cada uno el derecho que le pertenece.

Para los autores anteriores, 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 los pretores y otras para distinguir desde el punto de vista el arbitrio judicial, cuando es posible que el juzgador decida un pleito por razones de equidad y buena fe.

Para Miranda y Peña,¹⁶ 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".

En relación con ello y sobre esa base, la equidad de género supone el disfrute de las mismas oportunidades para ambos sexos, y 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 disposiciones normativas que le dan orden estructural y funcional, sobre la base de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta por encima del otro.

Análisis del enfoque de género en la regulación actual de la guarda y cuidado de los hijos en el Código de Familia

La política legislativa y social, destinada a la regulación de las relaciones de los padres con sus hijos menores de edad después de la separación o divorcio, para Cecilia Grosman,¹⁷ tiene una gran

trascendencia en todas las partes del mundo por el impacto que provoca en la vida de muchos niños y adolescentes. Se impone, pues, implementar un adecuado sistema de protección que les garantice las condiciones necesarias para su desarrollo, como así para alcanzar un trato amplio y fluido con ambos progenitores, no obstante, la falta de vida en común.

Se coincide con Grosman, en que, en gran parte de los ordenamientos jurídicos de América Latina, en relación al divorcio, cuando los padres no conviven, se mantiene como regla un sistema unipersonal en cuanto a la guarda y cuidado del hijo conferido a uno solo de los ascendientes, generalmente a la madre, ya sea por acuerdo o por decisión judicial.

El Código de Familia de Cuba no está ajeno a dicha concepción, a pesar de que su promulgación como norma sustantiva fundamental en materia de Familia, según Gerardo Rojas, 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, pues para su época, tuvo el privilegio de ser el primero de este tipo que respondía a una sociedad socialista.

Específicamente la guarda y cuidado de los hijos es parte del conjunto de deberes y derechos que integran la patria potestad que ostentan los padres sobre los hijos menores y que de conjunto tributan al bienestar del o la menor de edad. Esta guarda y cuidado se traduce en su estancia con el padre o la madre que ejerza su custodia directa con carácter permanente.

Existe coherencia normativa en el Código de Familia al regular la institución de la patria potestad bajo el principio rector de la igualdad ciudadana definido en el primer y segundo Por Cuantos y en los objetivos del artículo 1 de dicho cuerpo legal. Ello se traduce en que se reconozca que los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres y que el ejercicio de la misma corresponde a ambos, excepto

en circunstancias excepcionales: por fallecimiento, suspensión o privación de la misma (véase en este sentido los artículos 82 y 83 respectivamente).

Sin embargo, por la connotación que tiene dentro del ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado, se regula en un acápite independiente y, sobre todo, porque su previsión normativa cobra especial importancia para aquellos casos en que los padres no vivieren juntos. Es en estos casos particularmente, cuando la situación ha de ser resuelta por la vía judicial, en la que se considera quebrantada la equidad de género que distingue al resto de las normas del Código de Familia.

La Sección Segunda del Capítulo II del mencionado código, regula expresamente sobre la guarda y cuidado:

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.

Un primer elemento que debe ser definido, está relacionado con el supuesto en que los padres "no vivieren juntos". A tenor del artículo 25 en su segundo párrafo, los cónyuges no necesariamente mantendrán un hogar común, es decir que hay casos en que la relación conyugal prescinde de la convivencia de los cónyuges, y en los

mismos se precisa establecer a cuál de los padres se le otorgará la guarda y cuidado de los hijos/as.

El otro supuesto que presupone la determinación de la guarda y cuidado respecto a los menores, dada la no convivencia de los padres, es en el caso de ruptura de la relación de pareja.

Se asume la terminología de ruptura de la relación de pareja, en tanto el Código de Familia es claro al establecer en el artículo 58 que en la sentencia de divorcio, el tribunal deberá determinar cuál de los padres conservará la guarda y cuidado, y de igual forma cuando el divorcio es por mutuo acuerdo en la vía notarial, según prevé el Decreto Ley 154 de 1994, debe quedar constancia del acuerdo de los padres sobre este particular en la correspondiente escritura; sin embargo, estos casos operan cuando ha mediado formalización de la relación de pareja según las normas al efecto, pero los referidos artículos sobre guarda y cuidado son de igual aplicación aun cuando no ha mediado dicha formalización, y es por ello que se debe entender que en cualquier caso en que se haya extinguido la relación marital entre los padres, se deberá acudir a determinar la guarda y cuidado sobre los hijos menores.

