

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Inequidad de género en el juicio ordinario de divorcio en
relación a la custodia de los hijos menores de edad**

-Tesis de Licenciatura -

Claudia Josefina Sánchez Salazar

Guatemala, abril 2014

**Inequidad de género en el juicio ordinario de divorcio en
relación a la custodia de los hijos menores de edad**

-Tesis de Licenciatura -

Claudia Josefina Sánchez Salazar

Guatemala, abril 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Licda. Karin Virginia Romero Figueroa

Revisor de Tesis M. Sc. Ruth Elisabeth Ávalos castañeda

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Licda. Caros Yesenia Berganza

Licda. Sandra Lorena Morales

Lic. Maria Cristina Cáceres López

Lic. Manuel De Los Reyes Guevara Amezquita

Segunda Fase

Licda. Cinthya Samayoa López

Licda. Hilda Marina Girón Pinales

Lic. Manuel De Los Reyes Guevara Amezquita

Dr. José Luis De Jesús Samayoa Palacios

Tercera Fase

Lic. Ricardo Bustamante Mays

M. Sc. Edy Giovanni Miranda Medina

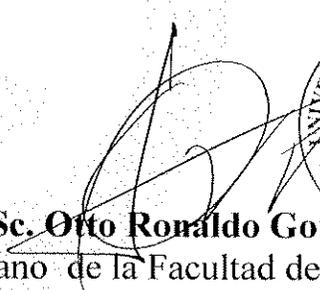
Licda. María De Los Ángeles Monroy Valle

M. Sc. Adolfo Quiñónez Furlán

Lic. Manuel De Los Reyes Guevara Amezquita

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de septiembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**, presentado por **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciada **KARIN VIRGINIA ROMERO FIGUEROA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**

Título de la tesis: **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de noviembre de 2013

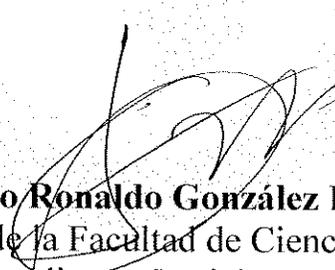
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Licda. Karin Virginia Romero Figueroa
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiuno de noviembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**, presentado por **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **RUTH ELISABETH ÁVALOS CASTAÑEDA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**

Título de la tesis: **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M. Sc. Ruth Elisabeth Ávalos Castañeda
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**

Título de la tesis: **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

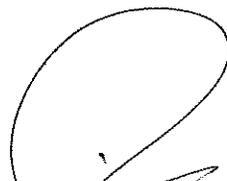
Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 25 de febrero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CLAUDIA JOSEFINA SÁNCHEZ SALAZAR**

Título de la tesis: **INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL JUICIO ORDINARIO DE DIVORCIO EN RELACIÓN A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

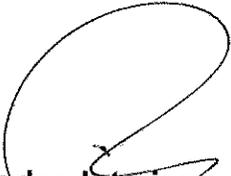
Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

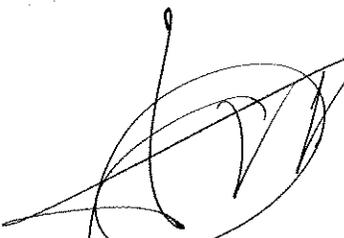
Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 24 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia




Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A MI DIOS:

Por su infinito Amor y Misericordia, por darme la oportunidad de lograr esta meta. Gracias por amarme tanto.

A MI MADRE:

Por creer en mí, por su apoyo incondicional, por su amor y paciencia.

A MIS HIJOS:

Por ser la fuerza que me impulsa cada día, por su comprensión y amor, gracias, y además porque espero que este logro los inspire a alcanzar los propios.

A MI COMPAÑERO DE VIDA:

Por tenerlo a mi lado, por apoyarme y esperarme siempre. (Gracias mi amado Eswin).

A MI PASTOR:

Por cada una de sus enseñanzas y convertirse en mi ejemplo de vida a seguir, enseñándome a creer que lo mejor de la vida ésta por venir, pues todo lo puedo en Cristo que me Fortalece. (Gracias Hno. Maco).

A TODA MI FAMILIA: Por contar con su apoyo, y por estar presente en mi vida, y saber que el amor que nos tenemos nos une y nos hace fuertes.

A MIS UNIVERSIDADES

PANAMERICANA Y

MARIANO GALVEZ: Por formarme como profesional, dandome las herramientas necesarias para iniciar mi nuevo caminar.

A MIS CATEDRATICOS: Por compartir sus ensañanzas enriqueciendo mis conocimientos como profesional, haciendo de mi una mejor persona.

A MIS AMIGOS: Por su apoyo y solidaridad.

Y A USTED: Que dedica un poco de su tiempo para leer el presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
La equidad de género	1
Regulación legal de la equidad de género	9
Teorías sobre la equidad de género	20
Machismo y feminismo	34
Interés superior de los niños, niñas y adolescentes	40
Conclusiones	56
Referencias	58

Resumen

El presente trabajo de investigación se desarrolló utilizando como marco de referencia el proceso ordinario de divorcio, ya que es dentro de éste en el que se toman decisiones sobre la custodia y patria potestad, la crianza, educación y cuidado de los hijos e hijas. Se analizó la equidad de género, el concepto, objeto e historia, abarcando el tema en su conjunto para conocerlo desde sus raíces, el objeto mismo de la existencia del tema en el marco jurídico de Guatemala. Se describió regulación legal tanto a nivel nacional como internacional sobre la equidad de género, pero especialmente enfocado en la guarda, custodia y la patria potestad de los padres ejercida sobre los descendientes.

Se abordó algunas de las teorías más importantes sobre la equidad de género, haciendo una breve clasificación basada en conceptos que van desde el patriarcado hasta el feminismo, como pilares de la organización primaria de las sociedades; También, se explicaron las identidades de género, femineidad y masculinidad como parámetros de medición, las identidades de género a nivel de los individuos, y la identidad sexual de los sujetos y además, cómo las sociedades utilizan estos argumentos y clasificaciones, algunos modelos de identidades de género en la cultura y el modelo hegemónico occidental utilizado por las diversas sociedades, así como la influencia que éste ejerce. Se comentó los conceptos de

machismo y feminismo, se hizo especial énfasis en los roles que la sociedad otorga o confiere a los distintos sexos, las relaciones sociales entre estos, y cómo influye dicha educación en ellos, las relaciones familiares, como se educa a los hijos y se clasifica a los miembros de la familia y se culminó con el tema de la transversalización de género.

Se hizo énfasis especial en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por ser ellos el objeto de este trabajo de investigación, cuál es el marco jurídico sobre el tema y la relación e incidencia que este tiene en los procesos de divorcio, cómo, cuándo y porqué debe ser considerado por el juez, y la importancia de la equidad de género en los procesos de divorcio otorgándole igualdad de derechos a ambos padres, se analizó también lo relativo a las custodias monoparental y compartida, cuál es el criterio e importancia de los informes de los expertos, qué es la garantía judicial en cuanto al interés superior de la niñez y la adolescencia y la garantía personal que deben tener y presentar los padres, y se terminó en lo que debe ser el seguimiento o monitoreo de la decisión judicial, es decir, el control de que se está cumpliendo la ley.

Palabras Clave

Desigualdad de género. Hijos menores. Divorcio. Custodia. Proceso ordinario.

Introducción

Al hablar de equidad de género casi siempre se está aludiendo a equiparar a la mujer en sus derechos ante la sociedad, se crearon las teorías basadas en ese argumento y se consideró necesario ya que en la antigüedad las mujeres eran consideradas como un objeto en muchas sociedades y culturas que las relegó a un plano inferior con respecto a los hombres. Este trabajo de investigación cuando se refiere a la teoría de género y a la equidad de género va enfocado a analizar las condiciones en las que la equidad o inequidad de género se manifiestan o no cuando por causa de un proceso judicial de divorcio, los hombres quedan muchas veces sin la patria potestad de los hijos e hijas, y en algunos casos con algunas limitantes, ya sea por la edad o el sexo de los hijos o alguna otra condición relacionada a la paternidad.

Por tanto se habla de la inexistencia o falta de equidad o bien, de inequidad, cuando se refiere en el presente trabajo a que los hombres están siendo afectados en su derecho a la familia se dirige la atención especialmente a la crianza, cuidado y custodia de los hijos, el derecho a ejercer la paternidad, la patria potestad sobre estos, que le debe corresponder por igual al hombre y a la mujer. Se analiza la inexistencia o inaplicabilidad de la equidad de género en la aplicación del artículo 427 del Código Procesal Civil y Mercantil, dentro de los juicios de

divorcio, especialmente aquellos de índole ordinaria, ya que el mismo en su segundo y tercer párrafo, le da trato preferencial a la mujer sobre el hombre para el cuidado de los hijos e hijas. De conformidad con la teoría de la equidad de género no debe haber limitación alguna para ninguno de los dos cónyuges. Especialmente si es por maltrato, infidelidad, vicios, etc. de la otra parte y debería regularse que "a criterio del juez", pueden ser confiados al cuidado de cualquiera de ellos, sin restricción alguna de sexo, de si es el padre o la madre, especialmente sin tomar en consideración el sexo o edad de los hijos.

Los criterios utilizados en la norma, obedecen a creencias antiguas de las personas, en las que se suponía que sólo la mujer podía criar a los hijos e hijas y no el hombre, y también basados en roles de los sexos, indicando que esta tarea correspondía única y exclusivamente a las mujeres, siendo éste un enfoque sexista de nuestra cultura que se refleja en las leyes vigentes. Se pretende dar a los jueces la posibilidad de considerar otro enfoque, para que sirva de referencia al aplicar su criterio judicial, mejorando la interpretación de la legislación, enfocado al análisis científico y a la crítica constructiva, para que en el futuro se considere si es viable la reforma de la norma.

La equidad de género

El concepto de equidad de género hace alusión a ambos sexos, tanto al hombre como a la mujer, a lo femenino como a lo masculino, Sin embargo, actualmente todavía hay diferenciación en cuanto a tal equidad en diferentes aspectos de la vida y especialmente ante la ley. Pero, esta diferenciación no debería existir en las leyes si se aplicara la equidad de género, en la cual ambos, tanto la mujer como el hombre, fueran vistos como iguales ante la ley, ejerciendo sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe a la familia y a los hijos e hijas menores de edad.

