

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho II Edición”



De la patria potestad a la autoridad parental de tránsito
hacia la humanización de los derechos de la niñez y la
adolescencia

Artículo de investigación presentado por:
MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

Abril,2017

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”



De la patria potestad a la autoridad parental de tránsito
hacia la humanización de los derechos de la niñez y la
adolescencia

Artículo de investigación presentado por:
MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

Tutora académica:
Dra. NEYLIA ABBOUD CASTILLO

Managua, Nicaragua, 13 de Abril de 2017

RESUMEN

La patria potestad como institución familiar ha sufrido grandes transformaciones que han dado origen a que se estudie el alcance de ésta en las relaciones familiares, considerando en el presente estudio el alcance de ésta institución desde los derechos y funciones derivadas de la ley para ambos progenitores hombre y mujer, con el fin de determinar las funciones que implica el acompañamiento y representación que hacen éstos en el cuidado y crianza directa de los hijos e hijas procreados. Partiendo de la humanización de los derechos en donde los instrumentos internacionales reconocen a la niñez como sujetos de derechos, nace la doctrina de protección integral estableciendo como tarea de todos familia, sociedad y Estado, el reconocimiento y respeto de los derechos personalísimos de la niñez y adolescencia., en su desarrollo personal e integral, entre ellos a la dignidad, libertad y autonomía progresiva. Por medio del análisis de sentencias se analiza que tanto se ha asumido el compromiso del Estado en la interpretación y aplicación de los derechos humanos de la niñez y adolescencia., observando los criterios judiciales que se aplican, en proceso de cuidado y crianza, identificando los criterios considerados en la práctica judicial. Con el fin de garantizar el derecho a la participación del niño, niña y adolescente, y sus derechos personalísimos, se recomienda el desarrollo de protocolo o guías de buenas prácticas que ayuden a establecer criterios uniformes de interpretación de acuerdo al principio de interés superior y el reconocimiento de la autonomía progresiva en la toma de decisiones.

Palabras claves: Autoridad parental, interés superior de la niñez, capacidad progresiva, dignidad de la persona.

SUMMARY

Parental authority as a family institution has undergone major transformations that have given rise to the study of the extent of family relationships, considering in this study the scope of this institution from the rights and functions derived from the law for both male parents And women, in order to determine the functions involved in the accompaniment and representation that they perform in the care and direct upbringing of the procreated sons and daughters. Starting from the humanization of rights where international instruments recognize children as subjects of rights, the doctrine of integral protection is born establishing as a task for all family, society and State, the recognition and respect of the most personal rights of children and Adolescence, in their personal and integral development, among them dignity, freedom and progressive autonomy. Through the analysis of sentences, it is analyzed that both the State's commitment to the interpretation and application of the human rights of children and adolescents has been assumed, observing the judicial criteria that are applied, in the process of care and upbringing, identifying the Criteria considered in judicial practice. In order to guarantee the right of children and adolescents to participate, and their very personal rights, the development of protocols or guides to good practice that help to establish uniform criteria of interpretation according to the principle of superior interest and Recognition of progressive autonomy in decision-making.

Key words: Parental authority, superior interest of childhood, progressive capacity, dignity of the person

TABLA DE CONTENIDO

1. De la patria potestad a la autoridad parental 1.1. De la patria potestad a la autoridad parental: superación terminológica que expresa concepciones de fondo 1.2. Alcance de la autoridad parental, titularidad y ejercicio parental **2.-Reconocimiento de los derechos humanos-familiares de la niñez** 2.1 *Reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos* 2.2. *Derechos personalísimos de la niñez y adolescencia* 2.2.1 Derecho a la dignidad, la libertad y capacidad progresiva de la niñez y adolescencia 2.2.2. Reconocimiento de la progresión de las facultades de la persona menor de edad. **3. Criterios de valoración en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en la perspectiva judicial** 3.1. *Interés superior de la persona menor de edad.* 3.2 *Flexibilidad y dinamismo en la interpretación jurisdiccional, escucha activa.* 3.3 *Criterios de valoración desde la perspectiva judicial.*
Resultados y aportes. Lista de Referencias

INTRODUCCIÓN

La patria potestad como institución familiar ha sido objeto de transformaciones en los últimas tres décadas. Cambios que inducen a cuestionamientos de fondo, tanto de la terminología que comporta, así como en las atribuciones y funciones derivadas de la titularidad y ejercicio de éste derecho por los miembros que componen la familia.

El propósito del trabajo consiste en establecer un recorrido histórico y normativo de la transición de la patria potestad, analizando el alcance de la autoridad parental observando en las codificaciones más recientes la tendencia democratizante de éste derecho en el ejercicio diario de la familia. Tal ejercicio invita a desarrollar, desde éste recorrido, el reconocimiento de las atribuciones derivadas de la patria potestad, autoridad parental o responsabilidad parental, en cuanto a su titularidad y ejercicio, clasificación de la cual carecía anteriormente la estructura normativa, pero que derivada de la práctica se ha desarrollado la clara identificación de los derechos-deberes que involucra su ejercicio. Es decir, como la humanización de los derechos del niño y la niña es el punto de partida para los cambios de la nomenclatura y contenido de la autoridad parental.

En equilibrio al acompañamiento que puedan hacer los progenitores en cuanto a la representación y toma de decisiones en relación a sus hijos e hijas, debemos darle lugar digno en el presente estudio a los derechos personalísimos que son reconocidos a la niñez y adolescencia desde la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de tal manera que el enfoque del presente trabajo se asentará básicamente en la etapa transitoria de este derecho, observando los avances al respecto, la identificación de las atribuciones y funciones que se derivan de la filiación para con los ascendientes en cuanto a los hijos e hijas menores de edad y la identificación de los derechos humanos reconocidos a la niñez y adolescencia en el ejercicio de la autoridad parental.

Igualmente se hace necesario para garantizar que ese reconocimiento sea eficaz en los diferentes planos de la familia, sociedad y el Estado tal a como nos mandata el artículo 19 del Pacto de San José, someramente mide si en los criterios judiciales en las acciones de cuidado y crianza se develan criterios y valoraciones de las autoridades judiciales en cuanto a los derechos de la niñez y adolescencia, en el plano de igualdad

en el ejercicio de sus derechos e identificación de la evolución de sus facultades como persona en desarrollo.

Identificar las transformaciones del derecho de familia en la institución de la patria potestad de cara a la humanización de los derechos de la niñez y adolescencia, en la familia, sociedad y estado, es el objetivo general del presente estudio. Como objetivos específicos se abordan: a) revelar la evolución de la patria potestad-autoridad parental, como institución familiar para entender los cambios de paradigmas en la titularidad y ejercicio parental que deben ejercer padre y madre en relación al hijo o hija., b) Describir el papel de la niñez y adolescencia en la familia y el reconocimiento de los derechos personalísimos, como miembro activo en el desarrollo de las mismas, identificando los derechos humanos de éstos en el acompañamiento familiar a los que están llamados los progenitores., c) especificar los principios de interés superior del niño y autonomía progresiva para garantizar la efectiva tutela en la participación de la niñez y adolescencia en las acciones de cuidado y crianza.

El problema radica en la ausencia de fundamentos técnico-jurídicos, en el Derecho nicaragüense, que conecte la participación activa de la niñez y adolescencia, en asuntos de cuidado y crianza, con el respeto a sus derechos humanos, provoca vulneración en la tutela efectiva de sus derechos, tanto en la práctica judicial como por los propios miembros de la familia.

Desde la perspectiva del derecho de familia es importante reconocer los derechos personalísimos de cada miembro. Esto da paso a que la familia se le reconozca los derechos en forma individual a cada uno de sus miembros y que se comience a estudiar de una forma dinámica y armonizante las relaciones generadas entre progenitores, hijos e hijas en el ejercicio diario de la autoridad parental.

El tema ha transitado en la medida en que los Estados han asumido compromisos en relación a los derechos de la mujer, la niñez y adolescencia lo que ha dado origen a la toma de decisiones en la política pública, creación de instituciones y promoción de reformas de normativas existentes o creación de nuevas que se ajusten a lo indicado y que garanticen a los mismos el respeto a sus derechos personalísimos desde la

aplicación de los principios de interés superior del menor y del reconocimiento de la autoridad progresiva.

En Nicaragua, se ubican estudios anteriores que de forma directa o tangencial desarrollan el tema de la autoridad parental; así, Meza (2004), Orozco (2010) y Abboud (2016), pero el presente estudio es primigenio en cuanto al enfoque de vincularle con el desarrollo de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Sus estudios nos sirven de soporte para el análisis actualizado de la institución a estudiar, en los cuales se han abordado diferentes criterios de aplicación de corte civilista, como de la etapa transitoria que ha recorrido el país en la temática del derecho familiar así como la observación de la aplicación moderna del contenido del Código de Familia, primero en su historia.

El abordaje que resalta éste artículo es desde la niñez y adolescencia y no desde la interpretación de los derechos del adulto, así como el reconocimiento de sus derechos personalísimos en ésta nueva perspectiva y del poco conocimiento en la práctica jurídica por parte de los operadores de justicia. En consecuencia, este trabajo constituye uno de los primeros artículos escritos sobre el tema de los derechos personalísimos de la persona en desarrollo en cuanto a la dignidad, libertad e igualdad de trato en la búsqueda de la armonización con los derechos que ejercen los progenitores en relación a su acompañamiento, observando el cambio de paradigma por el cual transita.

En esta investigación se devela que no existe programa que controle la valoración de la escucha de los niños, niñas y adolescentes. Las autoridades jurisdiccionales algunas veces no toman en consideración la opinión de los menores de edad, especialmente si los progenitores acuerdan entre sí darle fin al conflicto, invisibilizando la participación de la persona menor de edad en el proceso, bien sea administrativo o judicial, anulando sus derechos en una práctica de representación abusiva.

