



## AVISO LEGAL

Capítulo del libro:	Estereotipos de género hacia la madre adoptiva trabajadora
Autor del capítulo:	Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo
Forma parte del libro:	<i>Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe. Tomo I</i>
Autores del libro:	Guerrero Chacón, Viviana; Arguedas Ramírez, Gabriela; Mejía Rivera, Joaquín A.; Sáez Nieto, Belquis Cecilia; Samayoa Sosa, Héctor Oswaldo; Vásquez Girón, Angélica Yolanda; Andrade-Abularach, Larry; García, Juan José; Brioso, Larissa; Zetino, Mario; Gaborit, Mauricio; Nieto Villar, Deika; Sandoval García, Carlos; Thomas-Hope, Elizabeth; Jorge Méndez, Lisy Alina; Orellana Sibrán, Rafael; Orellana, Carlos Iván; Henry-Lee, Aldrie; Molina Castro, Fernando
Colaboradores del libro:	Díaz-Tendero Bollain, Aída (editor); Brutus H., Marie-Nicole (diseño de cubierta)
ISBN del libro:	978-607-30-3976-5
	Trabajo realizado con el apoyo del Programa UNAM-PAPIIT-IA300117
Forma sugerida de citar:	Samayoa, H. O. (2020). Estereotipos de género hacia la madre adoptiva trabajadora. En A. Díaz-Tendero (ed.), <i>Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe. Tomo I</i> (pp. 111-136). Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe. <a href="https://rilzea.cialc.unam.mx/jspui/">https://rilzea.cialc.unam.mx/jspui/</a>

D.R. © 2020 Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510  
Ciudad de México, México.

Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe  
Piso 8 Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, Coyoacán, C.P. 04510  
Ciudad de México, México.  
<https://cialc.unam.mx>  
Correo electrónico: [cialc-sibiumam@dgb.unam.mx](mailto:cialc-sibiumam@dgb.unam.mx)

Los derechos patrimoniales pertenecen a la Universidad Nacional Autónoma de México. Excepto donde se indique lo contrario, este contenido en su versión digital está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Compartir igual 4.0 Internacional (CC-BY-NC-SA 4.0 Internacional).  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>



Usted es libre de:

- › Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- › Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

Bajo los siguientes términos:

- › Atribución: usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Pueden hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.
- › No comercial: usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- › Compartir igual: si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal de la licencia completa disponible en:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

En los casos que sea usada la presente obra,  
deben respetarse los términos especificados en esta licencia.

## 4. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO HACIA LA MADRE ADOPTIVA TRABAJADORA

Héctor Oswaldo Samayoa Sosa

### I. INTRODUCCIÓN

He tenido cercanía con el Consejo Nacional de Adopciones de Guatemala, por una parte como padre adoptivo que soy, por otra porque mi trabajo diario en defensa de derechos humanos me ha llevado a tener relación profesional con funcionarios de éste. He descubierto una gran vocación en muchos de ellos, pero a su vez, una carga de frustraciones al tener que enfrentar un deficiente sistema político y económico que no les permite cumplir con su papel de forma efectiva.

El optimismo aflora en cada caso que siguen y cada adopción que ven concretarse, pero a la vuelta aparecen cientos de problemas que ha llevado a familias a retornar a los niños, niñas y adolescentes adoptados. El menú de problemas y situaciones que desmoltivan es grande, resolver conlleva una amplia gama de esfuerzos multisectoriales y una voluntad política que no se vislumbra como algo a corto plazo. La niñez padece esta falta de esfuerzos y ausencia de voluntad política, lo pagan con su integridad personal, su vida y con la pérdida absoluta de poder acceder a mínimos sociales de desarrollo.

Seleccionado de ese menú amplio de problemas, me he topado con el hecho de que las mujeres que deciden ejercer su derecho de maternidad por la vía de la adopción tienen que enfrentar, además de los estereotipos ya establecidos por su condición de género, otros más que tienen relación con la condición de ser madres adoptivas. Desde legislaciones vigentes provenientes de los golpes de Estado en Guatemala en las décadas de 1970 y 1980, de comportamientos de profesionales del área social, hasta las prácticas de los propios funcionarios estatales que se suponen garantes de los derechos fundamentales.

Siguiendo mis pocos conocimientos de género, he planteado incesantemente a mis alumnas y alumnos que la mujer debe ser despenalizada por el hecho de ser mujer, y cuando me topo con otras áreas del derecho, como el civil y de familia, siempre he dicho que debe cambiar esa visión de que su papel social está condicionado por la ley, cuando lo que la condiciona es el derecho mismo ha ser libre y ha cambiar todo aquello que atente contra esa libertad.

Es por eso que me atrevo a escribir este documento, en una búsqueda de aplicar una visión de género al derecho, entendiendo que el derecho no es lo mismo que la ley, que el género desestructura al derecho y lo pone en evidencia; pero además, que ayuda a descubrir cómo las prácticas de funcionarios estatales reproducen los estereotipos por una cuestión estructural y cultural. El primer apartado se dedica a presentar brevemente estas orientaciones para proponer un abordaje desde el género y, además, que dota de un hilo conductor a los demás apartados.