Concepto

Se utilizaron algunos conceptos para entender mejor el tema y compararlos, para establecer o determinar cuál sería el más apropiado. Como se menciona en el glosario de términos relacionados con la transversalidad de género (2007:11): “el término equidad alude a una cuestión de justicia: es la distribución justa de los recursos y del poder social en la sociedad; se refiere a la justicia en el tratamiento de hombres y mujeres, según sus necesidades respectivas”. Así también, en el mismo documento se indica que: “género es una construcción cultural mediante la que se adscriben roles sociales, actitudes y

aptitudes diferenciados para hombres y mujeres en función de su sexo biológico”. (2007:13)

Como se puede deducir, debe haber justicia e igualdad entre hombres y mujeres, distribuir el poder por igual entre ambos u otorgar el poder por igual a ambos en cualquier ámbito de la sociedad en que se desenvuelven, en lo público y en lo privado, es decir dentro de la familia. También se habla de una construcción cultural, es decir, manifestaciones de criterio de las personas en un momento dado, indicadores de calificación de personas o cosas dentro de una sociedad, la cual va evolucionando, y que el género asigna roles a los sexos de conformidad como es la costumbre actual.

También hay otros conceptos importantes como el de igualdad de género que en el mismo documento se citan: “Situación en la cual todos los seres humanos son libres para desarrollar sus capacidades personales y dueños de sus decisiones, sin ningún tipo de limitación impuesta por los roles tradicionales” (2007:13-14).

Es importante indicar que de acuerdo a la igualdad de género, todos los seres humanos son iguales, no importa a qué se dediquen, sean mujeres u hombres y no debería haber mas limitación que la propia ley o decisión judicial, pero sin exclusión o discriminación.

Objeto

El objeto de la equidad de género lo constituye que mujeres y hombres por igual, posean y ejerzan los mismos derechos ante la familia, ante la sociedad, en cualquier ámbito, pero en el presente tema sobre los hijos e hijas, para poder desempeñar fundamentalmente, y de manera correcta, la patria potestad y la custodia sobre éstos. En la siguiente cita se alude al objeto:

La palabra género es una traducción del vocablo inglés gender. Este término, difundido a partir de los años 80, pretende evidenciar el hecho de que los roles masculinos y femeninos no están determinados por el sexo (es decir, por las características biológicas), sino que van evolucionando en función de las diferentes situaciones culturales, sociales y económicas. (AC SUR, 2006:7).

Así es necesario entender que no solamente una mujer puede hacerse cargo de los hijos, si no también lo pueden hacer los hombres. Es decir que cuando se habla de género se refiere a ambo sexos, no solamente a la mujer. También es importante considerar que de acuerdo con la cita anterior, se habla de roles pero que han ido evolucionando con el transcurso del tiempo, los cuales constituyen una equivocada apreciación de las actividades que deben realizar ambos sexos, además de constituir paradigmas. Más explicado se encuentra en la siguiente cita, para diferenciar el concepto de sexo del de género:

Sexo no es género. Género no es sinónimo de mujer. El concepto de género es un concepto social. Parte de las supuestas diferencias biológicas entre los sexos y define más particularmente tales diferencias, así como las desigualdades entre los roles que se asignan a hombres y mujeres en función del contexto socioeconómico, histórico, político, cultural y religioso de las diferentes sociedades en las que viven esos hombres y mujeres. (ACSUR, 2006:8).

En consecuencia, el objeto de la equidad de género es equiparar a los sexos. Se puede utilizar la idea de la balanza, para indicar que debe ser igual de pesada para cualquiera de sus lados. Así lo explica López: “Unas relaciones más igualitarias necesitan basarse en una redefinición de los derechos y responsabilidades de mujeres y hombres en todas las esferas, incluida la familia, el trabajo y la sociedad en un sentido amplio”. (2007:25).

Historia

Existen muchos antecedentes, eventos y fechas importantes durante todo el proceso de evolución de la equidad de género, pero se citarán algunos de ellos, los que se consideran más importantes, iniciando desde el nacimiento del concepto de género, como explica Mora: “El concepto de género, al igual que las demás contribuciones analíticas de las ciencias sociales, surge en un momento histórico determinado, y además como desarrollo derivado del pensamiento crítico feminista”. (2006:19).

...en relación con la historicidad en la construcción teórica del género es necesario reconocer que es producto de tres desarrollos generales que corren paralelos, los que se retroalimentan y tensionan entre sí: 1) los procesos sociales de cambio, sobre todo a partir de la fase de industrialización en las sociedades occidentales, que posteriormente se presentan en los países en desarrollo, y los cambios que esto acarrea en las vidas de las familias y las mujeres sobretodo de la clase trabajadora; 2) los movimientos feministas incluidas activistas, pensadoras y académicas, así como las luchas sociales impulsadas por mujeres y feministas; y 3) el desarrollo de las ideas en el plano intelectual, provenientes de distintas disciplinas de las ciencias sociales y las humanidades, donde fueron tomando fuerza aquellas ideas de libertad e igualdad, fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa. (Mora, 2006: 19).

A finales del siglo XVIII, empezaron a denunciarse las desigualdades, la falta de derechos, la discriminación y la subordinación de las mujeres. Estas denuncias fueron permitiendo, poco a poco, que las mujeres adquiriesen derechos y construyesen una agenda de desarrollo. También, gracias a ellas, empezaron a ser reconsiderados los modelos culturales que nos definen en tanto que hombres y mujeres. (AC SUR, 2006:10).

Es importante mencionar que los antecedentes de la equidad de género, fueron enfocados y sustentados en las desigualdades ocurridas entre hombres y mujeres, siendo las mujeres el grupo vulnerable ante la sociedad, generalmente dominada por hombres. También existían otros aspectos que se referían a las interrelaciones entre los sexos, como se describe en la siguiente cita:

Otra de las repercusiones del concepto género es la problematización de la identidad masculina y de las interrelaciones entre identidad femenina e identidad masculina. Los estudios sobre masculinidad que proliferan desde la década de los setenta, relativamente opacados por la importante producción feminista de esos años, continúan desarrollándose en las décadas de los ochenta y los noventa, inscribiéndose más claramente dentro de la nueva problemática de género. (Arango, 1995:23).

Para estas fechas ya se tenía como problema no sólo la discriminación a mujeres sino también de hombres, pero especialmente en aquél sector del sexo masculino que tenía problemas para interrelacionarse con el resto

de la sociedad, por no poder ubicarse claramente en alguno de los sexos por sus gustos sexuales, como se cita a continuación:

En su práctica clínica, los psiquiatras Stoller y Money recogieron la queja de personas que decían sentirse encerradas en un cuerpo de hombre cuando en realidad eran mujer. Su cuerpo, según narraban, estaba equivocado, y manifestaban la necesidad de reparar el error. Reclamaban que se les practicara una operación de cambio de sexo, y no querían que se les identificara como hombres, sino como mujeres. Tal demanda de que el cuerpo se correspondiera con su verdadero ser llevó a considerar que se debían separar, al menos conceptualmente, dos aspectos de la persona: 1. El sexo. Relativo a los aspectos anatómicos y fisiológicos, lo corporal. Que daría lugar básicamente a dos posibilidades: hembra y macho. 2. El género. Relativo a los aspectos psíquicos y sociales. Cuyas dos posibilidades serían: femenino, masculino. (Izquierdo, 2001:15).

De aquí surge el término género, pero no va enfocado necesariamente a la mujer, ni amarrado al sexo femenino, sino como un concepto social. Hay que destacar que únicamente se determinó la existencia de los géneros masculino y femenino, porque según el concepto citado al hablar de sexo se refiere a macho y hembra. Luego surge el pensamiento feminista, enfocándose hacia la noción de género como se cita a continuación:

En el seno del pensamiento feminista, la referencia más directa a la noción de género es el trabajo de Gayle Rubin. Esta autora, partiendo de los planteamientos de Marx, Lacan y Lévi-Strauss define el sistema sexo/género como el sistema de relaciones sociales que transforma la sexualidad biológica, que no debe confundirse con el sexo, en un producto de la actividad humana: en cuanto a la división sexual del trabajo y la orientación heterosexual del erotismo. (Izquierdo, 2001:17).

No se refiere a los roles otorgados por la sociedad a las personas, sino tomando en cuenta el pensamiento de las personas y su actividad, no importando el sexo, sin identificar o etiquetar a la persona por el sexo

que tiene, sino por su actividad y desenvolvimiento dentro de la sociedad. De acuerdo a otros autores la noción de género es posterior a la noción de patriarcado, como se describe en la siguiente cita:

En los años '80 se comienza a generalizar la noción de "género" como evolución posterior a la noción de "patriarcado" y ante las limitaciones de los estudios de la mujer, en que se cuestiona el estudio aislado de las mujeres y la supuesta homogeneidad de ellas. (Mora, 2006:20).

El sistema del patriarcado ha sido dominante por muchos años en la historia, sin embargo, ha ido quedando relegado o en desuso, con excepción de algunas sociedades en el mundo y poblaciones alejadas del resto de la sociedad, y también por consideraciones religiosas. Así también anteriormente se tiene como antecedente a la Revolución Francesa, en las cuales se destacan serios cambios:

... las luchas sociales han propiciado positivos, aunque insuficientes, cambios legislativos para reducir las desigualdades históricas entre los sexos, siendo los movimientos femeninos surgidos en la Revolución Francesa los que transformaron la vida de las mujeres europeas y que tuvieron su punto de partida a principios del siglo XV. (Ruiz, 2009:50).

...dentro del ámbito jurídico familiar, destacan las leyes promulgadas en 1,792 sobre el estado civil y el divorcio que trataban en igualdad de derechos a ambos cónyuges y establecían la más estricta simetría entre ellos, tanto en el procedimiento como en el enunciado de los derechos y, en ese tenor, el matrimonio como contrato civil se basaba en la idea de que ambos contratantes eran igualmente responsables y capaces de verificar si cumplían correctamente las obligaciones con relación al acuerdo que habían suscrito y, en caso contrario se posibilitaba la rescisión del contrato. (Ruiz, 2009:56).

No se debe olvidar, que posteriormente a la Revolución Francesa, que fue muy importante como base para la creación de muchos derechos humanos en el plano de la igualdad de las personas, incluyendo igualdad

no importando el sexo, se erigieron cambios en los distintos países del mundo y propició la creación de normativa importante, siendo una de ellas la Declaración Universal de Derechos Humanos:

...la carta de las Naciones Unidas,...fue el primer instrumento que refleja diversas medidas dirigidas a procurar la igualdad, así como la no discriminación por razón de sexo, y que se puede considerar como el inicio de la internacionalización de los Derechos Humanos. (Ruiz, 2009:67).

Es importante mencionar como punto necesario de la historia de género, también los antecedentes de la patria potestad, ya que es sobre este tema que versa esta investigación, así como con respecto a lo que se ha normado sobre la patria potestad que ejercen los cónyuges o padres sobre los hijos, como un antecedente importante y muy antiguo está:

...durante un largo período tuvo una amplia influencia el arcaico derecho romano, en el cual dicha institución era de naturaleza cuasi-pública, ejerciéndose con carácter absolutista y en los que primaban, por ausencia, cualquier derecho reconocido a favor de la infancia” (Ruiz, 2009:317).