El actual trabajo reflexiona la utilidad que tendría para Nicaragua que se elaboren protocolos de actuación para unificar criterios de interpretación. Sobre este punto se ofrecen luego recomendaciones.

El tema implica el respeto a la dignidad y el reconocimiento de la capacidad progresiva de las personas menores de edad, exige un cambio de conducta de los progenitores, la sociedad y el Estado. Éste, debe desestructurar los conceptos patriarcales de ver a los hijos e hijas como muebles u objetos, democratizando las relaciones parentales, reconociendo a la persona menor de edad con dignidad humana, en cuanto al respeto de sus derechos como tal, respetando los derechos personalísimos y las singularidades propias de la persona y la progresión de éstos en el ejercicio diario del cuidado y crianza. Debe cambiar la forma de educar, representar y atender, por el accionar que ayude a crecer y a desarrollar competencias para la vida acompañando, guiando y apoyando a la persona en crecimiento, tal a como lo expone el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño.

La presente investigación es de corte descriptivo y documental de tipo cualitativa, el método utilizado fue de análisis de contenido abordado de forma deductiva partiendo de lo general que es la institución de la patria potestad, a lo particular en cuanto al control del respeto de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en una de las funciones que se deriva de la autoridad parental, acotada a la acción de cuidado y crianza, las técnicas aplicadas fueron revisión bibliográfica, nacional e internacional y análisis de sentencias de cuidado y crianza de 4 juzgados de distrito de familia del año 2016. Las fuentes consultadas fueron leyes y codificaciones de familia de Centroamérica y de Argentina, artículos de revistas científicas relativos a la humanización de los derechos humanos en la familia, y a los principios rectores del derecho de familia relacionados con el interés superior y la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente, análisis de datos estadísticos de sentencias judiciales de primera instancia en el departamento de Managua a un año de vigencia del código de familia, así como el estudio del desarrollo de los casos seleccionados para la observancia de la efectiva aplicabilidad de los derechos de la niñez y adolescencia.

1. De la patria potestad a la autoridad parental

1.1 De la patria potestad a la autoridad parental: superación terminológica que expresa concepciones de fondo

Las legislaciones civiles derivadas de los códigos napoleónicos, regulaban la institución de la patria potestad en el que se otorgaba poder absoluto al padre para disponer y representar al hijo e hija y sólo en su defecto la madre podía suplir tales tareas. La patria potestad, como institución del derecho de familia ha venido evolucionando en los últimos treinta años, como producto de la demanda social y familiar en la necesidad del reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la familia. Recordemos que históricamente el padre disponía de todo en la familia, la mujer y los hijos no tenían ningún tipo de participación en las decisiones de ésta.

La distinción en las funciones relativas al padre y la anulación de la participación de la madre y los hijos e hijas en la familia, no era observada en la práctica social, ya que era un hecho permitido que encajaba dentro del contexto histórico derivado de los roles sociales e históricos que le asignaban al hombre como jefe del hogar y a la mujer como la cuidadora de sus hijos e hijas. Vivas (2010), expresa en una idea la forma en que se desarrollaban las funciones y representaciones en la familia, “La jefatura del marido respecto de la mujer, en relación a su persona y a sus bienes se traducía, asimismo, en la jefatura del para en cuanto a los hijos, lo que encontraba inmediato reflejo en la patria potestad...”.

El ejercicio de la patria potestad ha tenido alcances, que la normativa no lo recoge con claridad, según Velazco (2008), los distingue “en dos aspectos esenciales: el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores en relación al cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en lo patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición de sus bienes”.

Desde mi experiencia considero que Velazco, en la expresión de la cita, ha dejado fuera la representación legal de los hijos e hijas, tanto en sede judicial como extrajudicial, ya que la representación de éstos no necesariamente implica el resguardo

y administración de los bienes, dado que no todos los niños tienen bienes, consecuentemente no hay que administrar y disponer al respecto. Desde mi punto de vista los estudiosos deben de incluir siempre la representación legal de las personas menores de edad, aunque el hecho que no lo expresen en su texto, no implica que los progenitores no la ejerzan. Pero más allá de lo patrimonial el o la progenitora deberán de ejercer la representación de sus hijos e hijas en el derecho de accionar en nombre de éstos para hacer valer derechos que se derivan de la filiación, de tal manera que la representación que se ejerce es inherente a la atribución que la ley les confiere, tanto natural como jurídicamente.

Esta clasificación en la estructura normativa del siglo pasado no se observaba en las legislaciones anteriores, tal a como lo encontramos en los artículos 244 y 245 del código civil de Nicaragua de 1904, en adelante CC. Es hasta en el Decreto 1065 Ley de regulación de las relaciones madre, padre e hijos, publicada en Gaceta Diario Oficial No. 185 del 3 de julio de 1982, que se incluye la participación de la mujer en las obligaciones y derechos derivadas de la maternidad y paternidad, y marca un hito histórico en el cambio de nomenclatura, estableciendo con claridad las atribuciones delegadas por la ley a ambos progenitores.

Consecuentemente se le deja de llamar patria potestad a estas funciones y atribuciones, y se le denomina relaciones madre, padre e hijos, plasmada en el referido decreto, utilizando un término más democrático e incluyente de todos los miembros de la familia. En el artículo 1 de la citada ley, se establecían las funciones de cuidado personal, representación de los hijos e hijas y la administración de los bienes, derogando algunas normas relativas a la patria potestad establecida en el CC.

En la Constitución Política de 1987, se instituye en un solo capítulo el derecho de familia del artículo 70 al 79 recogiendo en ella en plano de igualdad el derecho del hombre y la mujer a formar una familia, bien sea mediante el matrimonio o la unión de hecho estable. Reconoce el principio de solidaridad y corresponsabilidad en el derecho – deber que tienen ambos progenitores para con sus hijos e hijas, reconoce la igualdad entre ellos, dejando atrás la discriminación de la cual eran objetos cuando eran nacidos fuera del matrimonio. Establece el compromiso claro y preciso de

respetar el derecho del niño o niña desde el momento de la concepción y el derecho que tiene la niñez a la identidad, mediante la investigación de la verdad biológica, de igual manera reconoce el derecho a la protección de los adultos mayores.

Así lo describió Gómez (2010), en el contexto histórico, cuando expresa:

El propósito fundamental de esta política es garantizar el cumplimiento del ejercicio pleno del derecho de padres y madres a criar, educar y garantizar el bienestar integral de sus hijos e hijas mediante cambios socios culturales, y mecanismos que contribuyan a superar los obstáculos para el goce y disfrute de derechos y responsabilidades. (p. 267).

En las nuevas legislaciones retoman con claridad la distinción de la titularidad y las funciones, atribuidas por la ley a ambos progenitores, de ello Abboud (2016), nos menciona que distinción mencionada ya existía en la estructura de las codificaciones en leyes de dos países suramericanos y España, en las que se observa con claridad esta partitura, veamos:

Del concepto unitario responsabilidad parental se pueden diferenciar tres elementos: titularidad, ejercicio y cuidado personal. Tal distinción no es asunto nuevo. En códigos civiles como el de Argentina (artículo 264); Chile (artículos 229 y 244) y España (artículos 156, 160), se encontraba la división.(p. 43).

De lo anterior Abboud, expresa que aunque las leyes citadas han sido modificadas o reformadas mantienen la estructura de la normativa original, pero los fines son distintos:

... pero tal distinción se ha mantenido y se incorpora en las nuevas leyes. Así, en el vigente CC y C se encuentra delimitada la responsabilidad parental en título, ejercicio y cuidado personal de los hijos (artículos 640, 641 y 648); en Chile, la Ley No. 20680/2013 diferencia cuidado personal y patria potestad (artículos 225 y 245) y en España, en la Ley No. 15/2005 se aprecia la diferenciación terminológica entre cuidado de los hijos e hijas, patria potestad, ejercicio de esta, régimen de comunicación y estancias (artículos 90 a) y 92.4). (p.43).

La transformación de ésta institución en el recorrido social e histórico ha dado lugar a que los especialistas estudien el tema. Desde mi punto de vista la autora aborda con claridad las nuevas codificaciones, las atribuciones y facultades derivadas de la autoridad parental.

Los códigos de familia de la región centroamericana mantienen una clasificación que implícitamente asumen las tres grandes funciones de la autoridad parental, contenidas en los artículos 206, 207, 211 y 223 del Código de familia de El Salvador, artículo 316 de Panamá, artículos 185, 186, 187 de Honduras, artículos 127 y 143 del código de familia de Costa Rica y en los artículos 267, 272, 274, 276 y 280 del código de familia de Nicaragua.

“Todos esos códigos lo han dicho muy general, pero yo con base a mi experiencia práctica lo voy a definir de forma específica así...”

El estudio de los cuerpos normativos mencionados y con base en la práctica judicial que tiene la suscrita autora, permiten aportar que la autoridad parental tiene los siguientes alcances:

1. La titularidad, que no es más que la potestad derivada de la norma; es decir, por imperio de ley y por la propia naturaleza los progenitores son los garantes naturales de los hijos e hijas. Es un derecho-deber del cual los progenitores no disponen, consecuentemente éste derecho no es susceptible de transar, ni negociar, ni de renunciar. Jaime (2016), hace la aplicación de la figura de garante en el derecho alimentario, derecho que obliga a ambos progenitores, para garantizar el desarrollo integral de los NNA, sin embargo desde mi punto de vista la figura del garante en relación a la persona menor de edad, se deriva del hecho mismo de la paternidad y maternidad responsables hasta que alcancen los hijos e hijas la mayoría de edad. Es decir que es inherente a la titularidad atribuida por la ley.