El conocer la situación de la madre adoptiva trabajadora, bajo la orientación antes dicha, necesita un estudio sobre el derecho de familia, que en mi criterio debe ser relegado a ser el contenido de un derecho mucho más amplio como lo es el derecho a la familia. Con este último se pueden orientar acciones político-estatales para la garantía de su protección, además de definirlo como parte de los

derechos inherentes a la calidad de seres humanos. Esta propuesta la presento en el segundo apartado, en espera de haber logrado una innovación en torno a elementos que puedan ser profundizados posteriormente.

En el tercer apartado doy a conocer obligaciones estatales conforme el derecho de familia en vigor en Guatemala, para lo que tengo en cuenta tres aspectos: *a)* las niñas, niños o adolescentes adoptados son considerados hijas/os sin discriminación alguna; *b)* el estatus civil de una persona no condiciona su posibilidad de ser madre o padre; y *c)* el concepto de familia tradicional no se reduce a la visión clásica de matrimonio ni a la preferencia sexual de las personas.

Definido el derecho a la familia y descubiertas las obligaciones estatales, en el apartado cuatro se presentan los derechos de las madres adoptivas trabajadoras, se observa que son dependientes de un proceso que impulsa la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia introducida en Guatemala en la década de 1990, y de la adhesión del Estado a instrumentos internacionales de derechos humanos. En un quinto apartado, de forma rápida, se presenta un contexto poco conocido en la región sobre Guatemala: el tema de las adopciones internacionales acompañadas de graves violaciones al derecho. Para el efecto se cita el reciente caso *Escobar Ramírez vs Guatemala* en donde se constató que se trata de una práctica de organizaciones criminales.

Finalmente, en un ejercicio por observar que las mujeres siguen en el largo camino por la consolidación de sus derechos, en el apartado sexto refiero al caso *Herrera Gutiérrez*, el cual aparece como el único caso en donde una madre adoptiva trabajadora recurre al sistema judicial mediante proceso constitucional de amparo a pedir el cumplimiento de sus derechos laborales. Un proceso judicial de dos años de duración, en donde el Instituto Guatemalteco de Seguridad, con estereotipos de género desde lo estructural y lo cultural, niega estos derechos.

## II. GÉNERO Y DERECHO

El género, como categoría de análisis, permite observar y desestructurar en sus partes diversos hechos sociales, culturales, políticos, económicos, jurídicos, incluso personales, en donde se puede tanto determinar la existencia de relaciones de poder como generar procesos de incidencia para la transformación de éstas. Al estudiar el derecho desde el género se debe hacer una fina disección, generalmente orientada a poner en crisis el discurso normalizado de que al hablar de derecho se habla únicamente de leyes.

El método de estudio del derecho que plantea Alda Facio<sup>1</sup> desde el género identifica al fenómeno jurídico en tres componentes: el formal normativo (ley formalmente promulgada); el componente estructural (contenido que el operador le da a la ley escrita); y el componente político-cultural (validez que la sociedad le da a una norma, que quizá ya está derogada, pero pervive en las costumbres y prácticas sociales).

El componente estructural es adecuado para analizar las funciones del ejercicio del poder estatal. Esencialmente, partir desde una concepción de prestación de servicios y atención de necesidades que es integrada por varios ejes, entre ellos, las políticas sociales y económicas. Ambas son conjuntos de principios, métodos, estrategias y *decisiones* que se emiten a lo interno de las entidades estatales para, por un lado, dar pleno ejercicio al derecho fundamental de las personas y, por otro, encontrar una prestación efectiva de servicio de acuerdo con sus funciones.

Entendiendo que la política estatal se enmarca también en *decisiones* de quienes la dirigen, las políticas sociales y económicas se verán sometidas de igual forma a ese evento subjetivo de la decisión del funcionario público que, ante un caso concreto, dispone la conducción de cada una de éstas.

<sup>1</sup> Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Ilanud, 1992, p. 65.

Este marco subjetivo permite interrelacionar el componente estructural con el componente político-cultural, especialmente en los casos del derecho dirigidos con exclusividad a las mujeres. Lucía Núñez,<sup>2</sup> citando a Carol Smart, identifica que el derecho crea género. De tal cuenta, sugiere que el derecho es sexista, en cuanto hay un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres.

Desde mi interpretación, lo sexista debe ser llevado a un rompimiento del dualismo hombre-mujer, esto para colocarlo en un planteamiento sexista que diferencia también al género por incumplimiento de su papel social, en el caso de la maternidad, por ejemplo, cuando se hace un tratamiento diferenciado entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, que será un postulado reduccionista de quienes creen que las mujeres que deciden ejercer el derecho a la adopción es por cuestiones únicamente de infertilidad, y con ello desconocen cualquier otro ámbito de la decisión. Así, será sexista en cuanto la relegación de la mujer a roles sociales de reproducción, en una interpretación patriarcal, lo que genera certeza en el postulado de que el derecho ampliamente creado por hombres es derecho masculino y contiene ese tratamiento diferenciado en reglamentos y decisiones administrativas.

### III. DEL DERECHO *DE* FAMILIA AL DERECHO *A LA* FAMILIA

En el clásico estudio del derecho civil suele tomarse como punto de partida el concepto de familia para luego introducirse al derecho *de* familia. En el primero de los casos se estudia quiénes la conforman, mientras que en el segundo, el estudio abarca las regulaciones en cuanto al matrimonio, la filiación, la adopción, los derechos y obligaciones que se derivan de la consanguinidad y de

<sup>2</sup> Lucía Núñez, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigación y Estudios de Género, 2018, pp. 18-20.

la afinidad, con alcances, incluso hasta figuras como la tutela, la herencia, entre otras.