La custodia y patria potestad sobre los hijos, y para el efecto Ruiz que: “...en las primeras décadas del pasado siglo, era común que el titular de la misma fuera el padre y, tan solo en defecto, la madre podía ser titular de la patria potestad. (2009:317).

Esto da una pauta clara de la inequidad de género, pero vista desde el punto de vista femenino en aquella época, en que había una preferencia hacia el hombre, dominando el patriarcado. Contrario a lo que sucede

hoy en día, en los juicios ordinarios de divorcio, en donde el padre pierde generalmente la custodia o la patria potestad de los hijos, dando preferencia a la madre.

Regulación legal de la equidad de género

En el derecho nacional

La legislación guatemalteca siempre ha sido una normativa que desarrolla convenios, tratados y pactos internacionales, por lo que es escasa la legislación que ha surgido por necesidades propias de nuestro país. En el caso del tema de género no es la excepción, ya que los cambios a nivel mundial han propiciado la necesidad de que nuestro país se integre al concepto y al uso de la ley, en beneficio de las minorías o bien, de los sectores afectados o vulnerables. Como se ha visto en la historia se comienza con luchas feministas, lógicamente a favor de las mujeres, y esa fue la finalidad de crear estas legislaciones, pero hoy en día, se hace necesario considerarlas, porque la inequidad que existía antes hacia las mujeres, se ha volteado hacia los hombres, haciendo incluso que exista hasta una posible discriminación del sexo masculino, ya que para otorgarle la custodia y patria potestad de los hijos e hijas hay limitantes, en relación al sexo de los hijos, por ser el padre, por ser un hombre, caso contrario que si es la madre, no tiene limitante alguna.

Entre la legislación nacional está como punto de partida la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que constituye el pilar, la base fundamental de la legislación, y se tomó como referencia la edición de la Corte de Constitucionalidad que posee análisis de la misma aplicada a fallos en dicha Corte, y dentro de la misma se regula:

Artículo 47.- Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. (2002:51)

De la lectura se puede deducir claramente la intención de los constituyentes de proteger a la familia, otorgándoles igualdad de derechos a los cónyuges en todos los ámbitos del matrimonio y la familia. Eso incluye lo que atañe a los hijos e hijas. Es importante que también se menciona la paternidad responsable como base legal, ésta constituye una obligación para ambos padres, pero debe entenderse a la paternidad responsable como aquello que no solamente se refiere a lo económico, sino también al ejemplo de buena conducta, al trato y educación para con los hijos, parámetros y consideraciones que se tomarán en cuenta posteriormente por los jueces a la hora de tomar una decisión tan fundamental como lo es la custodia de los hijos e hijas menores de edad.

Llama la atención, la interpretación que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, hace con respecto al artículo anterior, en relación a los derechos de ambos padres:

En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de concepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges..." Gaceta No. 28, expediente No. 84-92, página No. 33, sentencia: 24-06-93.

Como se puede entender habla de un papel como una función para cada cónyuge, haciendo alusión a los roles sociales, reconocidos por la costumbre y la sociedad en un momento dado. No indica con claridad cuáles son esos roles, ya que presume que los mismos irán cambiando, - que de hecho así es- conforme la sociedad evoluciona, pero sin perder las costumbres y creencias, pues si la sociedad está fundamentada en un estilo machista, esa será la realidad, dejando la crianza de los hijos únicamente a la madre. Aunque poco a poco las cosas han ido cambiando y evolucionando, otorgándole a ambos padres, las mismas responsabilidades.

Asimismo, el Código Civil regula lo relativo al matrimonio, que incluye las obligaciones de ambos cónyuges con respecto a los hijos, en su artículo 78: "El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y

con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí...”. De igual manera explica el artículo 79: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges....

La ley sustantiva civil es contundente sobre que la obligación es compartida, y en consecuencia los derechos que atañen a dichas obligaciones en contraposición a los mismos, son iguales para ambos padres. El mismo código en su artículo 110, segundo párrafo regula: “Ambos cónyuges tienen la obligación de atender y de cuidar a sus hijos, durante la minoría de edad de éstos últimos”. Este párrafo deja en claro la igualdad de obligaciones para ambos padres, que también puede interpretarse o entenderse, si ellos quieren ejercer esa obligación, como un derecho.

Un dato muy importante para efectos de ésta tesis, lo constituyen los artículos siguientes, dentro del Derecho Civil, que como derecho sustantivo debe constituir la base fundamental para el derecho procesal o adjetivo, cuando exista duda en el procedimiento. Está por ejemplo el artículo 162 del Código Civil el cual en su parte conducente dice: “...Los hijos quedarán provisionalmente en poder del cónyuge que determine el Juez, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional”. En este artículo, el

problema radica en hablar de una custodia provisional, y habla de uno de los dos cónyuges excluyendo al otro, y que en caso de que no se dejen a uno de ellos, se podría considerar a un tutor provisional. Y entonces es aquí donde se puede vulnerar el derecho del otro cónyuge, padre o madre. También está lo que regula el artículo 166 del mismo instrumento legal sobre a quién se confían los hijos:

Los padres podrán convenir a quién de ellos se confían los hijos, pero el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos. Podrá también el juez resolver sobre la custodia y cuidado de los menores, con base en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la protección de menores. En todo caso, cuidará de que los padres puedan comunicarse libremente con ellos.

Se está hablando aquí de tomar en consideración cierto interés en favor de los menores de edad, lo que actualmente constituye el interés superior del niño o la niña, como veremos más adelante. En dicho artículo se menciona también que existe la posibilidad de que un juez pueda decidir algo distinto a lo que los padres propongan, nombrando a otra persona que no sean ellos, para la custodia de los hijos menores de edad, y para ello se entiende que debe hacerlo sin menoscabar el derecho de comunicación y relación que ambos padres puedan tener con los hijos, si es procedente según las circunstancias.

Como complemento se encuentra el artículo 167 también del Código Civil, que habla de la obligación de los padres separados:

Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.

Se puede interpretar que mantienen sus obligaciones para con los hijos, no importa la decisión sobre ellos ya sea dentro de un juicio voluntario de divorcio o que sea una decisión judicial dentro de un juicio ordinario de divorcio tomada por el juez a cargo del caso. Estos no pueden hacerse los desentendidos con respecto a sus hijos, al igual que pueden ejercer el derecho a relacionarse con ellos, pero generalmente existe alguna prohibición para alguno de los padres, o cuando es otorgada la custodia y patria potestad a uno de ellos solamente, el otro le veda su derecho a la pareja. Puede suceder que también un juez le vede ese derecho a alguno de ellos, no por una prohibición expresa, sino por el hecho de no aclararlo en una resolución judicial, lo que es aprovechado por la otra parte.

De igual manera lo regula el artículo 252, del Código Civil ya indicado, con respecto al capítulo específico de la patria potestad: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso”. De manera coincidente se regula en la parte conducente del artículo 260 del mismo

cuerpo legal: “Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo...”.

Con respecto a cuando existe una madre soltera o separada, la ley sustantiva civil indica en su artículo 261 que:

Cuando el padre y la madre no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre, salvo que ésta convenga en que pasen a poder del padre, o que sean internados en un establecimiento de educación. Si la separación de los padres procede de la disolución del matrimonio, se estará a lo dispuesto en el artículo 166.

Si se analiza este artículo de la ley, claramente se deduce que existe inequidad de género, en contra del hombre, dando la preferencia únicamente a la mujer por los roles de la sociedad otorgados por el concepto género. Si la mujer o madre conviene o está de acuerdo, pueden pasar a poder del padre, pero generalmente dicha situación no se da en la práctica y en la vida real, por lo que si no quedan únicamente en poder con la custodia y patria potestad de la madre, por decisión del juez quedan a cargo de una institución estatal lo que la ley llama un establecimiento de educación.

En la ley adjetiva o procesal civil, se regula sobre la equidad de género en el artículo 427 que habla de las medidas precautorias o cautelares en un proceso de divorcio entre los cónyuges o padres, en cuanto a la decisión que se toma sobre los hijos menores de edad, como sigue:

Al darle curso a la solicitud, el juez podrá decretar la suspensión de la vida en común y determinará provisionalmente quién de los cónyuges se hará cargo de los hijos y cuál será la pensión alimenticia que a éstos corresponda, así como la que deba prestar el marido a la mujer, si fuere el caso. También podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para la adecuada protección de los hijos y de la mujer. Los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y las hijas de toda edad, quedarán durante la tramitación del divorcio o de la separación, al cuidado de la madre; y los hijos varones, mayores de diez años, al cuidado del padre. Sin embargo, si en concepto del juez hubiere motivos fundados, podrá confiarlos al cuidado del otro cónyuge o de una tercera persona. Los jueces determinarán, igualmente, el modo y la forma en que los padres puedan relacionarse con los hijos que no se encuentren en su poder.

De la lectura del anterior artículo también se establece claramente la inequidad de género, e incluso la posible discriminación contra del hombre, al atribuir a la mujer la preferencia en la custodia y patria potestad de los hijos e hijas menores de edad, a pesar de indicar que el juez establecerá a quien le quedarán los hijos, inmediatamente después hace una clasificación por edad y sexo de los hijos, como fundamento para dejárselos al cuidado del padre o de la madre.

En toda edad las hijas únicamente quedan al cuidado de la madre, y los hijos únicamente que sean mayores de diez años quedan al cuidado del padre, lo cual no debería ser así, ya que tanto hombres como mujeres, papá y mamá pueden hacerse cargo por igual del cuidado y educación de los hijos e hijas, no importando su edad. Las reglas y las costumbres han cambiado conforme los tiempos, y este artículo y el 261 del Código Civil, representan la inequidad de género en contra del hombre.

Al final, el artículo da una pequeña solución, indica que por motivos muy fundamentados el juez puede otorgar al otro padre la custodia de los hijos e hijas. Esto sería posible únicamente que la madre de los menores de edad tuviere actitudes o cometiere acciones impropias o contrarias a la ley, para dudar de su capacidad como madre. Lo bueno del artículo es que garantiza que el juez pueda resolver sobre el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, no importa si es el padre o la madre quien los tiene bajo su cuidado y custodia.

En el derecho internacional

Se destacan varios documentos legales internacionales, avalados, firmados e incorporados a sus respectivas legislaciones por varios países, pero hay que destacar los siguientes: el artículo 17 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que norma lo siguiente en cuanto al tema de protección a la familia:

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (OEA, 1969:7-8).