2. El ejercicio, que se lleva a efecto mediante el cuidado cotidiano que conlleva la construcción de la crianza de la persona en desarrollo, en esta tarea, hay que estar claros que la persona que ejerce este derecho, puede ser distinta de los progenitores, aunque ellos aun continúen juntos o separados, así encontramos que por efectos de estudio, trabajo o bien apego desarrollados entre los hijos e hijas con otros parientes, esta acción dinámica, es ejercida muchas veces por abuelas, tías, primas o cualquier otro familiar, tal realidad en el código de familia nicaragüense de forma objetiva lo retoma en el artículo 267, el que a mi parecer la redacción quedó amplia al referirse de

la autoridad parental, que implica mucho más que el cuidado personal, sin embargo regula una realidad objetiva de Nicaragua.

3. La administración de los bienes, en el caso que el niño o niña tenga dominio de propiedades, derechos y acciones, los progenitores deberán de asumir la administración de éstos, desempeñando las funciones de un tutor al respecto. Tal situación no es común en Nicaragua.

1.2 Alcance de la autoridad parental, titularidad y ejercicio parental

El alcance de la autoridad parental se clasifica en: la titularidad y en el ejercicio de la acción diaria que hacen los progenitores en relación a los hijos e hijas.

La titularidad tal a como lo expresan Velazco (2010) y Abboud (2016), es la facultad derivada por la ley. Es atribuida por el hecho mismo de ser padre y madre, debiendo de acreditarlo con la debida inscripción del hijo o hija, derivando esta en los derechos – función que deben de cumplir desde antes que el hijo o hija nazca.

Este actuar diario o cuidado de la persona menor de edad, es ejercida de forma conjunta cuando ambos progenitores se encuentran juntos, sin embargo se confunde cuando existe separación de los progenitores, en la medida que se entiende que, quien ejerce el cuidado personal del hijo o hija, dispone también de manera unilateral de la representación, el establecimiento de residencia y la administración de los bienes, lo que no es correcto porque, estarían atribuyéndole un alcance a la función de cuidado personal que corresponde al conglomerado de derechos y funciones que se derivan de la autoridad parental, titularidad conferida tanto por la naturaleza, cómo por la ley.

El CC y C de Argentina reguló en los artículos del 640 al 643, de forma más específica la función de cuidado cuando los progenitores lo ejercen juntos o de forma separada, dejando de manera clara y delimitada las diferentes circunstancias que se puedan derivar de la separación, lo que hace que su interpretación y aplicación sea de manera más comprensible. De tal manera que, el cuidado personal corresponde solamente a una de las funciones que por sus características de contacto directo, se fortalece con el desarrollo de apegos emocionales significativos con la persona que ejerza este

derecho., lo que no se debe de interpretar que con ello el progenitor no custodio haya perdido todas los derechos y funciones derivadas de la autoridad parental.

Al respecto, Acuña (2015), nos aclara ese error de alcance que se presenta en casos de separación:

... en los casos de vida separada de los padres: la patria potestad era ejercida por el padre que tenía el cuidado personal del hijo, solución que se justifica en la necesidad de facilitar su ejercicio. Como consecuencia de lo anterior, el ejercicio de la patria potestad siempre era individual y constantemente le correspondía a la madre, ya fuera por la ausencia de acuerdo que otorgara al padre tal cuidado, ya fuera por la dificultad de probar en juicio las circunstancias legales que permitían alterar la atribución legal. (p. 60).

Esta situación obedece a la marcada tendencia patriarcal en la que se ha atribuido el cuidado de los hijos e hijas a la madre, tal realidad era plasmada en las legislaciones para garantizar que, a una edad mínima y aunque ambos progenitores presentaran igualdad de condiciones, se iba a preponderar que fuera la madre quien ejerciera el cuidado. Así se encontraba contemplada en el artículo 6 del decreto 1065 en Nicaragua. Y de igual manera lo refiere Marroquín (2010), cuando expresa que: “países como Honduras y Nicaragua, aún mantienen la preeminencia de la mujer para ejercer la función de cuidado de los hijos e hijas, sobre todo en edades tempranas” (p. 208). De este estudio el autor quedó corto, al no fundamentar el estudio en el decreto 1065 y sólo hizo referencia al código civil. En la actualidad el código de familia de Nicaragua, ha eliminado la preferencia mencionada por el autor.

Dra. Considero que hay dejarlo por si acaso lo lee se da cuenta del error, pero no deja de ser un estudio centroamericano.

2. Reconocimiento de los derechos humanos-familiares de la niñez

La atención prestada a la mujer mediante la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer en adelante Cedaw, firmada en 1979 y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer llamada Belém do Pará, del 9 de Junio de 1994, humaniza derechos desde la perspectiva de la mujer, redactándolos en instrumentos en forma diferente a lo androcéntrico, como lo vimos en la codificación civil nicaragüense relacionada

anteriormente. Quintero (2005), nos hace reflexionar sobre el dinamismo y complejidad de la sociedad en el que se han desarrollado fenómenos contemporáneos que destacan el papel de la mujer, los que enumera en incursión global de la mujer al sistema productivo formal y al espacio público, inserción de la mujer en la formación universitaria y que la mujer se ha convertido en una proveedora económica importante del hogar.

En la actualidad la mujer tiene igualdad en la participación de las obligaciones y derechos en la familia, pasando de ser un objeto de protección a un sujeto de derecho. A pesar que la mujer ha superado bastante esta brecha desigual, aún es un tema a tratar con mayor profundidad, y que por los cometidos a alcanzar en este trabajo no se abordan. Sin embargo según el resumen ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo, en sus tendencia del 2016, reflejan lo siguiente:

En los países tanto de altos ingresos como de bajos ingresos, las mujeres siguen trabajando menos horas en un empleo remunerado, mientras que asumen la gran mayoría de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas. (p. 7).

Es importante mencionar que la marcada tendencia al hecho de que la mujer sea la que ejercite el derecho de cuidado y crianza de los hijos y que ésta función se le niegue al padre por convencionalismos sociales, de igual manera es marcada la tendencia de que sea ésta quien asuma la carga tanto emocional como material al momento del abandono del progenitor, lo que ha llevado a que se le regule con especial atención la jefatura femenina establecida en Nicaragua en el artículo 2 del código de familia.

Faune, expresa esta realidad cuando expone que las mujeres: "... aparecen asumiendo el papel de gestoras y articuladoras de nuevas estrategias de manutención de la familias"... "El problema de las condiciones desiguales en el ejercicio de la jefatura del hogar femenina". (pp. 2 - 4).

En relación a la humanización de los derechos de la niñez y adolescencia, encontramos la Convención sobre los derechos del niño, en adelante CDN, adoptada el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a éstos como sujetos de derechos y que parte de grandes columnas que nos guían en el actuar tanto familiar, social y Estatal. Esta triple dimensión del compromiso en relación a la niñez y adolescencia en las aristas de

éste compromiso se deriva del artículo 19 del pacto de San José en Costa Rica, en la que de forma integral se comparte la responsabilidad de la protección y garantías que se le tienen que brindar a la niñez y adolescencia.

Esta convención aborda los derechos humanos de la niñez y adolescencia desde la perspectiva de éstos y no desde la perspectiva adultista, de la cual casi toda la legislación se deriva., en ella se establecen principios transversales, como el interés superior de la niñez y el del reconocimiento de la autonomía progresiva.

López (2010), expone con claridad los principios que la contienen y los sintetiza en: “Principio sobre la no discriminación (artículo 2),... Principio del interés superior del niño y la niña (artículo 3),... principio sobre el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6)... y respeto a la opinión del niño y la niña (artículo 12)”. (pp. 309-310).

Al respecto y sin dejar de expresar que es un avance el reconocimiento al trabajo conjunto de ambos progenitores, la tendencia es democratizar las relaciones parentales, considerando los derechos que tienen consagrados la niñez desde la CDN. Es así que la humanización de los derechos reconocidos a la niñez y adolescencia nos instan al reconocimiento de las competencias y capacidades de la niñez y adolescencia, debe de ser tomada en consideración y valorada desde los tres ámbitos: familia, sociedad y Estado, establecido este derecho en el artículo 5 de la CDN.

Estos principios reconocidos en los instrumentos internacionales especializados relativos a la mujer y a la niñez, ya habían sido identificados y plasmados desde la perspectiva androcéntrica en los instrumentos de derechos humanos anteriormente, en el que podemos encontrar de forma repetida el principio de igualdad, a la dignidad, libertad y protección a la familia, así lo establece Villabella (2016), cuando refiere el acogimiento constitucional que hacen los países al reconocimiento de los derechos humanos en la familias, desde tres aristas, la familia, la sociedad y el Estado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagró el derecho al matrimonio y a fundar familia en condiciones de igualdad, y estipuló el respeto a la vida privada y familiar. Definió a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos retomó los anteriores pronunciamientos, incorporó la obligación del Estado, la sociedad y la familia en la protección al menor, y refrendó el derecho de estos a ser incriptos y adquirir una nacionalidad. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales reguló la protección del Estado a la maternidad, mediante el otorgamiento de licencia con remuneración o con prestaciones de seguridad social y reiteró la protección a los niños y adolescentes, la igualdad de filiación, y la protección contra la explotación económica y social de los menores.(p. 39).

Tal a como se ha esbozado anteriormente, la transformación del derecho de familia, inicia desde el reconocimiento que los instrumentos internacionales hacen en un plano de igualdad para todos sus miembros que la componen, enunciando el respeto a la libertad, a la dignidad y a la igualdad. Así lo encontramos en los artículos 1, 7, 16 y 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en adelante DUDH, en la que se establecían el respeto a la dignidad e igualdad de trato de todos los individuos, y el derecho a la protección y al trato igualitario sin discriminación alguna y el reconocimiento de todo ser humano a fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, desarrollo y disolución del mismo.