En un contexto jurídico como el guatemalteco, he propuesto a la doctrina jurídica que el estudio moderno inicie con el *derecho a la familia* como condición básica que reconoce a la misma como un derecho fundamental de la persona. Así, cualquier otro evento que deba desarrollarse en el ámbito social, político, económico y jurídico, siempre debe tomar como fundamento la protección de ésta en el entendido de derecho humano. En consecuencia, se permitiría poner en crisis permanente a las diversas figuras del derecho, lo cual será consecuencia de ser el derecho *a la familia* de un nivel mayor, y por tanto obligará a la adecuación de máxima protección y atención de ésta.

El elemento fundamental para el reconocimiento del derecho *a la familia* de toda persona, descansa en la dignidad humana, fuente básica que permite establecer que la persona es el fin del Estado, y por tanto, todas las actividades políticas, económicas, sociales, jurídicas y culturales estarán dirigidas al desarrollo integral y pleno de sus capacidades. Al respecto, el artículo 1o. de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) regula la protección a la persona y a la familia como fin de la organización del Estado guatemalteco, orientado el mismo al bien común. La interpretación, en complemento con el artículo 2 de la misma CPRG, regula el deber de garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Así, el Estado y su organización deben ser orientadas a que las personas puedan convivir en pleno disfrute de sus derechos en el marco de una convivencia armónica y equilibrada (bien común), requiriendo la posibilidad de ser parte de una familia “como génesis de la cual parte y se mantiene vigente una sociedad”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 803-2008*, Sentencia del 1o. de febrero de 2009.

En ese marco de regulación, la familia como actor fundante de la sociedad actúa en un plano de relaciones de poder que debe ser visto desde dos ámbitos: el primero es el endógeno que va desde padre y/o madre hacia los hijos e hijas, por lo cual ambos, en un plano de relación horizontal de poder, tienen igual conjunto de responsabilidades sobre sus hijos e hijas. Entre estas responsabilidades se encuentra el garantizar igualdad de oportunidades de acceso a derechos fundamentales que viabilicen su pleno desarrollo integral y el respeto a su dignidad. El segundo, exógeno, que tiene relación con la autoridad del Estado sobre la familia; y que aparece con un Estado que otorga y brinda las bases sociales para que lo planteado en el ámbito endógeno pueda hacerse efectivo.

Para ello, el artículo 4 constitucional regula

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquier que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraterna entre sí.<sup>4</sup>

Así, el *derecho a la familia* puede ser definido desde un punto de vista estatal, entendido como el derecho fundamental de las personas que debe ser viabilizado mediante políticas sociales, económicas y culturales, así como por normas jurídicas, que garanticen el pleno desarrollo de la sociedad y del Estado.

Mientras que, desde un punto de vista jurídico, diré que es el derecho humano de toda persona para acceder, en condiciones de

<sup>4</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Constitución Política de la República de Guatemala con Notas Jurisprudenciales*, Guatemala, Instituto de Justicia Constitucional, 2018, p. 38.

igualdad, al desarrollo afectivo y material intrínseco al interés de desarrollarse plenamente como ser humano.

Puede observarse cómo las relaciones de poder, establecidas en planos endógenos y exógenos, se hacen presentes en ambas definiciones. Pero resalto, por un interés fundante, que la definición desde un punto de vista estatal parte desde un componente político, y es que, en plena segunda década del siglo XXI, en la mayoría de las constituciones y legislaciones de este continente y el europeo, por ejemplo, encontraremos el derecho de la niña a la educación, pero al observar materialmente ese derecho, seguro veremos ausencia de políticas suficientes, o bien, de marcos jurídicos no adecuados para garantizarlos.

#### IV. LAS OBLIGACIONES ESTATALES CONFORME EL DERECHO A LA FAMILIA

##### *1. Los principios sobre los que el Estado actúa en la protección y atención de la familia*

Como se ha visto, el artículo 1o. de la CPRG establece el principio general de organización del Estado para proteger a la familia. A éste debe sumarse el texto del artículo 47 de la misma CPRG que regula que el “Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia”; en el mismo sentido el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) regula que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

##### *a. El principio de protección social abordado desde los sujetos que integran la familia*

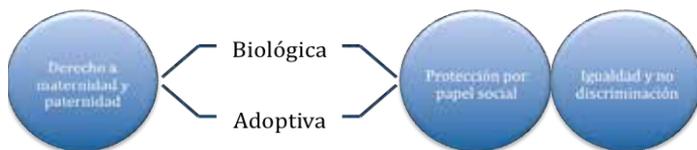
*Desde las hijas o hijos.* Los artículos 50 y 51 de la CPRG desarrolla la protección social de las niñas, niños o adolescentes en condición de hijo, y establece que todos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos, a su vez, que serán protegidos

en su salud física, mental y moral. Finalmente, que el Estado les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social. El artículo 54 reconoce y protege la adopción, y establece la regla general que dice: “El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante”.