Otorga igualdad de derechos y obligaciones a ambos cónyuges, en caso de disolución del mismo, y cuando se tenga que resolver sobre los hijos, tomando en consideración el interés superior del niño, como se le conoce

ahora. Este interés superior, no necesariamente tiene que menoscabar los derechos y obligaciones de los padres, a menos que ambos hayan perdido la calidad de padres responsables, por una declaratoria judicial.

Asimismo el artículo 2, literal “a” de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), establece que:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:...a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ése principio. (ONU, 1979:10-11).

Como se puede leer del texto anterior, se habla de que empezó a considerarse la discriminación en contra de la mujer, en el año 1979, pero en la fecha actual año 2013 es el hombre, este artículo muy futurista, indica claramente que es obligación de los estados firmantes, legislar sobre la igualdad de hombre y mujer. Más específicamente se regula en el artículo 5 de la misma CEDAW, lo siguiente:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. (ONU, 1979:12).

Aquí queda claro, que no debe haber discriminación entre los sexos, entre el hombre y la mujer, y que los Estados deben legislar para prohibir estas prácticas, eliminando costumbres y prejuicios culturales arraigados en las comunidades y sociedades, no debiendo darse funciones estereotipadas en cuanto al sexo, es decir, asignar roles a cada ser humano conforme a que debe ser hombre (masculino) o mujer (femenino).

Más específico al tema de la patria potestad y custodia de los hijos, la misma Convención preceptúa en su artículo 16 literal d:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:...d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. (ONU, 1979:17).

Se puede apreciar la prohibición de discriminación entre los sexos, no importando la condición civil, obtienen los mismos derechos y obligaciones, pero hay que recordar que, de acuerdo con la legislación guatemalteca, deben los hijos estar reconocidos por ambos padres para que a éstos puedan adjudicárseles obligaciones recíprocas y puedan ejercer sus derechos como padres.

Como se ha indicado, todas las luchas contra la discriminación surgieron a favor de la mujer, pero siempre confirman la igualdad entre hombres y mujeres que debe existir, lo cual es aplicable también a favor del hombre.

Teorías sobre la equidad de género

Ha existido diversidad de teorías sobre equidad de género, que han sido relevantes de acuerdo a cada momento histórico que se ha vivido en las distintas sociedades. Unas han evolucionado más que otras, o antes que otras, pero han pasado desde el matriarcado, al patriarcado, y conceptos como el feminismo, el machismo, hasta llegar a la igualdad de género, lo cual todavía es una utopía ya que no se aplica en todo el mundo ni en todas las sociedades, o bien no ha sido reconocida en su totalidad. Se estudia entonces, los que son más importantes acordes a ésta investigación como sigue.

Clasificación

Esta clasificación que se hace en este trabajo de investigación no pretende ser definitiva ni ser considerada como la mejor o más completa, sino que está basada en lo que al respecto se considera apropiado para el

tema de estudio, tomando en consideración que en la historia se ha pasado del feminismo al patriarcado, a la discriminación y el machismo,

El feminismo

Este sistema, está basado en la exclusión y la discriminación, por lo que no constituye la solución perfecta para dirigir a una sociedad o grupo. Fundamentalmente está cimentada en el dominio de la mujer sobre el hombre, el dominio del sexo femenino por sobre el sexo masculino. Muy especialmente se dio este en la historia antigua, es decir en las primeras sociedades del mundo, ya que se consideraba a la mujer el origen de la humanidad con el matriarcado como un momento de la sociedad en la cual por razones de procreación por un lado, se creía en la preponderancia de la mujer sobre los hombres, y por otro lado debido al sedentarismo de las mujeres se constituían en las jefes de los núcleos familiares. Los estudiosos ubican al matriarcado en las etapas prehistóricas de la humanidad. Las mujeres tomaban las decisiones más importantes. Es difícil encontrar vestigios actualmente de este dominio, tanto del matriarcado como la evolución hacia el feminismo, podría decirse que no existen actualmente sociedades marcadas con este sistema.

Acerca del feminismo describe Mora que:

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, el feminismo, como movimiento social por los derechos de la mujer tiene un primer desarrollo en la segunda mitad del Siglo XIX. Reivindicaban la igualdad legal de mujeres y hombres, pero crecientemente se centraron en la lucha por sufragio. (2006:19).

Nace como el antecedente de la lucha de las mujeres frente a los hombres, exigiendo sus derechos dentro de la sociedad, y evitar así la exclusión y la discriminación, como lo indica Mora: “Esto en el sentido que lo que define al feminismo es la lucha por la transformación de las relaciones entre hombres y mujeres, la emancipación de las mujeres y la eliminación de su subordinación. (2006:21).

A este respecto se habla también de la existencia de dos clases de feminismo, de la igualdad y de la diferencia, dentro del mismo libro ya mencionado, como sigue:

El feminismo de la igualdad busca reducir y/o eliminar las diferencias entre hombres y mujeres, en el sentido que participen con igualdad de oportunidades en la sociedad, sobretudo en el ámbito público y económico. Supone la universalidad de los derechos, en tanto sostiene que hombres y mujeres son iguales en derechos y por ende requieren igual trato (ser medidos con el mismo patrón)... El feminismo de la diferencia resalta la diferencia entre hombres y mujeres como algo positivo, a valorar y rescatar. Así, la especificidad de cada sexo y en especial del sexo femenino, es algo digno de reconocimiento. Por ello, para contribuir a la justicia de género se plantea, entre otros, la necesidad de valorar la maternidad y la femineidad como elementos importantes que contribuyen a la sociedad. En esta perspectiva se considera a las mujeres realmente distintas de los hombres, pero tal diferencia no implica inferioridad. Hombres y mujeres tienen distintas necesidades, intereses, prioridades, aspiraciones y contribuyen de modo diferente a la sociedad. Entonces, lo que se requiere no es la igualdad formal, ni ser igualmente tratados, sino un trato diferente. Esto implica derechos específicos, y por ende, obligaciones diferenciales del Estado, la sociedad y las familias. (Mora, 2006:77-78).

Es necesario destacar de la cita anterior, que la construcción del concepto feminismo, está basada en la idea de luchar contra el poder ostentado por el hombre, y los criterios manejados en ese sentido, van íntimamente enraizados en la cultura sexo – género y los roles o estereotipos de la época, hasta el punto de que se podría decir que el feminismo de la igualdad es un concepto creado y manejado por los hombres, para atacar precisamente el fin principal y primordial del feminismo y su lucha.

El patriarcado

También este sistema está fundamentalmente basado en la exclusión y la discriminación al igual que el feminismo, por lo que tampoco constituye la solución perfecta para dirigir una sociedad o grupo. Está cimentado en el dominio del hombre sobre la mujer, del sexo masculino sobre el femenino. Siendo el hombre el que ostenta el poder, es el que toma las decisiones y dirige el destino de los demás miembros de una sociedad o grupo.

Durante su historia, ha sido considerado al hombre como el ejemplo y el eje en torno al que gira todo. La mujer ha sido considerada desde esclava hasta objeto. Lamentablemente todavía existen diversas

sociedades y países en el mundo que se basan en este sistema, como en el medio oriente, pero sin ir muy lejos, existe también en todo nuestro continente, en sociedades con culturas antiguas, y algunas comunidades alejadas del resto de la sociedad.

Con respecto a este sistema Arriagada refiere que los tratados internacionales han regulado este aspecto de la legalidad, como se menciona en la siguiente cita:

El patriarcado ha pasado a ser oficialmente ilegítimo en todo el mundo. En 1981, a instancias de las Naciones Unidas, entró en vigencia la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por la mayoría de los países. (2007:48).

Se deduce que se convierten en delito las acciones discriminatorias contra la mujer, en cualquier sentido y ámbito del grupo social o sociedad en la que vive. De acuerdo con Alfaro, se define como patriarcado a:

...un orden de poder, un modo de dominación cuyo paradigma es el hombre. Y está basado en la supremacía de los hombres y lo masculino, sobre la inferiorización de las mujeres y lo femenino. Es asimismo, un orden de dominio de unos hombres sobre otros y de enajenación entre las mujeres. Nuestro mundo es dominado por los hombres. En él, las mujeres, en distintos grados, son expropiadas y sometidas a opresión, de manera predeterminada. En este orden se apuntala a los hombres como dueños y dirigentes del mundo - en cualquier formación social -, se preservan para ellos poderes de servidumbre sobre las mujeres y los hijos de las mujeres, y se les permite expropiarles sus creaciones y sus bienes materiales y simbólicos. El mundo resultante es asimétrico, desigual, enajenado, de carácter androcéntrico misógino y homófobo. En él, el sujeto no sólo es el hombre sino el patriarca. (1999:34).

El sistema sexo/género de Rubin

Está fundamentado en la dominación de las mujeres, indicando que existen fundamentos como acciones o decisiones que la respaldan, utilizados por la misma sociedad. En el libro de Mora se explica en qué consiste este sistema:

Destaca que la subordinación de las mujeres es producto de relaciones que organizan y producen la sexualidad y el género, no de origen económico. Subraya el papel de los sistemas de parentesco, las transacciones matrimoniales y su articulación con arreglos políticos y económicos. (2006:30).

De acuerdo con el libro de ACSUR se entiende por esta conjugación de conceptos lo siguiente:

El sexo pertenece al dominio de la biología. Hace referencia a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer (que normalmente no podemos cambiar). Los seres humanos nacen sexuados. El sexo determina las características físicas, mientras que la socialización condiciona los comportamientos, los valores, las diferentes expectativas según seamos mujeres u hombres. El género, por lo tanto, agrupa los roles y las funciones asignadas respectivamente a mujeres y hombres. (2006:11).

Es una correlación que hace la sociedad, de acuerdo al sexo, para asignar los roles al hombre y a la mujer, conforme a lo que en su momento es aceptado por la sociedad como correcto o incorrecto para cada uno, lo cual va evolucionando con el paso del tiempo o podría ir cambiando. Y se indica en el mismo documento sobre las definiciones de género que:

De esta forma, cada sociedad desarrolla una definición de los sistemas de género. “Un sistema de género es un conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual –anatómica y

fisiológica- y que da un sentido general a las relaciones entre personas sexuadas”4. En un contexto como éste, el género puede modificarse en y por la cultura. (AC SUR, 2006:11).

Se enseña a ser hombres y a ser mujeres con actividades y funciones específicas de acuerdo a las características fisiológicas y roles asignados, de acuerdo al sexo así como las costumbres, siendo esto último casi el fundamento o criterio manejable para definir lo femenino y lo masculino. Es importante tomar en cuenta que para establecer o entender cómo manejan el concepto género las diversas culturas, entran en juego otros aspectos importantes, de acuerdo con Alfaro:

La construcción de género se interrelaciona con otras condiciones objetivas y subjetivas en la vida de cada persona: su cultura, la etnia a la que pertenece, su clase social, su edad, su pertenencia a una comunidad religiosa, su planteamiento político, la historia de su comunidad y su historia familiar. Es por ello que todas las personas, mujeres y hombres de diferentes edades, culturas, etnias, clases sociales y lugares, tenemos una vivencia de género, nacemos dentro de un grupo social que determina qué debemos ser dependiendo de nuestro sexo. Pero, por eso mismo, no todas las personas tenemos las mismas vivencias de género. (1999:9).