En el artículo 1, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre establece el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, derecho a la maternidad y establece el derecho a ser escuchado en público, así como garantizar un nivel de vida adecuado. De igual manera encontramos en los artículos 3 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho a la protección y la Convención Americana de los Derechos Humanos conocida como el Pacto de San José, establece en los artículos 1, 8, 17,19 y 25 los derechos humanos relativos a la familia y de forma muy importante puntualiza el derecho a la protección y que ésta sea brindada desde la familia, sociedad y el Estado.

En relación a los derechos del niño y de la niña encontramos que sus derechos humanos fueron plasmados desde la perspectiva de la niñez, a diferencia de la forma en que ha sido redactada siempre la ley. En la Convención sobre los derechos del niño se establecieron principios fundamentales los que dan lugar a desarrollar estudios al respecto. En el marco del objetivo de ésta investigación se establece como principio transversal el interés superior de la niñez y adolescencia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al reconocimiento de la autonomía progresiva en el

artículo 5 y el derecho a la supervivencia y a las obligaciones derivadas de ambos progenitores en relación a sus hijos e hijas.

Toda esta transformación sobre los derechos del niño, niña y adolescente, así como el reconocimiento de plano de igualdad y dignidad de la mujer dieron origen a que los Estados firmantes de estos tratados, adecuaran y elevaran a rango constitucional su contenido, es así que en casi todas las constituciones políticas se ha acogido el contenido de la normativa internacional. Nicaragua en los artículos 46 y 71, de la Constitución Política acoge el contenido de los instrumentos internacionales y asume el compromiso como estado, de respetar e interpretar los convenios a la luz del objeto que da origen a la norma internacional.

2.1. Reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos.

La humanización de los derechos dio origen a que los Estados internamente adecuaran sus ordenamientos jurídicos, estableciendo tanto en la constitución como en las leyes ordinarias la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia que nace desde esta nueva perspectiva y el reconocimiento del niño y niña sujeto de derechos, y no objeto de protección. Conocida ésta última forma de relacionarse como la doctrina irregular. Esta transformación hace que nazcan nuevas codificaciones con destino y especial énfasis en la niñez y adolescencia así como en la familia., dando origen a que se promulguen leyes especiales o bien que se adecuen las ya existentes.

En Nicaragua la doctrina de protección integral se encuentra retomada en el código de la niñez y adolescencia en adelante CNA, en los artículos 6, 9, 10, 11 y 17, y en las leyes especiales que dieron origen a dar respuestas a las demandas familiares antes de que se diera el proyecto del código de familia que fue aprobado en el año 2014. En este código se plasma el principio rector del derecho de familia, de interés superior, y reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto de derecho, al brindarle participación en los procesos tanto administrativos como judiciales, a través del derecho a brindar su opinión lo que implica el derecho a ser escuchado de forma activa por las autoridades.

Es importante observar cómo el artículo 12 del CNA, da salida al principio de protección que encontramos tanto en los instrumentos internacionales mencionados así como en la Constitución Política de Nicaragua ya que establece:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho intrínseco a la vida desde su concepción y la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna. La niña, el niño y los adolescentes tienen derecho a la libertad, a la seguridad, al respeto y a la dignidad como personas humanas en proceso de desarrollo y con características particulares como sujetos de los derechos establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Este artículo, contempla los principios rectores que hemos venido marcando en el reconocimiento de la dignidad del individuo y a los otros principios que fortalecen el esencial, como el de la libertad, seguridad, respeto. Consecuencia de este derecho a la dignidad y al respeto del individuo, el artículo 43 de la misma codificación establece la obligación de orientación que tienen los progenitores en el apoyo a desarrollar las posibilidades de la personalidad, aptitudes y capacidades físicas y mentales de la persona en desarrollo, expresado en el artículo 5 de la CDN y el artículo 280 del código de Familia de Nicaragua, en adelante CFN.

Esta doctrina de protección en otros países ha sido acogida como elemento transformador, en El Salvador la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia, del año 2009, establece principios como: “del rol primario y fundamentación de la familia artículo 9, de ejercicio progresivo de las facultades artículo 10, de igualdad, no discriminación y equidad artículo 11, de interés superior del niño artículo 12, de corresponsabilidad de la familia, sociedad y estado y el de prioridad absoluta artículos 13 y 14”.

Es necesario trabajar en forma conjunta a manera de bloque en los derechos derivados de la CDN en relación al derecho a la igualdad, a la supervivencia y desarrollo, a la protección y a la participación. Se debe profundizar en dar contenido a los principios ontológicos que originan estos derechos; entre ellos, el derecho a la dignidad, a la libertad, a la igualdad de trato y mejor interés en el respeto al desarrollo de las competencias humanas como persona.

Nicaragua en el código de la familia marca un hito histórico, ya que es el primer código en la historia del derecho que nos brinda una estructuración moderna, ofrece un cambio de perspectiva humanista e integrador, desde el reconocimiento de cada miembro de la familia en sus diferentes clasificaciones, relacionados con el tema recoge particularidades propias de las relaciones parentales, cambia la nomenclatura existente pasando de relaciones madre, padre e hijos a autoridad parental, recoge características propias de la historia del país y la plasma de forma clara y precisa en el artículo 267 Cf, desarrollando además las funciones generales derivadas de la autoridad parental de cuidado de la persona menor de edad, eliminación de castigos físicos, reconocimiento de la capacidad progresiva, representación, administración de los bienes del NNA, de igual manera regula las causales de suspensión y pérdida de autoridad parental, así como las circunstancias que la extinguen, encontrándolos en los artículos del 268 al 300 del CFN.

En la práctica social encontramos que esas transformaciones son aceptadas a paso lento, por falta de entendimiento al alcance de los derechos de las personas menores de edad para empezar a respetarlos como persona y reconocer la evolución en su desarrollo personal. Así lo sostiene Herrera (2017) y Cillero, al referirse que la necesidad de dejar adecuar el derecho interno con el ajuste objetivo debido en el reconocimiento de los derechos y capacidades de las personas menores de edad. Cillero remarca el tema del control del respeto a estos derechos por parte del Estado.

De Cillero no tengo el año, lo recupero de la OEA, es documento oficial. Y la otra es una entrevista que le hacen en Perú.

En ese sentido Gallego (2015), establece la dificultad en el cambio y en la participación infantil.

La participación infantil está estrechamente ligada con el protagonismo de los niños y las niñas, quienes no solo aportan a su desarrollo y al medio que les rodea, sino que desempeñan el papel principal en su actuar cotidiano; sin embargo, la participación no puede ser pensada exclusivamente en términos de integración en actividades, es necesario trascender esta idea y apropiarse de la concepción de la participación como derecho y de las posibilidades que concede. En tal sentido, es importante el reconocimiento de sí mismo y de la capacidad de actuación dentro de los escenarios sociales, representados en la familia, la escuela y la comunidad. (p. 158).

Efectivamente la transformación del derecho de familia y la desmembración de éste desde su matriz, el derecho civil, ha requerido que se haga un enfoque más especializado en cada miembro de las familias, desde las funciones que le son atribuidas como progenitores y desde el reconocimiento del hijo o hija como “persona” individual, lo que hace que pasemos “de una concepción tradicional, que concebía al menor un estatus de persona meramente protegida, a una concepción moderna, que le confiere, ... el estatus de persona (tendencialmente) autónoma”, (p. 51), según lo afirma (Rocha 2015), de tal manera que no se logra cambiar esa visión, si no entendemos el desarrollo evolutivo de las personas en crecimiento, no se logrará el respeto a sus derechos personalísimos, así lo expresa Kemelmajer (2015) y Herrera (2017), diferentes exposiciones respecto al tema de la capacidad progresiva y la urgente necesidad de asumir el cambio.

El cambio consiste entonces en pasar de una representación anulante en el ejercicio de la autoridad parental a un accionar más participativo mediante el acompañamiento y apoyo que los progenitores deberán de brindar a las hijas e hijos, basándose en el respeto de los derechos individuales, de tal manera que los progenitores deberán de ejercitar la autoridad parental mediante el dominio y el autoritarismo, sino que deberán de entender que mediante el acompañamiento, guía y apoyo también estarán siendo coherentes con las funciones atribuidas por la ley, de forma más inclusiva y democrática en donde todos los miembros de la familia, tengan derecho a opinar en las decisiones que se tomen en la familia.

El termino de autoridad parental ha recibido crítica por el significado de la palabra autoridad, lo que Benavidez (2010), aclara el sentido en que debe de entenderse ésta institución, “La autoridad parental no significa de modo alguno que el hijo sea propiedad de sus padres o juguete de sus caprichos sino responsables ante la ley de su deber de educación. Es lo contrario del poder abusivo. (p. 602).

Los parámetros anteriores se encuentran reconocidos en algunas codificaciones en la región centroamericana han establecido los cambios en las funciones del ejercicio de la autoridad parental asumiendo también la división entre las funciones derivadas de la titularidad y del ejercicio diario del cuidado de la persona menor de edad, así lo

podemos observar en los artículos 186 y 187 de Honduras, artículos 206, 207 y 211 de El Salvador, art. 316 de Panamá y en Nicaragua aunque no hace la distinción entre la titularidad y las funciones de la autoridad parental, sin embargo el artículo 274 del CFN, hace un listado de las tareas diarias que comprende el cuidado personal de los NNA.