El segundo elemento a tener en cuenta en el análisis de los referidos artículos, es sobre las reglas a seguir por el tribunal competente cuando el asunto sea sometido a su consideración. Es aquí donde la norma adolece de un inadecuado enfoque de género desde la perspectiva de la equidad, que sólo podrá ser salvado a partir de una correcta y coherente interpretación de dicha norma, en correspondencia con el *ánimus legislatoris* sobre la igualdad que permea el cuerpo legal en su conjunto.

En este sentido, es válido destacar que el Código de Familia, a diferencia de la Ley de divorcio de 1934, no supone un régimen de guarda y cuidado atendiendo al sexo del hijo, pues de cinco años en adelante se establecía que el padre tendría la guarda de los hijos

varones y la madre la de las hijas hembras. De esta manera se supera el enfoque sexista que distinguía la norma anterior.

No obstante, según las reglas que se establecen en el artículo 89, aún se perciben determinismos tradicionalistas, biologicistas y sexistas, pues dicho artículo regula que el tribunal deberá guiarse en todo momento "únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores", y 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 preferirá a la madre, si es que los hijos se hallaban en compañía de ambos. De esta forma, 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 una postura no ajustada a la equidad.

Si bien el propio artículo dispone, "... y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución", lo cierto es que la forma en que ha quedado la redacción, deja una gran brecha que denota un tratamiento diferente por razón del sexo.

Muchas pueden ser las razones que llevaron a quienes legislan a establecer esta especificidad en el referido artículo. Una primera idea pudiera basarse en el marcado carácter patriarcal de las relaciones familiares según la normativa vigente hasta ese momento, y en virtud de la cual la madre solo ostentaba la patria potestad en defecto del padre, circunstancias estas que determinaban en muchos casos, que los padres apartaran a los hijos de sus madres sin siquiera analizar si eso era lo mejor o no para su desarrollo.

Otro aspecto que determina lo establecido es la representación social que existe en cuanto al rol de cuidadoras que ha sido otorgado a las mujeres. Esto se basa en meros estereotipos o el prejuicio popularmente conocido de que

"madre es una sola y padre es cualquiera". Esta es una concepción que, se cree, está presente en el pensamiento no solo de quienes legislan, sino también en el 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.

En defensa de la actuación judicial sobre el tema que se aborda, se puede mencionar la posibilidad que tiene el tribunal de la sección de familia, de auxiliarse del criterio de cada especialista que forma parte del equipo multidisciplinario, en el cual juegan un rol fundamental los/as psicólogos. Ello posibilitará a dicho tribunal contar con elementos que, desde las distintas ciencias puedan tributar a una mejor decisión a la hora de solucionar los complejos conflictos en materia de familia.

Es preciso acotar que en este proceso - donde se inmiscuye a la familia y específicamente los/as menores de edad-, también es importante el parecer del equipo multidisciplinario del área de atención primaria de salud, donde intervienen básicamente profesionales de la Psicología, la Psiquiatría y la Pediatra, quienes desde el propio desarrollo del Programa Materno Infantil (PAMI) conocen la situación de cada paciente de la misma; incluso ante la existencia de un conflicto de la naturaleza analizada, donde está en juego la convivencia del o la menor con uno de sus progenitores, pensando en su bienestar, podrá aconsejar a ambos padres u orientarlos a una consulta jurídica.

En todos los procesos de esta índole - incluidos los de guarda y cuidado-, se establece con carácter obligatorio la escucha del menor involucrado. A pesar de ello, especialistas que integran el equipo multidisciplinario en Pinar del Río, reconocen que fallar a favor del padre llevaría una justificación más que fundada ante la propia familia y la sociedad, una cuestión que se considera tradicionalista e injusta.

Nada patentiza que una madre sea mejor cuidadora que un padre, cuando la realidad evidencia que hay padres que están a la par o son mejores cuidadores que estas, atendiendo a factores e intereses sociales, económicos, políticos y morales que rigen la vida de ambos sexos. Mientras se siga considerando que a la madre le corresponde ese derecho y al padre el de la educación a distancia de sus hijos, no se podrá encontrar la verdadera justicia, ni habrá un cambio de pensamiento al respecto.