En una sociedad como la guatemalteca, la relación sexo-género va muy relacionada con las costumbres arraigadas de la cultura maya, con influencias de la conquista española, y evolución hacia la cultura occidental. Aunque aún se conservan las costumbres de antaño en muchas áreas marginales y en la mayoría del país.

La dominación masculina según Bourdieu

Se centra en lo opuesto, masculino y femenino como Mora de la forma siguiente:

...señala que las diferencias sexuales permanecen inmersas en el conjunto de oposiciones que organizan el cosmos como sistema: alto/bajo, arriba/abajo, delante/detrás, derecha/izquierda, recto/curvo, seco/húmedo, etc. En todas ellas lo que representa el polo positivo, está siempre asociado a lo masculino, ocurriendo lo inverso con lo femenino. Esta preeminencia universalmente reconocida a los hombres se afirma en la objetividad de las estructuras sociales y de las actividades productivas y reproductivas, y se basa en una división sexual del trabajo de producción y reproducción biológico y social que confiere al hombre la mejor parte. (2006:30).

Como se puede deducir su razonamiento se basa en lo opuesto del universo y de la naturaleza, teniendo al hombre y a la mujer como opuestos, siempre resaltando que el hombre ocupa un lugar preponderante, al ser sinónimo de lo positivo y la mujer sinónimo de lo negativo, otorgándole al sexo masculino la mejor parte, y el dominio sobre el sexo femenino. No cabe duda que la teoría ha sido creada al amparo de conceptos de machismo o patriarcado dominantes de la época,

Identidades de género, femineidad y masculinidad

Las identidades de género, son consideradas como la carta de presentación de una persona, pero ésta no necesariamente está basada en lo que se ve externamente, es decir, ver a una mujer o a un hombre, aunque si constituye parte de la percepción que se tenga. Más bien, va

referida dicha identidad con la correlación de la mente y la conciencia de la persona, identificada con algún sexo específico, ya sea como mujer o como hombre, que la persona se identifique, se vea o visualice como femenino o masculino. Existen estereotipos muy marcados para identificar a las personas, al indicar que determinadas acciones o actividades son masculinas o femeninas, como por ejemplo que quien lava y plancha es la mujer y quien trabaja en el campo es el hombre, o como que las labores del hogar le corresponden a la mujer y las labores exteriores o fuera del hogar como un trabajo le corresponden al hombre, pero éstos son un paradigma ya que son modelos no definitivos sujetos a cambio, y deben ser superados.

En consecuencia no pueden ser utilizados para indicar si algo es femenino o masculino, si por lo que hace o dice una persona debe ser considerada masculina o femenina, ya que a eso se le llama roles, lo que ha sido asignado por la sociedad misma, de manera equivocada, ya que actualmente tanto hombres como mujeres pueden realizar las mismas actividades en un plano de igualdad.

En algunos casos también se escucha que se califica a un “hombre muy femenino” o a una “mujer muy masculina”, por lo que a simple vista lo femenino y lo masculino podrían confundirse, utilizando esa clase de calificativos, y es porque hay hombres y mujeres que se visualizan en

otro sexo diferente al natural o bien porque desempeñan actividades que a la vista de la sociedad le pertenecen al otro sexo. Mora explica que las identidades de género consisten en:

... ideas, interpretaciones, representaciones sociales de lo que es ser hombre y ser mujer, sea para un individuo o una colectividad. Esto quiere decir que apunta a las interpretaciones que los sujetos o colectivos hacen de las relaciones de género y de lo femenino y lo masculino, no a las relaciones concretas existentes en la realidad. Se usa esta noción para distintos niveles de análisis, no siempre concordantes entre sí, como son el individual, grupal, étnico, nacional o continental, que es necesario explicitar. Alude tanto a la identidad de una persona -la identidad de género de un sujeto-, como también a las identidades de género dentro de un colectivo, es decir los modelos de identidades de género, o también ideologías culturales de género.

Estos “mitos” contruidos sobre lo femenino y lo masculino son relevantes en la medida que pautan las acciones de los sujetos, justifican y legitiman acciones y relaciones, al tener una función de estructuración de la sociedad, las relaciones y las interpretaciones de la misma. (2006:31).

Como se puede ver, la femineidad y la masculinidad van asignadas por la misma sociedad, y constituye algo que identifica a la persona durante su vida, sobre lo que supone la sociedad en un momento dado de la historia como justificado y legítimo que puede hacer una persona para darle validez sus acciones y actividades, así como relaciones.

Identidades de género a nivel de los individuos

Se refiere a una persona particular y no a la sociedad en grupos masculinos o femeninos, la identidad de una persona como hombre o

como mujer, como masculino o femenino, y no del concepto generalizado de lo que la sociedad piensa. Se explica en la siguiente cita:

En su acepción más general, a nivel individual, la identidad se entiende como la definición que de sí mismo hace una persona en relación a otros, como el conjunto de representaciones de sí elaboradas a lo largo de la vida, por el cual el sujeto comprueba que es siempre igual a sí mismo y a la vez diferente de otros, por ello digno de ser reconocido en su particularidad. La identidad genérica es el sentimiento de pertenencia al sexo femenino o masculino o a otras posibles definiciones de género. (Mora, 2006:31).

Como se deduce identidad es con lo que el individuo, hombre o mujer se identifica a sí mismo o como se ve ante los demás. No como lo ven los demás y la sociedad a él o ella. Esta concepción de identidad, no tiene por qué interferir con lo que una persona hace. Sus acciones, pensamientos, o incluso su ocupación o costumbres, no deben influir en como se identifica, ya que puede realizar diversas acciones distintas a lo que comúnmente es considerado aceptable por la sociedad como femenino o masculino. Lo importante a destacar aquí es la individualidad del individuo, como se aprecia ante la sociedad. Sin embargo, a pesar de que empieza con lo subjetivo o interno del individuo, puede tener influencia lo externo, como explica Mora

Las Identidades de Género de los/as sujetos, es decir la construcción que hacen de su feminidad o masculinidad se realiza a partir de la subjetividad de los/as sujetos, de los modelos de género existentes en la cultura y de las experiencias históricas. Es un proceso en el cual el/la sujeto, construye socialmente su identidad femenina o masculina mediante la interacción y el reconocimiento del otro, incorporando influencias de la estructura social -por lo tanto, de los roles sociales y los sistemas de identidades de género-, considerando las relaciones que mantiene, incluidas las relaciones inter e intra genéricas, y aspectos personales como su propia subjetividad y su estructura psíquica. (2006:31).

Menciona las interacciones del individuo con la sociedad y el reconocimiento que ésta haga de la percepción que obtenga del hombre o mujer, pero es importante destacar que puede manejar la persona esta opinión social con su actuación o manifestación social, laboral, familiar, etc.

Identidad sexual de los sujetos

El sexo, hablando físicamente, identifica de manera lógica y claramente a un hombre y a una mujer por tener un sistema reproductivo y sexual distinto, sin embargo con el avance de la ciencia esto puede cambiarse. Más bien el tema aquí estudiado va enfocado en la orientación sexual que tenga el individuo, el interés hacia otra persona de igual o distinto sexo, como se explica a continuación:

...se diferencia de la identidad de género. La Identidad sexual se configura a partir del posicionamiento del deseo de una persona, es decir de su orientación sexual hacia su mismo sexo y/o hacia el sexo opuesto: homosexual, heterosexual o bisexual. Por tanto, no necesariamente coinciden identidad de género e identidad sexual. Intervienen aquí la subjetividad, el psiquismo y las formas de constitución de la sexualidad. La identidad sexual nace de una estructuración psíquica de ubicación del deseo- sobre la cual no hay control. (Mora, 2006:33).

Únicamente se basa en la orientación sexual de la persona y su deseo de realización como tal en base a sus gustos y preferencias.

Modelos de identidades de género

Pueden existir en la costumbre, en la sociedad o el reconocimiento social, distintos modelos de identidades de género, como podría ser el ejecutivo, el ama de casa, el agricultor, la abogada, el comerciante, la secretaria, el mecánico, la vendedora, el padre y la madre. Pero de igual manera podría existir la ejecutiva, el amo de casa, la agricultora, el abogado, la comerciante, el secretario, la mecánica, el vendedor, y la madre y el padre. Estas identificaciones del género, van cambiando, van evolucionando, de manera que los roles de ambos sexos son compartidos. Se explica en la siguiente cita:

...son formas de representación social de los géneros, significaciones, construcciones simbólicas acerca de lo femenino y lo masculino. Operan como sistemas de referencia. No describen las relaciones concretas, ni a hombres y mujeres concretos, aunque sí puedan tener algunos elementos con referentes en la realidad. Los modelos de género, aún siendo hegemónicos, no son estáticos, sino que están en constante proceso de reelaboración y construcción, se actualizan de diversas formas. (Mora, 2006:33).

Se puede decir que es lo que la sociedad indica que es correcto en un momento dado o en una época dada, como masculino y como femenino, utilizando modelos, pero no de personas, sino de roles, como lo que hace o debe hacer una persona si es hombre o mujer.

Es importante mencionar que en América Latina, ha habido modelos diversos, no tan hegemónicos, ya que hay diversidad de culturas, y derivado de la injerencia de otras culturas y la globalización, así como la

modernización y la interrelación de las culturas, como se describe en la siguiente cita:

En el contexto de América Latina y el Caribe, los modelos e ideologías de género son diversos, y coexisten algunos con significaciones distintas de las hegemónicas. Para su comprensión hay que considerar los procesos históricos de cambio ocurridos en la región, así como la diversidad cultural existente. Se presentan grandes variaciones dentro de la región y al interior de los países, entre zonas urbanas y rurales, según clases sociales, generaciones y según grupos étnicos y raciales. Esta diversidad étnica racial incluye grupos indígenas, amazónicos, afrocaribeños y afrolatinos, así como descendientes de los distintos grupos de procedencia occidental que colonizaron la región. (Mora, 2006:34).

La influencia de la costumbre y los pueblos con raíces indígenas son preponderantes en estos modelos de género. Toda la experiencia anterior, va cambiando actualmente, encaminada hacia el modelo occidental, que trata de que se aplique de manera igualitaria para todas las regiones.