El cuidado y crianza personal es función de ambos progenitores, según lo deriva la norma constitucional nicaragüense en el artículo 73, que establece igualdad y corresponsabilidad de obligaciones a ambos progenitores. En el CC y C de Argentina, regula de forma específica y moderna, tanto la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por el juez a un tercero, en los artículos 641 al 657. En el que también se denota el contenido en las normas de diferentes circunstancias que se pueden dar en esta tarea en casos de separación de los progenitores, regula entonces a quien le corresponde el cuidado de los hijos e hijas, cuando es ejercida de forma conjunta o bien de forma individual, regulando consecuentemente las relaciones del hijo o hija con el progenitor que no ejerza de manera directa el cuidado.

El cuidado y crianza personal garantiza el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, la que se logra en actividades retro alimentantes entre los progenitores y el niño o niña y adolescente, y es en ese reconocimiento de las necesidades de éstos, en la escucha de su opinión y en la participación activa en las tareas propias de la familia y de cada uno de sus miembros se logra respetar la dignidad de persona del menor. Herrera (2015), expresa que la tendencia moderna en la democratización de las relaciones familiares, está dada en la participación activa de la persona menor de edad en todo lo que tenga relación a su desarrollo integral en sus diferentes ámbitos, llamándole la democratización de las relaciones familiares, todo ello derivado del reconocimiento que se hace desde la CDN en su artículo 5 antes relacionado.

Encontraremos posturas que se oponen a la transición de ésta institución familiar y consideran que las relaciones democratizantes desautorizan la autoridad que los progenitores históricamente han ostentado en relación a sus hijos e hijas. Observemos lo que dice Loyarte (2015).

Esta es la transición que experimentan las relaciones filiales en la postmodernidad, un nuevo modelo de vida que reestructura los patrones socialmente interactivos entre quienes dicen ser padres e hijos, uno que cuestiona la vara de la instrucción, el régimen penitenciario familiar, la identidad histórica y las preferencias del hijo, y más. La responsabilidad parental, a su vez, justifica otras instituciones jurídicas como la custodia compartida, el cumplimiento insoslayable de la asistencia económica (entra al debate la prisión por deudas alimenticias), la expansión social del Derecho de Familia y la capacidad progresiva de los niños y adolescentes para auto dirigirse como sujetos y no ser dirigidos como objetos. (pp. 34 y 35).

El análisis que hace el referido autor, es desde lo establecido en el artículo 206 código de familia de El Salvador, que básicamente establece las tres grandes funciones de cuidado y crianza, la representación y administración de bienes, sin embargo alega que las relaciones parentales se extienden socialmente más allá del marco de la ley e involucran siempre instrumentos de poder en el seno de la familia y delimita diferencias en la sociedad.

La función a desarrollar en relación al respeto de la dignidad y la capacidad progresiva de los hijos e hijas, desde el desglose de las funciones en el ejercicio diario de esa función se centra en el cuidado y crianza de la persona menor de edad.

La función de cuidado y crianza desde la perspectiva de los derechos humanos, se desarrolla en el diario vivir mediante el acompañamiento, guía y apoyo que hacen los progenitores, garantizando los derechos fundamentales en la medida que avanza en edad y capacidad evolutiva así como el desarrollo de la madurez del NNA, los derechos humanos se encuentran dotados de todas las condiciones necesarias de acuerdo al estatus de cada familia para que se vayan desarrollando como persona, como individuo garantizando la integridad física, psicológica y emocional. Esta obligación también se encuentra establecida en el artículo 18 de la CDN, que establece la función de crianza y educación. En el reconocimiento de las facultades progresivas de la persona menor de edad, es individualizada de acuerdo a las particularidades y características personales de cada individuo y conforme al ambiente social en donde el NNA se ha desarrollado.

La CDN establece nueva forma de ejercitar a función del cuidado personal en la persona menor de edad, de manera tal que los progenitores en el ejercicio de la

autoridad parental hagan una correcta representación de los derechos humanos de sus hijos e hijas y no actúen de forma anulante, sustituyendo los derechos de éstos a conveniencias de las circunstancias que se le presentan. Consecuentemente la CDN expone la necesidad de erradicar esa práctica abusiva de la representación de los padres, de invisibilización de la persona del NNA, desde el hogar familiar debiéndose escuchar activamente la opinión de éstos, en las conversaciones de familia o toma de decisiones del hogar, de acuerdo a su edad.

Herrera (2017), expresa que establecer la edad es tarea difícil para los legisladores, porque el desarrollo de cada niño o niña depende de muchos factores muchos de ellos sociales, por ejemplo la capacidad progresiva de una niño de la calle para defenderse no es la misma que la capacidad progresiva de un niño que no ha vivido tales circunstancias, en el mismo plano la capacidad progresiva de un niño que se ha desarrollado en el seno del hogar en donde se le ha garantizado educación, tendrá desarrolladas mejores competencias en esa área que el niño en situación vulnerable.

La CDN nos mandata un desafío nada fácil, pero necesario para la adecuación de los tiempos. Se debe iniciar con el reconocimiento del derecho del niño o niña a participar activamente de su propio desarrollo y del desarrollo familiar, ayudándoles a crecer y a identificar sus cualidades y competencias para la vida, aceptándolo como otro miembro de la familia, tomando en cuenta el desarrollo de éstas competencias para su autonomía como tal, así lo asumió Argentina, en el artículo 26 del CC y Cel reconocimiento de esa autonomía progresiva, con ayuda multidisciplinar en caso de ser necesario, Nicaragua lo asume de manera general en el artículo 280 del CFN. Es en el seno del hogar que se identifica la autonomía y es el ambiente propicio en donde se debe de desarrollar el respeto por el ser humano en crecimiento, colaborando ambos progenitores al desarrollo de las competencias de las hijas e hijos para la vida. Para lograr alcanzar lo que nos propone el derecho humano de los NNA planteado en la CDN, se debe de reconocer los derechos personalísimos que tienen estos, los que consisten en la libertad, la igualdad de trato, la dignidad. Lo que nos guiaría a cambiar la actitud y el trato para con ellos, debiendo aprender a tratar y respetar al hijo o hija como “otro Yo”.

2.2 Derechos personalísimos de la niñez y la adolescencia

2.2.1. Derecho a la dignidad, la libertad y capacidad progresiva de la niñez y adolescencia.

La dignidad como un derecho a reconocer en un plano de igualdad en el ejercicio diario de la autoridad parental en relación a la persona en desarrollo, es necesario entenderla, para comprenderla y respetarla, según Nordenfelt (2008):

...distingue cuatro significados del término dignidad. Tres de ellos son relativos, o no esenciales: la dignidad como mérito (referida a la especial situación de la persona en la sociedad), la dignidad como estatura moral (dependiente del comportamiento de la persona), y la dignidad de identidad (más difícil de definir, se refiere a aquella dignidad que reconocemos en nosotros mismos, enraizada en nuestra historia y en la relación con los demás; puede sufrir alteraciones por vejaciones o malos tratos por parte de otros, o también en algunas enfermedades). En estas tres acepciones, la dignidad admite un crecimiento, una disminución, o incluso la pérdida por parte del sujeto del que se predica. A estos significados se añade un cuarto, que “es un tipo de dignidad completamente diferente”, que poseemos los humanos en cuanto humano: no puede perderse, ni admite gradación alguna. Se refiere a ella con el término alemán *Menschenwürde*, y es a esta dignidad a la que hace referencia el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuando sostiene que todos los seres humanos han nacido libres, con igual dignidad y son titulares de los derechos humanos.

En esta cita se hace diferentes acepciones de la palabra dignidad, encontrándose íntimamente relacionada con el contexto social a la que les llama, relativas. Ésta tiene que ver con el respeto de la persona humana, a ésta última no la denomina, pero según mi criterio le podría llamar absoluta. En tanto que su aporte tiene el objetivo de direccionar identificando la individualidad de las personas en crecimiento.

Melendo (2013), nos explica las singularidades que cada uno tiene como persona:

La palabra “persona” expresa, por tanto, la individualidad del individuo, su autonomía y distinción respecto al resto de lo existente, pero de forma no definida. En este sentido, “persona” indica a un singular muy singular, aunque indiscriminadamente. Es decir, a cada uno de los sujetos personales, en cuanto muy individuos, pero de manera general o inconcreta: *individuumvagum*, según la expresión latina. (p. 57).

Por tanto, la unidad de la familia no debe de entenderse como las características propias en su conjunto sino, del respeto de las individualidades de los miembros que la componen, tiene diferentes características sociales que la identifican como tal, aunque no deja de tomar valor el contexto social en que se desarrolla y la impresión de los

valores que se enseñan en el seno del hogar. La idea es advertir que la niñez y la adolescencia son personas individuales que requieren que se les reconozca su dignidad humana como personas singulares y que no necesariamente se tiene que desarrollar características homogéneas a los progenitores y hermanos/as.

2.2.2. Reconocimiento de la progresión de las facultades de la persona menor de edad (la capacidad progresiva)

Partiendo de la vertiente de derechos humanos que establece el reconocimiento de la autonomía progresiva de los NNA, las legislaciones más modernas, como Nicaragua, y aún más desarrollada Argentina, han acogido en la normativa interna el nivel de reconocimiento de la autonomía progresiva de estos, en la medida que en la normativa se ha plasmado de manera clara y precisa el derecho a ser oído. Artículo 12 de la CDN, artículo 17 del CNA, artículos 440, 448, 449 del código de familia de Nicaragua y de manera especial se recoge el contenido en el artículo 5 de la CDN y en el artículo 280 del CF. Ampliamente explicadas en observaciones generales No. 4, 7,12, 14 y 17 del comité de los derechos del niño.

Argentina, actualmente un referente latinoamericano en relación a temas familiares, regula en los artículos 26 del CC y C de manera específica los alcances de la participación, y autonomía progresiva aplicada del desarrollo de los adolescentes.

Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Éste artículo reconoce con ello la capacidad progresiva de la persona menor de edad. A pesar que la extensión moderna de decidir sobre temas de salud que comprometen la vida, me parece un tanto riesgoso a simple vista. Sin embargo, encuentra la salida en la medida que expresan que todo se resolverá de acuerdo al interés superior de los menores de edad considerando la multi - disciplinariedad es decir la opinión médica.

En un conflicto familiar en la que se involucra a un NNA, Herrera N (2016), nos expone la necesidad de hacer un abordaje multidisciplinario.

La interdisciplina, íntimamente vinculada, permite advertir el proceso de madurez del niño en el caso concreto. Es sabido que inciden factores de tipo biológico, psicológico y social, y que aquel varía conforme la edad, el nivel de estímulos y el marco social, económico y cultural en el cual se desarrolla cada niño, pero de ninguna manera podrían trazarse reglas generales y mucho menos absolutas frente a una realidad tan dinámica como la de nuestra sociedad tan cosmopolita. (p. 18).

Éste abordaje nos da pauta para afirmar que las demandas de los conflictos familiares ameritan respuestas multidisciplinarias apoyándose en la colaboración necesaria de la sicología, medicina, trabajo social, genética, reguladas en las funciones de disciplinas auxiliares.

En cuanto al derecho a ser tomado en cuenta en la familia, la sociedad y en los procesos, Famá (2016), expone que "... las responsabilidades parentales de darse desde una relación trial Estado, familia y niños, debiendo reposar la capacidad progresiva en la necesidad de equilibrio". Este derecho se positiviza en la medida que el ordenamiento Constitucional e interno asume los derechos humanos establecidos en la convención Internacional sobre los derechos del niño.

El CFN, establece principios rectores y principios especiales tanto para el derecho personalísimos de los miembros de la familia como en el cambio de procedimiento y de comportamiento sociales entre otras muchas ventajas que establece. En estos artículos encontramos plasmado la orientación emanada de los derechos humanos y acoge de igual manera el respeto a la autonomía de desarrollo particular de cada ser humano en la familia. Todo ello implica un gran desafío desde las tres dimensiones, familiar, social y estatal, en las políticas públicas y en la interpretación y aplicación a la normativa.

Argentina en el nuevo CC y C, acoge la postura mixta, según lo enuncian en los artículos 23, 24, 31, 639 y 645. Ya que la autonomía reconocida a la persona menor de edad, requiere del apoyo multidisciplinario en casos concretos, de tal manera que no es absoluta. Nieto (2016), también expresa que la capacidad progresiva de los NNA va a estar en dependencia del requisito del consentimiento, que para que pueda ser válido se requiere que la persona que lo emite tenga la madurez suficiente o las facultades mentales adecuadas para poder decidir con libertad.

Nicaragua reconoce la participación de la niñez y adolescencia en las relaciones familiares y en la capacidad de ejercicio en diferentes acciones, lo que encontramos regulados en los siguientes artículos: 22, 54, 167, 221, 255, 272, 280, 287, 301, 302, 304, 322, 378, 448, y 484 CFN. Es importante destacar que la participación en los procesos no garantiza que los NNA, sean escuchados por la autoridad con efectividad, es así que Herrera N. (2016), remarca término “escuchar” por sobre el de “oír”, pues es más que esto último lo pretendido.

Escuchar es percibir, empalmar, observar, saber preguntar, relacionar, analizar, distinguir lo manifiesto de lo latente, lo que aparece de lo que es; poder integrar lo oído con el juego de relaciones que conforman la dinámica de una particular familia. (p. 19).

Nótese las acciones que involucra la escucha activa, quedará cuestionarse si, como autoridades, tanto administrativas, así como judiciales si cumplimos en garantizar el derecho a la participación en esas acciones en mejor interés del NNA y si la escucha que ejercemos a su opinión, es activa, aplicándola en la racionalización de las posibles consecuencias que se deriven de las decisiones que se tomen en casos concretos.

Para ello, hay que tomar en consideración el contexto en que el NNA se desarrolla y la imperiosa necesidad de entender el ejercicio de la autoridad parental desde el accionar de acompañar, guiar y apoyar, a los hijos e hijas, reconociéndole avance en sus capacidades, sabiendo que en la medida que progrese en éstas, la guía de los progenitores va disminuyendo, así lo sostiene en su exposición Kemelmajer (2016), por lo tanto no se trata de ejercer una relación parental desde la autoridad o la potestad de forma lineal y jerárquica que implica desventaja para la persona menor de edad en relación a sus padres, (ordenar-obedecer), sino desde una óptica relacional, democrática, inclusiva y participativa de todos los miembros de la familia.

En relación a la capacidad progresiva, si no se logra ver a los NNA, como individuos con características diferentes a la de sus progenitores y los otros miembros de la familia, se estaría aplicando la tendencia de nulificación y violación a los derechos personalísimos de éstos. Imposiciones y prácticas arraigadas de la forma en que se ejercía la autoridad parental anteriormente, donde el poco interés que le ponen los

progenitores a la expresión de opinión de los niños y niñas en el seno del hogar, denota un vacío en la escucha activa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, se ha pronunciado sobre la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes; así se evidencia en los casos: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 201252; y, *García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 201253, párr. 183. También en el caso de *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 201151. 129. En este último, como muestra de todos los citados, sostiene la referida Corte:

[...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares.

El desarrollo humano de cada individuo, se va dando de manera diferente en dependencia de sus características personales y del contexto social en que se desarrolla, la doctrina le llama autonomía progresiva como principio identificante en cada persona menor de edad, así lo sostiene Herrera (2017), Kelmelmajer (2015) y Cillero.

Es así, que recobra vital importancia el hecho que los progenitores puedan determinar la singularización de cada ser humano que debe y tiene la necesidad de desarrollarse como tal en ese ecosistema, parafraseando lo que dice Rocha (2016), que la libertad, la dignidad, el respeto de la persona, la autonomía de cada ciudadano, son incompatibles para la interpretación de la patria potestad y sus funciones, por lo que la institución tiene que dinamizarse y adecuarse a los tiempos, humanizando las relaciones familiares en la medida que se toma en cuenta a las personas menores de edad en las decisiones de la familia y en las individuales de cada ser. Kelmelmajer(2015), puntualiza:

Esta categórica afirmación es hoy posible porque la Corte IDH, al igual que la Corte Suprema de la Nación argentina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adhiere al método de interpretación dinámica que, entre otras ventajas, evita la pronta obsolescencia de los textos. En este sentido, el tribunal regional reiteradamente pronuncia la siguiente fórmula: “Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las

condiciones de vida actuales”. Funda este modo de interpretar, entre otros argumentos, en el artículo 29 de la Convención Americana y en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.(p. 49).

Es así que la tendencia de la democratización tal como lo plantea, Herrera (2015), es un desafío constante para el derecho de familia, ya que amerita cambiar la conceptualización que entendemos por relaciones parentales, respetando el misterio y singularidad que encierra en sí mismo la persona, desde lo que ésta significa para sí misma y para sus derechos, así lo describe Melendo (2013), cuando dice: “... todo esto resulta decisivo en cualquier relación que se pretenda inter-personal, explicando lo que antes ya sugería: que si no las tratamos en su estrictísima singularidad, no nos podemos relacionar realmente con las personas en cuanto personas”. (p. 62).

La meta es reconocer al niño o niña, desde la familia con sus propias características y singularidades como individuo, y adecuarse a los tiempos en la nueva dinámica familiar, en la aceptación del desarrollo de sus competencias. Rocha (2016), lo describe de una forma muy humana y familiar a decir:

Es únicamente en la familia donde el ser humano es o debería ser absolutamente aceptado por sí mismo y no únicamente a condición de que sea considerado inteligente o simpático, además posiblemente en la historia personal de cada uno la influencia más importante sea la propiciada por la familia. ... En la familia se aprende el valor esencial de la persona individual y de la sociedad al mismo tiempo.(p.10).

Es entonces en el seno familiar el primer lugar en donde se le debe de respetar a la persona menor de edad y aceptar con sus características y singularidades, llamados los progenitores a dinamizar sus estilos de crianza adecuados a la normativa, en respeto a la libertad y dignidad de la persona del hijo o hija.

3. Criterios de valoración en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en la perspectiva judicial

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en sus artículos 1, 2, 3, y 7 que toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad de trato y al respeto de su dignidad, establece de manera clara y concreta el deber de protección del estado a la familia en cuanto a todos sus miembros. Estos cometidos no se logran en los Estados sino se garantiza el respeto a la persona en cuanto a su humanidad y singularidad, así recoge el contenido de la CDN.

3.1. *Interés superior de la persona menor de edad*

Los contenidos de los artículos relacionados al reconocimiento del desarrollo integral de los menores de edad, encierran en sí mismo el principio de interés superior del menor, establecido en toda la CDN en los artículos 3 al 6. Éstos por su propia naturaleza son de conceptualización indeterminada por lo que no se debe de abstraer su interpretación en los casos concretos, según nos aclara la observación general número 12 en el párrafo 52.

Cardona (2015), nos ayuda a comprender el espíritu de éste principio y nos ubica en las intenciones que tiene, prevaleciendo el reconocimiento a la persona menor de edad en circunstancias diversas, como el principio y fin del sistema de protección, determinados en los art. 3 y 12 de la CDN. De igual manera Torrecuadrada (2011), explica que la indeterminación del principio de ISN, hace complicada su aplicación, que por ende se caracteriza por ser dinámico para que pueda adaptarse en distintas circunstancias concretas, resolviendo a favor de persona menor de edad, considerando el contexto en que se aplican.