*Desde la madre.* El artículo 52 reconoce la protección del Estado sobre la maternidad y regula que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven; como ejemplo se pone al derecho social mínimo de la madre trabajadora, artículo 102, inciso *k* de la CPRG.

*Desde el padre.* Aunque la CPRG no regula en específico aspectos sobre el padre, sí se refiere a la paternidad responsable dentro del artículo 47 de la CPRG como evento fundante de la familia. En ese sentido, teniendo en cuenta el derecho a la familia, el concepto paternidad responsable descansa sobre la protección estatal y la promoción al estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ello se deriven. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha dicho que la “paternidad tiene una relación específica con la filiación, en el sentido de que se refiere a la calidad de padre, como lo es la maternidad a la calidad de madre, y la filiación implica la procedencia de los hijos con respecto de los padres en una relación de origen”.<sup>5</sup>



<sup>5</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 84-92*, Sentencia del 6 de junio de 1993.

*Desde condiciones especiales de los sujetos.* La CPRG reconoce que tanto las hijas o hijos, así como papá y mamá, pueden encontrarse en condiciones especiales de vulnerabilidad que deben ser atendidas, éstas pueden ser la condición de persona minusválida y la condición de ancianidad. Tanto el artículo 51 como el 53 generan obligaciones estatales de protección, atención y asistencia a la familia cuando sus miembros se encuentran en alguna de estas circunstancias.

## *2. El principio de protección jurídica abordado desde los roles sociales de los sujetos que integran la familia*

El principio general de protección jurídica de la familia tiene origen convencional en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual declara que la familia tiene derecho a un nivel de vida adecuado, mientras que en el ámbito regional interamericano se reconoce la protección de la familia en el artículo 17 de la CADH. Como ya se ha manifestado anteriormente, el artículo 47 de la CPRG regula la garantía del Estado a la protección jurídica de la familia.

En consecuencia, el Estado debe implementar este principio en su legislación ordinaria y reglamentaria, teniendo como orientación, además del principio de protección jurídica, la orientación del derecho de familia desde el ámbito del derecho *a la familia*, es decir, desde la orientación de los derechos fundamentales de las personas.

*Desde la condición de hija o hijo.* El artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Ley PINA) regula que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y, excepcionalmente, en familia sustituta, lo que ha de asegurarle la convivencia familiar y comunitaria.

Con ello el principio general de protección jurídica se desarrolla en el derecho del niño, niña o adolescente a una familia, lo que

guarda toda coherencia con el entendido del derecho a la familia ya desarrollado. De tal cuenta, se admite que las normas ordinarias y reglamentarias deben tener dos orientaciones generales: *a)* que es prioridad la familia de origen; *b)* que debe existir un mecanismo estatal por el cual, ante la imposibilidad de mantener la familia de origen, se pueda garantizar vida familiar al niño, niña o adolescente. Para esto último la misma Ley PINA regula el principio de estabilidad familiar y los derechos de asistencia estatal por carencia material y la adopción en los artículos 19, 21 y 22 respectivamente.

Como complemento para la protección jurídica de cualquier legislación ordinaria, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de interés superior, el cual se ha incluido en el artículo 5 de la Ley PINA de la siguiente forma:

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 [...] Se entiende por interés de la familia, a toda aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.<sup>6</sup>

El papel social de hija o hijo, a partir de lo establecido, guarda relación estricta con el hecho de crecer y desarrollarse en el seno de una familia. Esto deriva en la posibilidad de que pueda desarrollarse en la comunidad de forma plena, lo que implica la posibilidad de educación, salud, recreación, esparcimiento, vivienda, entre otros.

<sup>6</sup> Congreso de la República de Guatemala, *Decreto 27-2003*, Guatemala.

*Desde la condición de madre y padre.* El artículo 47 de la CPRG garantiza la protección jurídica de la familia, promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio y, también, conforme el artículo 48 de la unión de hecho, lo cual ha sido interpretado así por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca

se evidencia que tanto el matrimonio como la unión de hecho son uniones por las cuales un hombre y una mujer libremente deciden crear un vínculo que nace a la vida jurídica con su reconocimiento de conformidad con la ley, que se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos con un carácter de permanencia.<sup>7</sup>

Sin embargo, aun si no existiere ese vínculo matrimonial o de unión de hecho, las obligaciones y derechos de la filiación paterna y materna subsisten en cuanto a las hijas o hijos, esto conforme el artículo 17.5 de la CADH, que dispone que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es importante hacer evidente que la familia no está condicionada a una relación matrimonial o de unión de hecho, caso en el que puede encontrarse madres o padres cuyo estatus civil sea de soltería, divorcio, separación o viudez; o bien, cuando su preferencia sexual sea diversa. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Karen Atala Riffo<sup>8</sup> expresó que

142. [...] constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido única-

<sup>7</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, *Expediente 3846-2008*, Sentencia del 12 de marzo de 2009.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso: Atala Riffo vs Chile”, Sentencia del 24 de febrero de 2012, San José, Costa Rica.

mente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

Asimismo, la Corte IDH al citar la jurisprudencia europea, en el mismo caso citado, observó:

143. [...] En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

Con ello las diversas normas ordinarias y reglamentarias deben desarrollar de forma plena los derechos y obligaciones de padre y madre, no obstante, deben tomar en consideración la facilitación de condiciones para que estos derechos y obligaciones puedan ser cumplidos. El artículo 21 de la Ley PINA regula que el Estado debe prestar asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y cuidado. Asimismo, establece la obligación de crear instituciones, instalaciones y servicios de apoyo que promuevan la unidad familiar. En este punto, las regulaciones civiles y laborales deben desarrollar las figuras adecuadas para que la persona que ha decidido ejercer el derecho a la paternidad o maternidad acceda de forma efectiva al cumplimiento de sus obligaciones y derechos que derivan de la conformación de una familia. En una exposición ordenada:

- a) Principios de atención y protección de la familia.
- b) Las directrices generales para el desarrollo de las normas ordinarias respecto de la familia.