Modelo hegemónico occidental

La hegemonía occidental ha tenido influencia en lo económico, en lo cultural, en lo social es decir en la sociedad, ya que los países se han influenciado por ideologías extranjeras, así que no es de extrañar que influya también en los individuos a lo interno, en su forma de pensar, así se explica en la siguiente cita:

A pesar de la diversidad existente en América Latina y El Caribe, el predominio del mundo occidental conlleva un esquema interpretativo general que opera como modelo hegemónico de Identidades de género, un modelo de “deber ser”, que ordena la conducta, las significaciones y la construcción de las identidades de género femeninas y masculinas de

las personas asignando a las mujeres una posición subordinada, ya que se valora y privilegia a los varones y lo masculino. Aunque este modelo se instala en una época y sociedad específica en la fase de industrialización de los países europeos a partir del siglo XIX se ha mantenido en el tiempo como un modelo ideal en el imaginario de las sociedades occidentales, reproduciéndose en los discursos y las prácticas. Empero, es importante observarlo como una referencia a ser contextualizada en las realidades particulares, y que tiene mayor o menor incidencia según las influencias occidentales en los contextos específicos, como los espacios urbanos, con mayor contacto y/o en grupos sociales asociados a la modernidad, como son las clases sociales altas más occidentalizadas. (Mora, 2006:35).

Como se deduce de la lectura, privilegia al sexo masculino sobre el femenino, sin embargo, es una referencia no obligatoria para las sociedades actuales, y puede incidir en un país determinado de acuerdo a las relaciones e influencias que se tenga de los países occidentales. No necesariamente quiere decir o significa modernidad, más bien constituye un retroceso histórico al patriarcado.

Machismo y feminismo

El machismo en este medio y en la mayoría de las sociedades del mundo, constituye un retroceso en la historia de los derechos humanos, ya que implica el abuso de poder del hombre sobre la mujer, no solamente el dominio, sino también la discriminación, la marginación, la desvalorización. El feminismo, por esas situaciones existentes en toda la historia ha surgido para luchar contra esas arbitrariedades e ilegalidades.

El objetivo siempre ha sido superar la brecha de la ignorancia en cuanto a quién ostenta o debe ostentar el poder, tratando de hacer equivalentes ambos sexos, creando así la equidad de género, que en definitiva ha sido inventado dicho concepto con el objeto de igualar a la mujer con respecto al hombre, al sexo femenino con respecto al sexo masculino. Al hablar de inequidad en esta tesis utilizamos el término para indicar que no existe equidad desde el punto de vista de la igualdad entre el padre y la madre con respecto a la custodia y patria potestad sobre sus hijos, por lo que nos referimos al tema como inequidad de género.

El concepto de feminismo ya fue analizado en páginas anteriores, por lo que aquí únicamente se apunta un concepto de lo que es machismo, que de acuerdo con Mora es:

...obsesión del varón con el predominio y la virilidad” y se expresaría en posesividad respecto de la propia mujer, especialmente en relación a los avances de otros varones, y en actos de agresión y jactancia con relación a otros hombres. (2006:42).

Se identifica al machismo con una obsesión del hombre hacia la mujer, una obsesión de dominación, de mandar, y lo relacionan con la virilidad. La virilidad no tiene relación con que pueda o no embarazar a una mujer o el deseo sexual, sino que lo relacionan con lo agresivo, equiparándola con la competencia que pueda existir entre hombres y el dominio sobre el mismo sexo masculino.

Los roles

Los roles son estereotipos asignados por la misma sociedad a las personas, para identificarlas como hombre y mujer, para indicar que lo que hacen corresponde a su respectivo sexo. Son patrones creados por la sociedad, pero han sido erigidos generalmente bajo las sociedades machistas, quienes identifican claramente la división de los sexos. Actualmente está en desuso una clasificación de género basada en roles, ya que los individuos hombres y mujeres, hacen actividades similares o iguales, sin importar su sexo. Esto constituye la base para otorgarles también las mismas obligaciones y en consecuencia, los mismos derechos. De acuerdo con López,

Los roles de género son el conjunto de papeles y funciones que conforman el modelo preestablecido de ser hombre o ser mujer en una sociedad determinada. Los niños aprenden a ocupar los espacios sociales, materiales y simbólicos reservados a lo “propio de un hombre”. Las niñas aprenden a ocupar los espacios sociales, materiales y simbólicos reservados a lo “propio de una mujer”. Los roles de género son cambiantes y culturalmente específicos. El problema no es la diferencia de roles sino su jerarquización y el modo en que se valoran: ... Los roles masculinos están asociados al ámbito público y son prestigiados porque conllevan independencia económica, poder, influencia y estatus. ... Los roles femeninos están asociados al ámbito privado, afectivo y relacional: no son remunerados ni reconocidos, se desarrolla en un ámbito más limitado y reducido y es menos visible que el público. (2007:45).

Cuando se crean estereotipos de hombres y mujeres se discrimina a ambos sexos, se les asigna determinados roles comúnmente aceptados en la sociedad, pero éstos no deberían ser impedimento para que los padres ejerzan sus obligaciones y derechos de criar, cuidar y educar a sus hijos.

Los roles pueden ser compartidos por los padres, para el cuidado de sus hijos e hijas. Esta discriminación se explica en la cita a continuación:

Los estereotipos de género son juicios o prejuicios que se fundamentan en una idea preconcebida y se imponen como un cliché a los hombres y mujeres sin tener en cuenta su individualidad. Cumplen el papel de proponer modelos rígidos y únicos en los que hay que encajar para ser aceptados socialmente como hombres y mujeres. Es decir, son opiniones tópicas acerca del “deber ser” masculino y femenino. (López, 2007:46).

No se toma en cuenta la opinión del individuo, a pesar que los roles y estereotipos son concebidos por personas, pero, como ha resultado en el estudio de la historia, los roles y estereotipos han sido concebidos generalmente por el sexo dominante de la época, y que ha sido el hombre como sexo masculino. El problema es que las mujeres han aceptado en algún momento de la época de las sociedades dichos clichés, hasta que se ha comenzado con esa lucha, que actualmente todavía existe.

Las relaciones sociales

Están basadas especialmente en las relaciones interpersonales de los individuos en una sociedad determinada, y fundamentados en las actividades de interrelación culturales, educativas, económicas y familiares, entre otros. Las relaciones sociales marcan en los individuos ciertas funciones propias, que no son indicativos necesariamente de su sexo o género, como se describe a continuación:

...como toda categoría social, el género se expresa a través de relaciones sociales, las cuales se constituyen de reglas, normas y prácticas. Por medio de éstas se asignan recursos, tareas y responsabilidades diferenciadas, además de valoraciones según categorías de actores; al tiempo que se movilizan mecanismos y cuotas de poder. De modo que las desigualdades de género se reproducen a través de los distintos dominios institucionales, entre los cuales son claves la familia, el sistema educacional, las religiones, la comunidad-sociedad civil, el mercado, el orden jurídico y el Estado en su conjunto. (Mora, 2006:28).

El individuo que no se relaciona en la sociedad vive aislado, no obstante tener a su alrededor personas con las que se puede relacionar. Muchas personas viven su mundo, sin interrelacionarse con otras personas de igual o distinto sexo, nada más que lo indispensable. Sin embargo, es imposible vivir en una sociedad sin tener relaciones con las demás personas, y de esa manera se da la desigualdad de género, porque existen cuotas de poder entre las personas y personas que dominan a otras en distintos campos de la vida y la sociedad.

Las relaciones familiares

Estas son importantes tomando en consideración que las personas son reconocidas dentro del ámbito familiar, como la mamá, el papá, la abuela, el abuelo, el hijo, la hija, etc. Mantienen relaciones de confianza, de amor, que les otorgan valor a los miembros de acuerdo a su sexo. Esto asigna determinadas obligaciones y derechos a las personas.

Se asocia lo reproductivo a la esfera de lo privado, lo doméstico, el espacio del hogar, donde se desarrollan las relaciones familiares y parentales, los afectos y la vida cotidiana. Este espacio ha sido construido socialmente como privativo de las mujeres, siendo un espacio menos valorado socialmente. Por el contrario, el espacio público, del mercado de trabajo, de la calles, de la política, aparece como el mundo asignado a los varones, el ámbito de acción socialmente más relevante. (Mora, 2006:54).

A pesar de que las relaciones familiares consideradas como de la esfera privada, están aparentemente relegadas al sexo femenino, tienen bastante interrelación e influencia con el mundo externo, con lo considerado como público. Y actualmente estas esferas han sido compartidas por ambos sexos, y realizadas por ambos.

Las relaciones familiares son importantes, y son un parámetro para que el juez, en su momento, dentro de un proceso judicial determine cuan firmes son éstas de los padres hacia los hijos, para establecer la custodia.

Transversalización de género

Un concepto amplio para entender qué es la transversalización de género, que no necesariamente se refiere a la mujer, es: “Tener en cuenta a los grupos más desfavorecidos y vulnerables, y otorgarles un interés particular, con el fin de evitar una desigualdad creciente”. (2006:18).

La transversalización, es tomar conciencia de la situación del sexo más débil en una relación, y equiparar a éste legalmente con el sexo dominante en una relación. Es importante hacer una pequeña diferencia

de la transversalización y el término de *mainstreaming* de género, refiriéndose este último ha:

Es la integración sistemática de las condiciones, las prioridades y las necesidades propias de las mujeres y los hombres en todas las políticas, con vistas a promover la igualdad de género entre mujeres y hombres. Pretende movilizar todas las políticas y medidas generales con el objetivo de llevar a la práctica la igualdad, ya en la fase de planificación, teniendo en cuenta cuál será su incidencia sobre la situación específica de mujeres y hombres al ponerlas en práctica, así como al hacer el seguimiento y la evaluación de las mismas. (AC SUR, 2006:19).

Esto se refiere más a la integración de políticas y acciones de los Estados o instituciones, para conseguir la igualdad de género, a pesar de ello, en los países especialmente occidentales, el término es considerado el equivalente o la traducción de la transversalización de género, lo importante también aquí es el cambio que está inherente en ambos conceptos.

Interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Este tema es de gran interés para esta tesis, ya que para que un juez resuelva determinado caso o peticiones de los cónyuges, en cuanto al futuro de los hijos e hijas, es importante que siempre tome en consideración el principio existente actualmente en la legislación de menores de edad, denominado principio del interés superior del niño o niña o del adolescente. Este se basa en que cualquier decisión que los afecte a los menores de edad, debe ser en beneficio de ellos, tomar en

consideración siempre que no sean afectados. Debe quedar el interés del menor de edad por encima del interés de los padres. Si este principio no se toma en cuenta y se resuelve fundamentado en el interés de alguno de los padres o cónyuges, se estaría violentando principalmente la norma constitucional contenida en el artículo 47, y los artículos especializados de la ley de la niñez y la adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal, siendo ellos el 5 y el 116 literal “j”:

El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley. (Congreso Guate., 2003:2).