La Corte Internacional de Derechos Humanos ha establecido los criterios de interpretación en armonía con el interés superior de la persona menor de edad, garantizando siempre el conglomerado de derechos establecidos en la CDN, en circunstancias concretas como la detallada en el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 200555. 134:

Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. [...]. (p. 20).

Respecto a este principio regulador de toda la esfera social, Ordeñana (2016), hace una referencia en una sentencia de la corte colombiana C – 172 del año 2004, que en su parte considerativa determina los fundamentos del principio:

Las razones de esa protección, se resumen en: i) el respeto a la dignidad humana que, como lo señala la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de

sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social; y iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos. (p.62).

Se hace notorio el compromiso de Estado donde los intérpretes del principio hacen la sentencia de manera muy objetiva y clara. Desde mi punto de vista plasma los derechos humanos de manera obligatoria que deben ser protegidos por la comunidad, en este sentido yo le agregaría las aristas de las tres dimensiones la familia, sociedad y Estado.

El principio de interés superior del niño o niña, ha dado pautas para que especialistas en el tema le dediquen tiempo y desde su indeterminación se busque como unificar los criterios de aplicación propuestos en este caso por la doctrina, de tal manera que Simón (2013), nos propone criterios de interpretación que nos marcaran las pautas a seguir para su aplicación, señalando para tales efectos los criterios: “de prioridad,... de garantía,... informador,... de integración,... y de interpretación”. (p.179). Estos criterios estudiados por el autor, se encuentran contenidos también en las observaciones generales no. 12 y 14, que establecen la forma en que debemos de interpretar el interés superior del NNA, la forma en que debemos de adecuar el ambiente para que los NNA, tengan la información necesaria que le atañe a cualquier aspecto de su vida y la garantía de que éstos sean tratados como sujetos de derecho en el proceso, brindando la representación bien sea por medio de sus progenitores o sus representantes con el fin de lograr una efectiva tutela.

3.2. Flexibilidad y dinamismo en la interpretación jurisdiccional, escucha activa

Los criterios jurisdiccionales toman en cuenta el interés superior del niñez y adolescencia es una forma flexible y dinámica, de modo que posibilite la toma de decisiones para las autoridades, tomando en consideración en caso concreto, la participación activa del menor de edad, con el nombramiento de su defensa técnica, si se encuentra en juicios donde se anteponen a los intereses de sus progenitores, se debe considerar la voluntad del NNA, sus deseos, sentimientos en función de su edad y entendimiento o grado de madurez, en el factor externo, que se le pueda garantizar la estabilidad emocional de la niña, niño y adolescente, evitando la variación que le pueda

perjudicar, por ejemplo un cambio de lugar de estudio, residencia y actividades que se realizan, de igual manera hay que considerar, el sexo, la raza y las costumbres propias del lugar.

Según lo describe Ortega (2002). Establece conforme a las prácticas criterios que se han tomado en consideración basados en conocimiento científicos, con los que cuenta la sociedad para satisfacer las necesidades infantiles, entre ellos están la estabilidad, participación y protección adecuada. (pp. 90 y 91).

El autor denota la práctica de los principios que han sido establecido en la CDN, el de protección, participación por medio de la expresión y opinión y el de garantizar el desarrollo integral en un ambiente estable, parámetros que de igual manera deben de considerarse en la toma de decisiones de las autoridades.

Por participación deberá de entenderse que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 y 12 de la CDN, todo NNA, deberá de tener participación en los procesos administrativos y judiciales que les concierne a su interés, debiendo franquear espacios para que expresen su parecer con apoyo de equipos multidisciplinarios en caso de ser necesario de acuerdo a la complejidad del caso y de la edad del niño o niña. Dando la oportunidad a las personas menores de edad, que ellos y ellas sean interprete de su propio interés y que puedan ser escuchados de forma activa por las autoridades que conozcan sus casos, debiendo ser valorada su opinión de manera cualitativa y en atención a la progresión de sus facultades y competencias en atención a su capacidad progresiva para la adopción de decisiones familiares. La CIDH, en la opinión consultiva No. 17, orienta la necesidad de diferenciar en los grados de discernimiento., por ello nos recomienda que “debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en estos dominios” (párr. 101 y 102).

Esta opinión, hace hincapié en poner especial atención al alcance de la participación NNA, de lograr la protección efectiva de su interés superior, en caso concreto, para ello es importante no solamente respetar lo que la norma internacional nos mandata en el artículo 12 de la CDN, retomada en los artículos 448 y 440 del CFN, en el que se

orienta la aplicación del principio de interés superior del niño y la escucha de éstos en juicios tanto administrativos como jurisdiccionales, lo que también es acogido por el artículo 17 del CNA del mismo país.

La niñez y adolescencia debe de ser escuchada aun cuando existan acuerdo entre los progenitores en cuanto al cuidado y crianza de éstos, bien sea que acudan a sede administrativa para buscar conciliación., para ello se hace necesario observar la competencia que el CFN, les otorga a los Notarios para el tema del divorcio con mutuo consentimiento siempre y cuando no existan hijos e hijas en común, ni bienes que distribuir según lo establece el artículo 159. La competencia en los temas de cuidado y crianza, también fue conferida a la sede administrativa el poder conciliar lo relativo al ejercicio y a las formas de relacionarse con el progenitor que no ejerza el cuidado directo, Sin embargo, en la práctica según mi experiencia no siempre es tomado en consideración la escucha de los NNA, ni en los acuerdos alcanzados en el trámite conciliatorio en ambas sedes, ni en las sentencias que homologan estos acuerdos.

En otras legislaciones como Cuba y Colombia, se le ha delegado competencia a los Notarios para hacer acuerdos al respecto Pérez (2015), nos advierte que siempre en estos acuerdos notariales que se debe de considerar los principios inherentes a la persona menor de edad.

... en definitiva, es el notario quien autorizará la escritura en la que se contiene la disolución del vínculo matrimonial y por ello a él le compete calibrar el cumplimiento no solo del principio de la legalidad, sino sobre todo de la protección del interés superior del menor". (p. 484).

Lo expresado por el autor nos alumbró el camino que se tendría que seguir en Nicaragua para cuando se hagan acuerdos notariales, no necesariamente en acciones de cuidado y crianza, que el código de familia no lo permite según el artículo 159, no lo permite, sino también en acuerdos relativos a alimentos, en Nicaragua le es permitido acordar sobre alimentos en sede notarial para su posterior homologación, conforme los artículos 321 y 326 del mismo código. La homologación judicial de acuerdos notariales es permitida en Chile y España.

En la competencia judicial el criterio multidisciplinar de las ciencias auxiliares como la psicología y el trabajo social y en algunos casos particulares la ciencia médica, son determinantes para lograr un mejor entendimiento de los hechos y las circunstancias específicas en cada caso, consecuentemente si una decisión judicial se basa solamente en la interpretación jurídica que haga la autoridad judicial, en derecho de familia, quedará escasa y su aplicabilidad será ineficaz porque no se tomó objetivamente el entorno social en que el niño, niña y adolescente se ha desarrollado y tampoco los indicadores de riesgos del entorno.

La forma adecuada de hacer la entrevista a la persona menor de edad, también insta a las autoridades judiciales a actuar con respeto a la dignidad de la persona menor de edad, con la prudencia debida, no debiendo tratar al niño o niña con rudeza, o en menosprecio por su condición de edad, sino que se debe de manera pre ambular aclarar donde se encuentra, por qué se encuentra hablando con la autoridad judicial, se le explica con palabras sencillas cual es la acción que instan sus padres y la argumentación sencilla que cada uno da de sus hechos, se les hace conciencia que el estar presente en ese momento ante la jueza o juez, se debe al ejercicio de su derecho humano a ser escuchado, se le aclara que lo que diga se plasmará por escrito y que ayudará en gran medida a la toma de decisiones según la valoración que se haga.

No es conveniente que al niño o niña, se le pregunte de forma tajante y directa, ¿con qué progenitor quiere vivir?, menos correcto será que una autoridad judicial plasme en el contenido de su sentencia que “el niño o niña decidió”, esto es atropellante a la dignidad de la persona del niño o niña y a la extrapolación de responsabilidades, que pasa en el primer plano de los padres a los hijos e hijas y ahora de la autoridad judicial al niño o niña delegando sobre sus hombros las responsabilidades de resolver el conflicto.

Este tipo de decisiones, deriva en ellos conflictos de lealtad para con uno de sus progenitores lo que puede desencadenar en maltratos futuros en contra del NNA por el progenitor no escogido. Por eso es recomendable que si la autoridad judicial que no tiene experiencia, en realizar entrevista con el niño o niña, se haga acompañar del profesional de sicología, para que le ayude a abordar la entrevista y pueda descodificar

la escucha del NNA de forma adecuada.

De igual manera las autoridades judiciales deben de considerar que la aplicación de los principios de mejor interés, de participación en la opinión del NNA, y del reconocimiento de la autonomía progresiva, no es de sencilla aplicación, porque requiere siempre de tener las competencias suficientes para poder brindarle a la persona menor de edad, estos derechos a discreción de la judicial, de acuerdo a la edad, la que en Nicaragua es obligatoria su escucha a partir de los 7 años, sin embargo hay que cuidar que esa discrecionalidad que otorga la ley antes de la edad mínima de escucha no se convierta en arbitrariedad del derecho de los NNA, es por ello que la CDN no establece edad para la escucha de la opinión de éstos.