- c) El conjunto de enunciados de obligaciones estatales en el marco de la diligencia debida para la protección de las personas que conforman la familia.
- d) El marco general de atención institucional.

#### V. LOS DERECHOS DE LA MADRE ADOPTIVA TRABAJADORA

La CPRG ha dispuesto, en su artículo 102, inciso *k*, condiciones mínimas de protección a la mujer trabajadora y la regulación de condiciones en que deben prestar sus servicios. La Constitución con vigencia desde 1985 integra estas disposiciones específicas desde una visión del derecho económico social de la revolución de 1944 en Guatemala y conquistada por la lucha incesante de las mujeres durante todo el siglo XX.

Sin embargo, la existencia misma de disposiciones constitucionales no garantiza la materialidad o cumplimiento de éstas en el plano práctico. Utilizo lo propuesto inicialmente en este documento: el derecho es sexista también cuando da condiciones de desigualdad entre personas del mismo sexo por factores de supuestos papeles sociales determinados entre ser hombre y ser mujer. Así, las disposiciones constitucionales sobre la mujer trabajadora aún siguen teniendo falta de desarrollo pleno en el ámbito normativo, político y práctico desde el plano del género y los derechos humanos.

No obstante lo señalado, Guatemala ha tenido ciertos avances que derivan de decisiones estatales en contextos específicos que son plenamente impulsados por sectores sociales democráticos. Con esto aclaro que no necesariamente el derecho y la legislación guatemalteca tienen avances importantes por plena voluntad política.

En el marco del contexto, los derechos de las madres adoptivas trabajadoras se desarrollan en Guatemala a partir de 1990, cuando el Estado ratifica la Convención sobre Derechos del Niño, se

inicia así un tránsito de cambio filosófico, doctrinario y jurídico orientado al abandono de la doctrina de situación irregular y la instalación de la doctrina de protección integral. El proceso de ratificación de dicha Convención tuvo como preludeo que la CPRG desarrolle una normativa innovadora en materia de admisión del derecho internacional público y, en especial, del derecho internacional de los derechos humanos.

La doctrina de protección integral tiene su momento jurídico cúspide con la entrada en vigor de la Ley PINA en 2003, con lo que se reestructura la institucionalidad estatal y se redefinen los institutos jurídicos relacionados, entre ellos el de adopción. Previo a aquella legislación, que podría denominarse *ley marco* por sus alcances y disposiciones insuperables hasta ahora en materia de niñez y adolescencia, la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño tuvo un efecto en otros derechos, como el de la maternidad y por consiguiente el de la madre trabajadora.

En 1992 el Código de Trabajo (CT) guatemalteco fue reformado mediante el Decreto 64-92 del Congreso de la República y con ello se modificó el artículo 152 del mismo, incluyendo el inciso *f* en cuyo texto se lee:

La trabajadora que adopte a un menor de edad tendrá derecho a la licencia postparto para que ambos gocen de un periodo de adaptación. En tal caso la licencia se iniciará a partir del día inmediato siguiente a aquel en que se le haga entrega del o la menor. Para gozar de este derecho la trabajadora deberá presentar los documentos correspondientes en que se haga constar el trámite de adopción.

Esta reforma, además de ser coherente con la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, encuentra sustento en que Guatemala se adhiere al Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo y en la necesidad de desarrollar el artículo 54 de la CPRG en relación con la protección de la niñez huérfana y

abandonada, así como el artículo 102, inciso *k*, de la misma CPRG ya señalado.

Puede identificarse que la doctrina de protección integral, propia de la década de 1990 para Guatemala, tiene alcances no sólo en materia filosófica, doctrinaria y jurídica para la niñez y adolescencia, sino que tiene alcances amplios que trastocan para bien otras áreas de los derechos humanos. Sin embargo, la reforma de 199 no profundizó en la norma la protección de la madre trabajadora adoptiva a la inamovilidad laboral cuando ésta ha iniciado un proceso de adopción, o bien, el reconocimiento de que el derecho de lactancia que se traduce en un permiso laboral de entrada o salida una hora antes del horario normal de trabajo sea extendido a la posibilidad de que la madre pueda aplicarlo para efectos de mayor tiempo de adaptabilidad entre madres adoptivas e hijos/hijas adoptivas. Hoy estos dos derechos se constituyen aún en desafíos normativos, aunque en una interpretación de protección deberían ser plenamente garantizados por cualquier tribunal de trabajo y previsión social.

La plenitud de reconocimientos entre derechos de madres adoptivas o biológicas trabajadoras responde a una condición de igualdad del concepto maternidad, que como se expondrá en el siguiente apartado es un derecho independientemente de la forma de como se acceda a él.