Debe constituir una garantía legal, una garantía judicial en las resoluciones, siempre a favor de los más desprotegidos en una separación o divorcio: los niños y niñas menores de edad. La limitante a este artículo constituye que no puede resolverse con la justificación del interés superior del niño, niña o adolescente en contra de lo que dice la Constitución de Guatemala y los tratados y convenios internacionales.

Garantías procesales. La niñez y la adolescencia amenazadas o violadas en sus derechos gozarán de las siguientes garantías procesales:... j) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido. (Congreso Guate., 2003:29).

La razón más importante para separar a los menores de edad de sus padres debe ser por maltrato o descuido, en caso contrario, el interés superior de los menores es la familia y la relación con sus padres.

Objeto

Claramente es proteger a los menores de edad, de las decisiones equivocadas de los padres, que en su posición de cónyuges en conflicto dentro de un proceso judicial de separación o divorcio, puedan tomar en beneficio únicamente de ellos, sin tomar en consideración los efectos o daños que puedan causar esas decisiones en los menores de edad. Dicha protección debe ser garantizada por los jueces en sus resoluciones judiciales, aun cuando los padres, soliciten una decisión diferente, como por ejemplo, solicitar la custodia o patria potestad temporal o definitiva de los hijos, y no es un padre que haya observado buena conducta. Existen por tanto delimitaciones para el ejercicio de la patria potestad, como se explica a continuación en la siguiente cita:

La delimitación respecto al alcance de la patria potestad se puede englobar en dos aspectos; uno intrínseco, con base en una definición aproximada sobre cada uno de los derechos que conforman la patria potestad, (es una realidad que la definición de cada uno de los derechos que conlleva el ejercicio de la patria potestad puede variar según los usos, costumbres o creencias de los progenitores, lo que hace necesario dotar de un contenido ético cada uno de esos derechos) y, otra extrínseca, en función de las restricciones y excepciones que el orden jurídico impone a padre y madre en el desempeño de su función, como es el interés superior del niño/a. (Ruiz, 2009:320).

La delimitación intrínseca puede resultar algo delicado si tomamos en consideración el hecho de las costumbres y usos o creencias de una sociedad particular, como la forma de corregir a los hijos e hijas. La delimitación extrínseca, podría decirse que es la corrección a la delimitación anterior, si se violentan los derechos humanos de los niños y niñas.

Marco jurídico del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Se encuentra normado a nivel nacional, como ya se indicó arriba, en el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y los artículos 5 y 116 literal “j” de la ley de la niñez y la adolescencia y de adolescentes en conflicto con la ley penal. Sin embargo, también existe legislación internacional al respecto, dentro de la cual resalta la Convención sobre los Derechos del Niño.

Existe además como marco Jurídico en el Derecho internacional el artículo 17 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José) de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el artículo 2 literal “a” de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Relación e incidencia en los procesos de divorcio

La relación está explicada claramente, como se indicó con anterioridad en el objeto del interés superior del niño o de la niña. El interés superior del niño, niña y adolescentes, se relaciona con los procesos de divorcio porque casi siempre existen hijos e hijas en medio del problema conyugal, los que se ven directamente afectados por la separación y el divorcio de los padres. La incidencia que tiene en los procesos de divorcio, debería ser relevante, para que el juez tome las decisiones acertadas, sin embargo, a veces no se toma en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que se da prioridad a las peticiones de las partes, olvidando con ello los daños psicológicos que puedan afectar a los niños y niñas. Cualquier decisión que se tome no dejará de tener secuelas psicológicas en los niños y niñas afectadas, pero debe de tomarse siempre en cuenta para resolver.

También es importante tomar en consideración que tiene incidencia en los procesos de divorcio el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, porque hay que escuchar a los mismos en sus argumentos y pensamiento u opiniones en cuanto a la situación legal que se encuentran pasando los padres sobre un divorcio o separación, para formar un concepto más acertado a la realidad sobre el trato que se les da y formar un concepto más claro de la situación legal de los mismos. También es

importante considerar que no exista la alienación parental, de un padre hacia el otro, lo que pueda influir en el concepto equivocado que puedan tener los menores de edad.

Importancia de la equidad de género en los procesos de divorcio

La importancia radica especialmente en que cuando un juez tome una decisión en un juicio de separación y divorcio, debe tener muy en cuenta que ambos padres y cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones por igual, con respecto a los hijos. La única limitación que debe existir es que uno o ambos cónyuges y padres hayan observado mala conducta que a criterio y juicio del juez no pueda otorgársele la confianza necesaria para cuidar y proteger a sus hijos e hijas. La equidad de género es muy importante en los procesos de divorcio para equiparar a ambas partes en igualdad de condiciones ante la justicia.

Custodia monoparental

Le corresponde a uno de los padres. No necesariamente puede derivar de un juicio de separación o de divorcio, porque puede ser un padre o madre soltera, quien también puede exigir el respeto a su derecho de patria potestad sobre sus hijos e hijas, o bien perderlo en base a sus acciones inapropiadas o ilícitas a criterio de un juez.

...cuando lo exija el interés superior del menor la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos menores a la vista de los informes sociales, médicos psicológicos y demás que procedan. Es decir la custodia monoparental se prevé como excepción a la compartida que se erige como regla general. (De Torres, 2001:48).

Es importante en este punto de la tesis, indicar que es necesario tomar en consideración por parte del juez, la posibilidad de la custodia monoparental, a favor de uno de los padres, sea el hombre o la mujer, de acuerdo a los informes de expertos, especialmente si existe litigio de divorcio entre ellos, o acusaciones mutuas por maltrato o descuido entre ellos o contra los menores de edad. Los expertos pueden ser trabajadoras sociales, psicólogas y terapeutas, entre otros.

Es posible que el juez valore dicha situación y le otorgue a cualquiera de los sexos la custodia temporal o definitiva, así como la patria potestad de los hijos, y de acuerdo a las circunstancias, puede vedar el derecho del otro padre o madre a visitar a sus hijos, si es señalado de cualquier acto arbitrario, especialmente contra los menores de edad, que viole sus derechos individuales, especialmente su integridad personal, la vida, la familia, la alimentación, la salud, la recreación, entre otros, pero de lo contrario, aunque garantice el cuidado bajo la responsabilidad de uno de ellos, debe garantizarse el derecho de visita del otro padre o madre.

También es importante tomar en cuenta la alienación parental, como ya se indicó, que comúnmente se da y no es tan visible para el juez, salvo que sea establecida por un profesional de la psicología, y se define como sigue:

...Síndrome de Alineación Parental, que según algunas personas implica trastornos caracterizados por el conjunto de síntomas resultantes del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus descendientes, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor hasta hacerla contradictoria. (Ruiz, 2009:328)

Se refiere a la incitación a odiar de parte de uno de los padres hacia el otro, cambiando la mentalidad de sus hijos y el afecto hacia el otro padre, siendo ésta una mala práctica de los padres de familia, que el juez debe analizar si se da o no, de acuerdo a los estudios presentados por los profesionales de los que se puede auxiliar como las Trabajadoras Sociales, Psicólogas, etc., para decidir lo mejor para los hijos e hijas, en atención al interés superior de los mismos.

Custodia compartida

Le corresponde a ambos padres por igual, ya sea bajo el domicilio o techo de uno de ellos, o bien utilizando un domicilio específico que puede ser el ya existente como domicilio familiar, en el que ambos padres pueden tener y ejercer el derecho de patria potestad y custodia sobre sus hijos, pero no al mismo tiempo, sino sustituyéndose de

conformidad a una programación específica acordada por el juez, que puede ser por horas o días específicos para cada uno. Cuando se otorga en el domicilio de uno solo de ellos, no implica que la patria potestad se ejerza necesariamente por uno de los cónyuges o padres, únicamente con derecho a visita para el otro, eso es la custodia. La patria potestad no es únicamente para uno de ellos, ya que la patria potestad la conservan ambos. En la revista custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social, de la facultad de derecho de la Universidad de Málaga, España, se explica que: “la custodia compartida exige de una especial sinergia y empatía entre los excónyuges por lo que la excluyen cuando no es solicitada con el consentimiento de ambos...”. De igual manera explica Ruiz:

... permite que las figuras paternas y maternas se equilibren, se compensen y complementen de manera adecuada, posibilitando el mayor contacto de los/as hijos/as con sus progenitores, así como que la custodia compartida permite que la carga económica sea mas equitativa entre los progenitores, permitiendo esta posición jurisprudencial que se elimine la pensión alimenticia y el uso de la vivienda familiar exclusivo para uno de los cónyuges, puesto que con la custodia compartida se abre la posibilidad de que el domicilio familiar sea declarado lugar de permanencia de la descendencia, siendo los progenitores los que deberá rotar o alternarse en el domicilio con sus hijos e hijas lo que, sin entrar en pormenores, a priori y siempre que exista consenso, avanza en el principio de igualdad respecto a la corresponsabilidad parental. (2009:326).

Cuando habla de exclusión se refiere a que quienes la excluyen son los jueces, y es importante acotar que es algo casi imposible de que exista lo relativo a cierta empatía de los ex cónyuges ya que existe un litigio de divorcio, generalmente juicio ordinario. En los procesos de divorcio

generalmente esta empatía no se da. Por el contrario, existe la antipatía entre los cónyuges, ya que generalmente la separación o el divorcio no se dan por voluntad y consentimiento de ambos, sino en un procedimiento ordinario. Además, el juez debe tener especial atención al resolver la custodia, para resolver en atención a los hijos y no en atención a los requerimientos de los padres, tal como lo explica Ruiz:

...el otorgamiento de la custodia compartida por parte de la autoridad judicial, sin que medie el consentimiento de las partes, resulta perjudicial en la mayoría de los casos, dado que las partes en conflicto se suelen encontrar en un clima de tensión y deterioro en sus relaciones, por lo que en muchos casos la “batalla” a ganar es la personal, incorporando en esa “lucha” a la descendencia que se suele convertir en su principal reto, por lo que la adjudicación de la custodia compartida por parte del/a juez/la y pese al auxilio de los equipos técnicos supondrá, en un gran número de asuntos, agudizar el enfrentamiento entre las partes y, lo más gravoso, desestabilizar emocionalmente a los/as menores, ya que la permanente alternancia de vivienda puede tener efectos nocivos para la adaptación y desarrollo integral de los mismo al poderles generar inestabilidad emocional y, por otra, que debe de existir un entendimiento y compromiso mayor entre los ex cónyuges para el establecimiento y cumplimiento de los acuerdos suscritos... (2009: 327).

Es importante aclarar en este punto, que este tipo de custodia o forma de ejercer la patria potestad como se explica aquí, no se aplica en Guatemala. Pero en la legislación no existe nada que lo impida o prohíba.