Las consideraciones expuestas anteriormente en el análisis son válidas desde la perspectiva de la equidad, a tenor de la nueva regulación presentada en la última versión del Anteproyecto de Código de Familia¹⁸ en el 2008, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, que en el caso de la guarda y cuidado lo recoge de la siguiente forma:

ARTÍCULO 128. Respecto a la guarda y cuidado de los hijos e hijas, se está al acuerdo de la madre y el padre cuando estos no vivan juntos, si tal acuerdo no contradice el interés superior de éstos.

ARTICULO 129. De no mediar acuerdo entre la madre y el padre o no ser el mismo beneficiario para los hijos e hijas, la cuestión se decide por el tribunal competente, que se guía para resolverla, únicamente, por el interés superior de éstos, escuchada previamente su voluntad, de acuerdo a su madurez psíquica y emocional, avalada por un equipo de especialistas.

ARTICULO 130. El tribunal también puede deferir una guarda compartida entre el padre y la madre cuando las circunstancias así lo aconsejen, teniendo en cuenta el interés superior del hijo o hija.

Tal plasmación en el anteproyecto, como se evidencia, teniendo en cuenta la crítica desarrollada anteriormente en el vigente Código de Familia, elimina la preferencia por la madre para otorgar la guarda y cuidado, al abogar por que el tribunal decida lo más conveniente de acuerdo al interés superior del niño o la niña, e introduce la posibilidad de que la madre y el padre compartan la guarda y cuidado, a partir de que puede ocurrir en comunidades pequeñas, por la cercanía de la vivienda de ambos, o también el supuesto de que la compartan alternándose la responsabilidad contraída.

El anteproyecto ofrece un tratamiento equitativo, alejado de la concepción tradicional impuesta por el patriarcado con respecto al rol de la mujer y el del hombre. Sin embargo, han transcurrido más de ocho años y dicha disposición normativa –equitativa y justa-, no se aplica por no estar aprobada. De ponerse en vigor, evitaría tales diferencias para hombres y mujeres.

CONCLUSIONES

La enseñanza del Derecho de Familia en la carrera de Derecho de las universidades cubanas, desde la perspectiva de la equidad, en el caso específico de la guarda y cuidado establecida en el Código de Familia, reviste especial importancia, en la medida en que trasciende a la justicia social en la posterior interpretación y aplicación de dicha disposición normativa en la práctica judicial cubana.

Si bien una modificación a la norma - como establece el Anteproyecto de Código de Familia de 2008-, sería el recurso adecuado en los casos de guarda y cuidado de los hijos/as para favorecer a ambos sexos por igual y no ofrecer un tratamiento diferenciado como es el caso al postular como regla general un fallo favorable para la madre, estando en igualdad de condiciones con el padre una vez disuelto el vínculo matrimonial, se considera que la solución inmediata debe estar dirigida a formar profesionales y capacitar a quienes ya lo son, desde la perspectiva de la equidad, para transformar el modo de aplicar la ley desde una interpretación justa.

Atendiendo a la regulación vigente en la guarda y cuidado de los hijos y a partir de la definición de enfoque de género en el Derecho de Familia desde la perspectiva asumida en la investigación, se considera además que, en la regulación de este particular, lo más conveniente sería no establecer taxativamente preferencia por un sexo u otro, sino valorar en el caso concreto y oír el parecer del menor en proceso, quien tiene las condiciones morales y materiales que se requieren para ello.

Se sugiere por tanto que se forme al profesional en la impartición de tal contenido, con la visión de que, en el análisis y tratamiento de la ley en dicho caso de la práctica jurídica, se obvie el párrafo segundo del artículo, que lejos de ser justo genera desigualdad para ambos sexos y patentiza la concepción tradicional de que la mujer es para el cuidado de sus hijos/as y las labores de la casa, haciendo incapaz al hombre de asumir tal responsabilidad.