En una suerte de enumeración, puede decirse con precisión que los derechos de las madres adoptivas trabajadoras plenamente reconocidos en el derecho guatemalteco son los siguientes:

- a)* Ser diferencias con respecto a sus responsabilidades familiares (artículo 151, inciso *b*, CT).
- b)* Al pago de su salario por el patrono, salvo que cuente con beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (artículo 152, inciso *b*, CT).

- c) A licencia postparto igual a 54 días siguientes a la entrega de la niña, niño o adolescente (artículo 152, primer párrafo, e inciso *f*, CT).
- d) Al pago del cien por ciento de su salario (artículo 152, primer párrafo, CT).

Al respecto de la jurisprudencia guatemalteca, se encontrará con mayor frecuencia aquella relacionada a la inamovilidad de la madre trabajadora en periodo de embarazo y de su reinstalación. No así en casos de madres adoptivas trabajadoras.<sup>9</sup>

#### VI. REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE ADOPCIONES EN GUATEMALA

En la década de 1970 se introdujo en la legislación guatemalteca el procedimiento de adopción por vía de la *jurisdicción voluntaria* que, según Niceto Alcalá citado por el profesor Ricardo Alvarado Sandoval y José Gracias González,<sup>10</sup> es un “procedimiento judicial seguido sin oposición de partes y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida”.

Es así que desde 1977 hasta 2007 la adopción de niñez y adolescencia se realizó en Guatemala por vía de la jurisdicción voluntaria, la cual quedaba en trámite ante notaría y finalizaba con una resolución judicial que homologaba todas las diligencias que él o la notaría previamente habían desarrollado. Al respecto, la Corte IDH constató que “finales de 1996 sobre Guatemala, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado introducir las medidas

<sup>9</sup> Gustavo Orellana, “Derechos de la madre trabajadora durante el embarazo”, *Revista Jurídica XVIII*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2013, p. 30.

<sup>10</sup> Ricardo Alvarado y José Gracias, *Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010, p. 4.

necesarias para supervisar y controlar efectivamente el régimen de adopción de niños, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud de que por información del mismo Estado

se ha[bía] descubierto una red de adopciones ilegales y los mecanismos para evitar y combatir esas violaciones de los derechos de los niños son insuficientes e ineficaces. Posteriormente, en 2001 el Comité de los Derechos del Niño [...] expres[ó] preocupación por el porcentaje su-  
mamente elevado de adopciones internacionales, por los procedimientos de adopción que no requieren la intervención de las autoridades competentes, por la falta de todo tipo de seguimiento y en particular por la información recibida acerca de la venta y la trata de niños con fines de adopción internacional. En virtud de lo anterior, adoptó la medida excepcional de recom[endar] [...] suspenda las adopciones mientras toma medidas legislativas e institucionales adecuadas que impidan la venta y la trata de niños y establece un procedimiento de adopción que se ajuste plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención [sobre los Derechos del Niño].<sup>11</sup>

La misma Corte IDH constató que para 1999 Guatemala era el cuarto país con más adopciones en el mundo, mientras que para 2006 el 95% de las adopciones que se realizaban en Guatemala eran adopciones internacionales. En el informe temático sobre adopciones que realizará la Comisión Internacional Contra la Impunidad (CICIG) se destaca

la formación de redes de delincuencia organizada transnacional, que tuvo como consecuencia la preocupación [...] por parte de organismos internacionales, principalmente de Naciones Unidas y la suspen-

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Escobar Ramírez y otros vs Guatemala”, Sentencia del 9 de marzo de 2018, San José, Costa Rica.

sión de trámites de adopción internacional de niños guatemaltecos por parte de algunos países europeos, mediante resolución del Parlamento Europeo.<sup>12</sup>

El impacto de las adopciones y la suspensión en el ámbito internacional tuvieron como medidas políticas que Guatemala se adhiriera al Convenio relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, lo cual fue impugnado por algunos notarios y logró suspender dicha adhesión hasta 2007, año en el cual la adhesión fue reconocida y se dio paso al Decreto 77-2007 del Congreso de la República, Ley de Adopciones, mediante el cual se creó el Consejo Nacional de Adopciones (CNA) y se eliminó el trámite de jurisdicción voluntaria.

Es así como el número de adopciones en el ámbito internacional disminuyó y se inició un proceso de promoción de adopciones nacionales, orientadas ciertamente a garantizar el derecho a la familia, a la maternidad y paternidad, esencialmente, al ejercicio pleno de derechos de las niñas, niños y adolescentes declarados en adoptabilidad por juez competente y bajo procedimiento administrativo a cargo del CNA.

#### VII. PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA MADRE ADOPTIVA TRABAJADORA (CASO HERRERA GUTIÉRREZ)

En 2015 se dio inicio al proceso de adopción en el que la señora Herrera Gutiérrez solicitó al CNA ser ella y su esposo admitidos como familia idónea para la adopción de una niña mayor de cuatro años. Dicho proceso administrativo concluyó en 2016, cuando

<sup>12</sup> Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*, Guatemala, 2010, p. 18.

el CNA le notificó que fueron seleccionados como familia adoptiva y cuyo proceso de socialización y convivencia se desarrollaría a partir del 10 de octubre de dicho año. Con tal resolución, se dirigió al Departamento de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) para hacer ver su situación y solicitar se emitiera resolución en donde se dispusiera la licencia efectiva de 54 días y el pago del cien por ciento de su salario de conformidad con el artículo 152, incisos *b* y *f*, del Código de Trabajo guatemalteco.