Criterio e importancia de los informes de los expertos

Es importante y necesario el informe de trabajadoras sociales y psicólogos o psicólogas, y terapeutas, que previas visitas efectuadas al domicilio familiar o al domicilio del padre o de la madre que ostente la patria potestad de los hijos e hijas, pueda rendir a un juez de familia, ya que éste le dará al juez las herramientas necesarias para tomar una decisión acertada, tomando en consideración el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y posteriormente las peticiones de los padres. Esto determinará a quién le asignará el juez o jueza la custodia y patria potestad de los hijos, lo cual podrá ser temporal o permanente.

Los informes de expertos, no deben limitarse únicamente a los arriba mencionados, ya que deben ajustarse a las necesidades de los menores de edad y de la familia, al caso particular, y pueden coincidir con los servicios que se presten en las diversas instituciones estatales y de ayuda humanitaria de que pueda hacer uso el juzgador.

Es importante mencionar que deben los profesionales asignados a hacer la evaluación determinar si existe alienación parental, ya que no es correcto que uno de los padres aproveche la coyuntura del divorcio o la separación y las rencillas entre los cónyuges, para poner a los menores

de edad en contra del otro de los padres, tal y como se comenta a continuación:

...todas éstas son situaciones que van engarzadas con las nuevas estructuras familiares y a las que el derecho debe de dar respuesta en el Interés Superior de la Infancia, hacia la protección de este grupo vulnerable. Al reducir estas situaciones descritas, a todas luces anómalas o con consecuencias dañinas, tenemos un denominador común cuando nos encontramos ante la utilización, por parte de un progenitor, de los hijos/as como herramienta o medio para castigar al otro padre, ya sea porque hay una separación o divorcio de donde se desprenden consecuencias como impago de alimentos, sustracción del hijo/a, etcétera. (González, Rodríguez, Casillas, Ruiz, Soto, Miranda, Suárez, 2011:16).

No debe permitir el juez que como consecuencia de la alienación parental, se deje de proporcionar la pensión alimenticia por parte del obligado u obligada. No importa cual sea la decisión judicial ya sea que beneficie a un padre o a otro, es decir al padre o a la madre, debe tomarse en consideración siempre que la familia es importante y que uno de los objetivos constitucionales es mantener la unión familiar en lo posible, y en caso de imposibilidad pues tratar de garantizar el bienestar de los hijos e hijas menores de edad, y los expertos como trabajadoras sociales, psicólogos o terapeutas, deben enfocar sus informes en ese sentido para darle las herramientas necesarias al juez, para que éste tome una decisión acertada y garantizar a los menores de edad, la seguridad jurídica que necesitan. En ese sentido se expresan varios autores como sigue:

El divorcio representa el fin de la relación pero no debe ser el fin de la familia, ya que se torna hacia una nueva dinámica en la forma de organizarse a partir de una patria potestad conjunta y una guarda y custodia por parte de uno de los progenitores. (González, Rodríguez, Casillas, Ruiz, Soto, Miranda, Suárez, 2011:17)

La familia debe ser el eslabón que une a los menores de edad con sus padres, aunque éstos ya no compartan el mismo techo con ellos, la seguridad de la familia es lo que se debe garantizar a los hijos e hijas, lo cual se puede equiparar a la relación por igual con ambos padres.

Garantía judicial

La resolución del juez o jueza debe constituir una garantía judicial para los niños, niñas y adolescentes, para que pueda respetarse cualquier acción y decisión que afecte la vida de éstos. La decisión judicial debe ser cumplida y respetada. Un juez o jueza debe garantizar la vida y la integridad física de los niños, niñas y adolescentes, y brindarle mediante esa decisión la protección que necesitan.

En consecuencia, el contenido de la decisión o resolución judicial, debe contener lo necesario para garantizar el bienestar de los menores de edad, en atención al interés superior de los mismos, y haciendo uso de la infraestructura y organización relacionada a la niñez y juventud que el Estado tiene a través de las diversas instituciones, no solamente del Organismo Judicial, para hacer ejecutable y efectiva dicha decisión.

Debe tenerse en consideración que no puede discriminarse a los padres basándose en el sexo, porque existiría la inequidad de género, y también es importante que se resuelva evitando la alienación parental de los menores de edad. La calificación que el juez haga de los progenitores debe estar basada en las particularidades del caso, pero también sobre la conducta anterior y presente de ambos padres.

Garantía personal de los padres

Esta constituye el hecho específico que los padres deben garantizar ante el juez o jueza que serán unas personas aptas ante la responsabilidad de custodia y patria potestad ejercida sobre sus hijos, hijas y adolescentes. Garantizar que cumplirán con dicha decisión, mientras los menores de edad continúen en ese estado legal.

Por supuesto que no solamente se refiere al aspecto económico sino principalmente al aspecto educativo y moral que los padres deben tener para con sus hijos e hijas, principalmente con el trato hacia ellos, pero también la relación con su excónyuge.

Debe tomarse muy en cuenta también que parte de la garantía personal de los padres debe constituir la posibilidad económica de garantizar el bienestar general y la vida de los hijos e hijas, procurar por cualquier

medio lícito la ayuda alimentaria y económica necesaria, así como otras necesidades relacionadas a la vivienda y la seguridad, para garantizar la integridad física, la salud y la vida de los niños y niñas. Esto puede deducirse luego de los estudios de las trabajadoras sociales.

La garantía económica de los padres y la de un hogar, puede establecerse mediante obtener por declaratoria judicial un inmueble como patrimonio familiar, para evitar que el mismo sea vendido, donado o heredado, a personas distintas de los hijos e hijas, y también con una garantía fiduciaria, prendaria o hipotecaria, para garantizar las pensiones futuras.

Seguimiento de la decisión judicial

Debe continuarse un monitoreo de visitas de trabajadoras sociales, durante el tiempo que sea necesario, para que los padres cumplan efectivamente con el mandato otorgado, cumplir con dar abrigo y protección, alimentación, educación, cuidados médicos, amor, y recreación entre otros, a los hijos e hijas a su cargo.

Especialmente debe cuidarse el aspecto psicológico de los menores de edad, velar porque se encuentren en un ambiente sano, independientemente de los problemas que hayan motivado a los cónyuges a separarse. Este tipo de monitoreo es importante que se

realice por todo el tiempo que los menores de edad continúen bajo el cuidado de uno de los padres o de ambos, siempre que se encuentren en la condición de menores de edad.

Generalmente este seguimiento no se da por no encontrarse regulado en la ley y, por carecer las instituciones encargadas, de equipo humano e institucional especializado en ello. Tampoco existe en la legislación nada que lo prohíba, siempre que se resuelva tomando en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Una resolución judicial de este tipo podría abrir el camino para una buena práctica judicial en la resolución de estos casos, otorgando a las partes que son los cónyuges o padres, una equidad de género e igualdad jurídica, al igual que la justicia obtenida en beneficio de sus descendientes.

Conclusiones

El origen del concepto de género es excluyente basado en un sistema inequitativo desde su origen, fundamentado en el dominio de un sexo sobre el otro de acuerdo con la historia feminista y el machismo.

No existe la inequidad de género, puesto que la equidad de género está basada y creada en atención a equilibrar el trato igualitario entre hombres y mujeres, tomando en consideración que generalmente ha sido la mujer el sexo vulnerable y desprotegido. Más bien existe una discriminación de género hacia el hombre en los artículos estudiados.

Con el dominio del patriarcado e incluso el machismo, y con su influencia en alguna teoría se ha plasmado en la diversa legislación emitida, los roles socialmente asignados a las mujeres y los hombres.

El Código Civil se promulgó y se basó en el concepto machista pero con las posteriores leyes surgidas a raíz de los cambios provocados por las luchas feministas, los hombres cayeron en la cuenta del carácter discriminatorio de éste. Además, ha habido también un cambio de actitud de parte de los hombres hacia el cuidado de los hijos al disolverse el matrimonio.

Es necesario que se tome en consideración la no discriminación de los sexos y de género, para que exista la equidad aplicada en las resoluciones judiciales sobre la patria potestad y custodia de los hijos, analizando las particularidades del caso y la responsabilidad de los padres ante la familia; porque si se determina que uno de ellos no asume las responsabilidades de criar, educar, proteger y alimentar a sus hijos, y ser un buen ejemplo para ellos, de acuerdo a los informes de expertos psicólogos y trabajadores sociales, no procederá entregarle la custodia de los hijos e hijas menores de edad.

Los jueces deben tomar en cuenta, en cada caso, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es decir lo que más convenga a los mismos y no a los progenitores, para poder decidir entre la custodia compartida o monoparental y evitar la alienación parental y el consecuente daño psicológico y emocional de los hijos, causado por los problemas conyugales que enfrentan y viven dentro del seno familiar.

Referencias

Libros

Arango, L.; Castellanos, G.; Fuller, N.; Kaufman, M.; Lamas, M.; León, M., y Viveros, M. (1,995). *Género e identidad. Ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. (1ra. ed.) Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Uniandes.

Vargas, V.; Girón, A.; Valdivieso, M.; Berger, S.; Farah, I.; Salazar, C. y Correa, E. (2,009). *Género y globalización*. (1ra. ed.) Buenos Aires, CLACSO.

Arriagada, I. (2,007). *Familias y políticas públicas en América latina: una historia de desencuentros*. Santiago de Chile: Naciones Unidas y CEPAL.

ACSUR, Las Segovias. (2,006). *Cuestiones esenciales sobre género*. Barcelona: ACSUR, Las Segovias.

Alfaro, M. (1,999). *Develando el género: elementos conceptuales básicos para entender la equidad*. San José, Costa Rica: Master LITHO, S.A.

López M. (2,007). *El enfoque de género en la intervención social*. España: Seg. Color.

Mora, L. (2,006). *Igualdad y equidad de género: aproximación teórico-conceptual*. Equipo de Apoyo Técnico para América Latina y Caribe. Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA).

Izquierdo, M. (2,001). *Bloque temático 2: Marco teórico de la igualdad. Sistema sexo-género*. España: Universidad Autónoma de Barcelona.

Tesis

Ruiz C., R (2,009). *Tesis doctoral para doctor en derecho. El principio de igualdad entre hombres y mujeres. Del ámbito público al ámbito jurídico-familiar*. España.

Revistas

De Torres P., J.M. (2,011). *Revista Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social*. España, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga.

Legislación Nacional

Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley número 107, (1963). Enrique Peralta Azurdia.

Código Civil. Decreto número 106 (1963). Enrique Peralta Azurdia.

Ley de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Decreto número 23-2003. Congreso de la República de Guatemala.

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José). (1969). Organización de Estados Americanos (OEA).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). (1979). Organización de las Naciones Unidas (ONU).