Lo planteado evidencia, que la universidad cubana está expuesta a retos en materia de equidad de género, tanto curricular como extracurricularmente, en el pregrado y el postgrado para perfeccionar la enseñanza del Derecho y específicamente el Derecho de Familia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Silva JL, Páez LD, Simón A. La relación entre Derecho Internacional Público -Seguridad Nacional para el estudiante de Derecho en Cuba. Universidad y Sociedad [Internet]. 2016 [citado 10 May 2017]; 8 (4): 149-155. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202016000400020
2. Cuba. Ley 1289, Código de Familia de 14 de febrero de 1975. Colección de textos legales. La Habana: Ediciones ONBC, 2015.
3. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Palabra proceso. [Internet]. 2014 [citado 7 jul 2017]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UFbxsxz>
4. Álvarez de Zayas C. Didáctica. La escuela en la vida. Tercera edición. La Habana: Editorial Pueblo y Educación; 1999.
5. Horruitinier P. La Universidad cubana: el modelo de formación. La Habana: Editorial Félix Varela; 2006.
6. Rojas G. Perspectiva social del Derecho de Familia en Cuba. [Internet]. 2012 [citado 10 May 2017]. Disponible en: <https://www.gestiopolis.com/perspectiva-social-derecho-familia-cuba/>
7. Pautassi L. La igualdad en espera: el enfoque de género. Lecciones y Ensayos. [Internet]. 2012 [citado 8 mar 2017]; 89: 279-298. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/pautassi-laura-la-igualdad-en-espera-el-enfoque-de-genero.pdf>
8. Lamas M. La perspectiva de género. Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNTE [Internet]. 1995 [citado 25 nov 2016]: 216-229. Disponible en: <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm>

9. Izquierdo MJ. El malestar en la desigualdad. España: Ed. Cátedra de la Universidad de Valencia; 1998.

10. Maceo A. Un acercamiento desde la Sociología del Género al comportamiento reproductivo de la población en el municipio Santiago de Cuba. Revista Caribeña de Ciencias Sociales. [Internet]. 2012 [citado 6 jul 2017]; (12): 1-9. Disponible en <http://caribeña.eumed.net/un-acercamiento-desde-la-sociologia-del-genero-al-comportamiento-reproductivo-de-la-poblacion-en-el-municipio-santiago-de-cuba/>

11. Centro Internacional de Formación de la OIT. Género y Desarrollo (algunas reflexiones y un glosario práctico para facilitar el trabajo a nivel local). Guías prácticas. Delnet H 8. Edición Abril 2004. Programa DelNet – Gender Equality - [Internet]. 2004 [citado 10 May 2017]. Disponible en: http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0300/Manual_g%C3%A9nero_y_desarrollo_Del_net.pdf

12. Vasallo N. El género: un análisis de la "naturalización" de las desigualdades. En Colectivo de autores. Heterogeneidad social en la Cuba actual Centros de Estudio y Bienestar Humano. Universidad de La Habana, Cuba; 2004.

13. Proveyer C. Selección de lecturas de Sociología y Política Social de Género. La Habana: Editorial Félix Varela; 2005.

14. Caram T. Oportunidades y posibilidades para el empoderamiento. Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina. [Internet]. 2016 [citado 6 jul 2017]; 4 (4), Número Extraordinario, 176-189. Disponible en <http://www.revflacso.uh.cu/index.php/EDS/article/view/147>

15. Fernández J, Carreras D, Yáñez RM. Manual de Derecho Romano. La Habana: Editorial Félix Varela; 2006.

16. Miranda B, Peña V. Relaciones de Género con Equidad: Guía conceptual y metodológica. Proyecto Regional "Desarrollo Institucional para la Producción Agrícola Sostenible en las Laderas de América Central". IICA-Holanda/LADERAS 2001. Disponible en: <http://repiica.iica.int/docs/B1178e/B1178e.pdf>

17. Grosman CP. El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible? En: Kemelmajer de Carlucci A, Pérez L., coordinadores. Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo. Ed. Rubinzal – Culzoni; 2006. P. 179-182. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/2006-KEMELMAJER%20Y%20P%C3%89REZ%20GALLARDO%20-%20%20L.Hom.O.%20Mesa.pdf>

18. CUBA. Anteproyecto de Código de Familia. En Colección Jurídica del Tribunal Popular Provincial de Pinar del Río. 2008 [citado 2 ene 2017]. Material Digital.



Jorge Luis Silva González: Licenciado en Derecho. Profesor principal de Derecho Internacional Público. Departamento de Derecho. Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca. Cuba. ***Si usted desea contactar con el autor de la investigación hágalo [aquí](#)***