Sin embargo, el mismo CNA indicó que desde la existencia de esta entidad (2007) a la fecha, el IGSS no había otorgado tal licencia y prestación de salario, lo que se comprobó cuando aquel departamento del IGSS notificó de la siguiente manera:

Que se reconocen los derechos que el Código de Trabajo confiere a la madre trabajadora y que están contenidos en el artículo 152 incisos a), b), c), d) y f) del Código de Trabajo, y por ello ha emitido los reglamentos que norman el proceder. *Que la propia ley citada impone que en el presente caso, se deberán observar los reglamentos institucionales, pero aquí en el Instituto, no existe reglamento aplicable al caso que nos ocupa*, por lo que se interpreta que la concesión que otorgan los incisos b) y f) del Código de Trabajo en su artículo 152, corresponden otorgarla obligatoriamente al patrono, a quien compete autorizar la suspensión de labores y pago de prestaciones, no así al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. *Derivado de lo anterior, este Departamento no puede legalizar la suspensión de labores solicitada por el riesgo de maternidad...*<sup>13</sup> [las cursivas son nuestras].

Bajo estos componentes el IGSS, conociendo que la ley promulgada es protectora y prepondera el derecho de la maternidad

<sup>13</sup> Departamento Administrativo de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, *Nota cero dos mil ciento cincuenta y cuatro*, Guatemala, 2016.

adoptiva, no logra abandonar los componentes estructurales y político culturales, puesto que reproduce el posicionamiento de desigualdad de la mujer en el constructo social, en los siguientes términos:

- a) Cuando la autoridad interpreta que es el patrono y que es con quien la mujer debe de tramitar aquel permiso y beneficio salarial, coloca en desventaja a la trabajadora, sometién-dola a una suerte de negociación de sus derechos laborales, en donde puede terminar cediendo en ciertos ámbitos para lograr mantener su empleo y sus ingresos económicos.
- b) La expresión de que no existe reglamento aplicable para el caso crea el plano de desigualdad entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, puesto que el Acuerdo 410 de la Junta Directiva del IGSS establece en sus artículos 22 y 25 los derechos y su cumplimiento por parte de dicho Instituto ante la maternidad. “Seguramente por ello, el Acuerdo 410 [...] cuando regula sobre maternidad, no hace distinción entre maternidad biológica y maternidad adoptiva, pues es un concepto único, de superioridad y protegido constitucionalmente”.<sup>14</sup>
- c) El ente administrativo vulnera el derecho de toda mujer a ser libre de cualquier forma de discriminación.

El caso Herrera Gutiérrez es el primer caso después de diez años de vigor del actual sistema de adopciones en que se accede a la solicitud de protección del derecho por la vía del proceso judicial de amparo de los derechos de la madre adoptiva trabajadora. En la alegación de derecho expone como base de sus argumentos

<sup>14</sup> Memorial de interposición de Amparo Nuevo en Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia, *Grisel Susana Herrera Gutiérrez solicita amparo en contra de Jefe de Departamento de Auditoría de Servicios de Salud del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social*, Guatemala, 2016, p. 4.

jurídicos y doctrinarios que ella, como mujer, tiene derecho a la igualdad y a la protección de la ley y ante la ley, esencialmente expone

toda mujer tiene derecho de reclamar ante la autoridad el cambio de prácticas, costumbres o roles sociales que se identifican como normales, pero que atentan contra la dignidad, son discriminatorios o atentan contra la igualdad [...] históricamente en el país se dan prácticas que han vulnerado a las mujeres por condicionarlas a roles sociales.<sup>15</sup>

A su vez, en la exposición jurídica de sus argumentos en la interposición del amparo permite darle sustento a mi exposición inicial de este documento, sobre derecho *a la* familia, así como a la vinculación estrecha entre el contexto de internalización entre la doctrina de protección integral y las reformas que de esta derivaron, todo ello descubierto en el siguiente argumento:

cabe preguntar si cuando el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala funda el reconocimiento de la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, hacía referencia únicamente a las familias que se conforman por reproducción biológica. La respuesta emitida por la misma regulación suprema de la carta magna evidencia que la familia, como concepto, no puede ser definida únicamente por aspectos de consanguinidad, pues el artículo 54 de la Constitución reconoce que “El Estado de Guatemala reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados”. En tanto la Constitución Política de la República de Guate-

<sup>15</sup> Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo, “Sentencia Amparo 01022-2016-00089”, Guatemala, 2016, pp. 5-6.

mala reconoce al adoptado como hijo del adoptante, le hace parte del concepto de familia, con lo cual, de conformidad con el *artículo 47 de la misma carta magna*, el Estado debe garantizarle su protección social, económica y jurídica. En ese mismo sentido interpretativo, la actuación de la autoridad recurrida, incurre en una violación de ACCESO MATERIAL al principio de Interés Superior del Niño, establecido en el *artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño*, en concordancia con el *artículo 51 de la Constitución Política de la República*, pues al negar a la madre adoptiva el acceso a ser suspendida de labores por derecho de la licencia postparto, reconocido formalmente por el Código de Trabajo guatemalteco, en cuanto a un periodo de adaptación entre adoptado y adoptante, niega la posibilidad material de iniciar y consolidar los primeros lazos afectivos que configuran una relación familiar, que en todo caso, como indica la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en su expediente 803-2008, la regulación constitucional guatemalteca reconoce y fomenta la organización de la familia, como génesis de la cual parte y se mantiene vigente una sociedad.<sup>16</sup>

Luego de cuatro meses de litigio, la juez Cuarto del Juzgado de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala sentenció, en una resolución débil en cuanto a argumentos de género y derechos humanos, que “el legislador previó el acontecimiento que la mujer trabajadora acceda a la maternidad, sin diferenciar si es de manera biológica o adoptiva y si bien regula los supuestos laborales y de previsión social que pueden suscitarse en ambas, no restringió, tergiversó o menoscabó el derecho que tiene la madre biológica o adoptiva a un descanso postnatal remunerado”. Por lo que declaró “se otorga en definitiva el amparo solicitado”.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Memorial de interposición de Amparo Nuevo en Centro de Servicios Auxiliares de Administración de Justicia, *op. cit.*, p. 5.

<sup>17</sup> Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo, *op. cit.*, pp. 14 y 18.

Los efectos de esta resolución ya con posibilidad de ejecución luego de dos años de proceso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad devienen en vitales para la consolidación del derecho de la mujer adoptiva trabajadora, toda vez que sientan precedente en tres direcciones: 1) El cambio de prácticas sexistas desde lo político cultural de los funcionarios estatales; 2) La obligación de extender a la maternidad adoptiva todas las protecciones y derechos que tiene la maternidad biológica en el ámbito de su aplicación; y 3) Procurar la necesidad del cambio de normativa interna administrativa de las distintas instituciones estatales para proteger todo ámbito de derecho de la maternidad.

#### VIII. CONCLUSIONES

1. El género como categoría de análisis permite orientar un abordaje no sólo desde el texto de las leyes, sino desde las interpretaciones y prácticas de los funcionarios estatales ante regulaciones específicas orientadas a los derechos de las mujeres. Con ello, se descubre que en el caso de las mujeres adoptivas trabajadoras éstas son sometidas a condiciones de desigualdad bajo tres estereotipos: *a)* no son consideradas madres por no ser desde lo biológico; *b)* el derecho de familia se compone por un ejercicio maternal desde una relación tradicional en donde hay decisión de concebir y pro crear hijos/as, por lo que la adopción es un hecho de caridad; y *c)* no se tiene acceso a una atención de seguridad social, pues no *sufre el parto* que requiere atención médica.
2. Es importante que se desarrolle un estudio del derecho *a la* familia, el cual coloca en un plano de igualdad a todas las personas que integran una familia y les permite visualizar que éste es un derecho que el Estado tutela y gestiona debidamente su protección. Así, en un diferencia sustantiva con

el derecho *de familia*, aquél admite que los elementos que componen este último pueden ser cambiados progresivamente para que tutelen de mejor forma el derecho humano a la familia. Se dota así de un marco de acción política más amplio.

3. Desde el derecho a la familia, no sólo la familia en entendido tradicional del concepto puede ejercer los derechos que de ella se derivan, sino cualquier persona sin importar su estatus civil y su preferencia sexual. Con ello, debe teorizarse sobre el derecho a la familia de un hombre soltero que decide adoptar, desarrollando que éste tendrá derecho a un descanso posadopción para la adaptabilidad, el cual deberá mínimamente ser igual al del posparto, entre otros.
4. El sistema de adopciones de Guatemala aún no se consolida en toda la institucionalidad estatal, no por factores netamente jurídicos o por la necesidad de cambios de doctrina de protección sino por estereotipos que provienen de lo cultural y estructural, subsistentes en los funcionarios y en las prácticas administrativas de éstos.
5. El Caso Herrera Gutiérrez se constituye en el precedente laboral y de previsión social propicio para que las mujeres guatemaltecas promuevan nuevas disposiciones administrativas, legislativas y judiciales en cuanto a la maternidad, tanto biológica como adoptiva, en especial de las madres trabajadoras.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, Costa Rica, Ilanud, 1992.

- Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones*, Guatemala, 2010.
- Orellana, Gustavo, “Derechos de la madre trabajadora durante el embarazo”, *Revista Jurídica XVIII*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2013.
- Núñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, UNAM, Centro de Investigación y Estudios de Género, 2018.
- Alvarado, Ricardo y José Gracias, *Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010.

#### *Casos nacionales e internacionales*

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 84-92, Sentencia del 24 de junio de 1993.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 803-2008, Sentencia del 1 de febrero de 2009.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3846-2008, Sentencia del 12 de marzo de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Atala Rifo vs Chile”, Sentencia del 24 de febrero del 2012. San José Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Escobar Ramírez y otros vs Guatemala”, Sentencia del 9 de marzo de 2018. San José, Costa Rica.
- Juzgado Cuarto de Trabajo y Previsión Social del Departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo. “Sentencia Amparo 01022-2016-00089”, Guatemala, 2016.