3.3 Criterios de valoración desde la perspectiva judicial

En la necesidad de controlar si las autoridades judiciales están asumiendo la función de valorar de manera objetiva la participación de los NNA en juicio, se procedió a ser un estudio a 26 expedientes de primera instancia en tres juzgados de distrito de familia de Managua en el año 2016, en los que se demandaba cuidado y crianza por uno de los progenitores o bien por un familiar. Con el fin de observar los criterios judiciales de valoración de la escucha de los niños, niñas y adolescentes, y consecuentemente el derecho a la participación en los juicios que les involucra, el resultado fue el siguiente:

Del 100% de la muestra, solamente 10.4% de las personas menores de edad fueron escuchados de manera directa por la autoridad judicial, es decir sin ayuda del profesional de psicología, de ello el 57.69% de casos fueron analizados por los peritos auxiliares en trabajo social y psicología; es decir que los niños y niñas, fueron escuchados por la psicóloga que fue asignada al caso para identificar problemas en las aptitudes de los progenitores, o bien para determinar cuál de los progenitores es el que ayuda en su tarea diaria a que la persona en desarrollo desarrolle sus competencias. Para determinar la tendencia de personalidad se aplican instrumentos y herramientas adecuadas las que emiten un criterio acerca del tipo de personalidad de cada progenitor, al final del informe concluyen con los hallazgos y recomiendan medidas u

orientaciones a seguir para ayudar al miembro de la familia que lo necesite.

De toda la muestra solamente el 20.8% termina en acuerdos entre partes, en los cuales no se tomó en consideración la necesidad de escuchar a los niños o niñas, de igual manera no se tomó en consideración lo expresado en el informe a pesar que éste ya se encontraba agregado en el expediente. De la sentencia de homologación de acuerdos que hace la autoridad judicial, ésta no relaciona, ni considera el hallazgo de los peritos auxiliares que conocieron del caso tanto en psicología como trabajadora social, invisibilizando la expresión del NNA, en la información recabada.

Con los resultados anteriores podría concluir que existe una tendencia en las autoridades judiciales de no valorar la opinión del niño o niña en algunos juicios, ni en los acuerdos alcanzados por las partes: La actitud de los progenitores de acordar sin tomar en consideración a los menores de edad, deriva en invisibilizarlos, sin tomar en consideración su opinión. De lo acordado por las partes se establece en un 53.8% en sentencias que acogen en su contenido los acuerdos alcanzados.

Esta práctica y de acuerdo al contenido de los acuerdos que llegan a sede judicial para su ejecución se observa que, en los acuerdos administrativos de las cuales tiene competencia el Ministerio de Familia, Adolescencia y Niñez, a través de la conciliación, tampoco se toma en consideración el derecho a la participación y escucha de la persona menor de edad. Muchos de esos acuerdos no son susceptibles de ejecución, porque las partes o progenitores con el ánimo de que el conflicto se acabe y el funcionario de que sea un expediente menos, estos versan sobre derechos que son irrenunciable como las funciones y derechos establecidos a los progenitores por la autoridad judicial, que amerita en todo sentido que la decisión sea siempre amparada y robustecida por dictámenes de ciencias auxiliares como lo hemos expresado anteriormente.

El 20.8% de las sentencias, en su parte considerativa, toman en consideración lo expresado por el consejo técnico asesor, haciendo mención de que existen. El 38.46%

hace una coherente relación en la motivación considerando el informe pericial psico-social. No así las restantes 10.4% que sólo relacionan la orden girada al equipo multidisciplinar, sin mencionar la opinión del niño o niña vertida ante el o la especialista.

Podemos comprobar con este pequeño análisis que solo el 38,46% aplica correctamente la argumentación y motivación en relación a la escucha del NNA. Lo que refleja que aún no se ha asumido con consciencia y responsabilidad la aplicación de los principios y derechos derivados de la CDN, así como lo establecido en el régimen jurídico interno nicaragüense. Además de no aplicar criterios de interpretación en cuanto a la realidad objetiva que ha vivido la persona menor de edad.

Esta situación da origen a que se estudie las nuevas formas de interpretación y argumentación nacida de la humanización de los derechos de los y las menores. Debiendo de tomar en consideración los criterios que establece Simón (2013), "... prioridad,... garantía,... informador,... integración e... interpretación". (p. 197). Es importante hacer un cambio de paradigma para transformar la perspectiva en que aplicamos las funciones delegadas de la autoridad parental, y la existencia de principios transversales en el derecho de familia, que por su naturaleza son abstractos, que ni los instrumentos internacionales ni las codificaciones los conceptualizan.

Cuba tiene buenas prácticas en protocolos en sede judicial para la aplicación de los principios rectores del derecho de familia del interés superior de los NNA, aunque en la vía notarial tienen un gran vacío según lo expresa Abboud (2016), con la guía de buenas prácticas de los derechos personalísimos de las personas menores de edad en casos concretos, específicamente en aquellos que involucra el garantizar el desarrollo humano de éstos como personas y la necesidad de coordinar con otras disciplinas en garantía del mejor interés de los NNA, en los juicios de cuidado y crianza, se garantizaría que la fundamentación teórica y práctica que hagan las autoridades consideren los derechos de las personas menores de manera tal que se le garantice la efectividad del derecho.

En Cuba se ha avanzado en la creación de la jurisdicción familiar por vía de las Instrucciones Nos. 187/2007 y 216/2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal

Supremo Popular, de las que han derivado protocolos, tales como: las metodologías para la comparecencia, las reglas para la constitución y el funcionamiento del equipo multidisciplinar en el proceso de familia y las reglas mínimas para la escucha de los menores de edad. (p. 35).

Por tanto, en Nicaragua se requiere profundizar en los estudios para entenderlos y aplicarlos en los tres ámbitos, familia, sociedad y Estado, se hace necesaria la existencia de protocolos de actuaciones o bien guías de buenas prácticas que nos conduzcan a criterios evaluadores.

Una de las soluciones para que se estandarice la valoración de los criterios de interpretación sería la elaboración de un protocolo, que garantice la participación multidisciplinar con el fin de dar una respuesta objetiva a los problemas.

IV. Resultados y aportes

La autoridad parental es una institución familiar que ha sufrido en el tiempo una transición en la que se encuentra de tránsito a nuevas tendencias democratizantes, nacidas de la humanización de los derechos humanos especializados a favor de la niñez y adolescencia. La cual ha dado origen al cambio de paradigmas en que se ha desarrollado las funciones y obligaciones derivadas de la autoridad parental.

La doctrina irregular considera a la niñez y adolescencia como objeto de protección en tanto la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia, reconoce a la persona menor de edad, como sujeto de derechos y obligaciones reconociéndole la dignidad, libertad e igualdad de trato en las relaciones parentales, asumidas con sus reservas por la sociedad.

La CDN establece como principios especiales y transversales en el derecho de familia, el del interés superior de la niñez y adolescencia y el de autonomía progresiva que reconoce al NNA como sujetos de derechos y nos insta al cambio de paradigmas en el ejercicio de las relaciones parentales.

Según las codificaciones de familia centroamericanas, la autoridad parental implica tres grandes funciones a ejercitar; dentro de ellas está: el cuidado y crianza de la persona menor de edad, la representación legal que puede ser ejercida de manera conjunta o

individualizada y la administración de los bienes de la niña o niño. Entre ellas encontramos que la codificación de El Salvador se encuentra mejor estructurada en cuanto a las funciones derivadas de la autoridad parental y que la de Nicaragua, asume principios modernos derivados de la CDN, entre ellos el reconocimiento de la autonomía progresiva en varios de sus articulados. El principio de interés superior del niño, niña y adolescente es un eje transversal en los códigos mencionados.

Por las características que implica el ejercicio diario del cuidado personal de la persona menor de edad, la investigación se centra en desarrollar más la función de cuidado y crianza de éstos, para poder observar la necesidad del cambio de paradigma que implica ejercer el derecho desde la doctrina de desarrollo integral de la niñez y adolescencia. Y el reconocimiento de los derechos humanos del NNA, que implica el respeto a la libertad, dignidad en la promoción de un trato igualitario y objetivos como miembro integrante de la familia respetando sus singularidades y derechos personalísimos.

Los principios rectores del derecho de familia desde la humanización de los derechos de la niñez y adolescencia, relativo al interés superior del niño y a la autonomía progresiva son de difícil interpretación y aplicación por la abstracción de su contenido y por la exigencia que implica la interpretación dinámica y flexible que debe de hacerse en caso concreto, tanto en la familia como ante las instituciones públicas, lo que obedece a una histórica conducta de representación anulante de los adultos en representación a los niños y niñas. La igualdad de trato a la niñez y adolescencia es aparente, no se les da el mismo rango de valor a los derechos de éstos en relación a los adultos.

En la práctica jurisdiccional, no siempre se aplican valoraciones de criterios de estabilidad, participación mediante la opinión de los NNA y la escucha activa por parte de las autoridades; tomando en cuenta la dignidad en caso concreto. En casos de los acuerdos alcanzados en conciliaciones tanto en sedes administrativas como judiciales, la opinión del niño, no es considerada en un 100%, por la autoridad, resolviendo de acuerdo a lo convenido por los progenitores.

De acuerdo a la complejidad de los casos y circunstancias que lo rodean, así como a la

edad de los NNA, el apoyo multidisciplinar es necesario para la resuelto por la autoridad judicial, brinde mayor alcance en el ambiente familiar y objetividad en la decisión que se vaya a tomar considerando parámetros como el de seguridad, confianza, afecto estimulación de facultades del menor de edad, resguardando así el principio de protección adecuada. Pradilla (2011), expresa que a la luz de la aplicación del interés superior del niño, la ponderación de los derechos del niño o niña en relación a otra persona es la forma de interpretación pertinente, especialmente en juicios de cuidado y crianza, en la cual los intereses de los progenitores muchas veces están contrapuestos a los de los padres.

En Nicaragua no existe programa que controle la valoración de la escucha de los niños, niñas y adolescentes. Las autoridades jurisdiccionales algunas veces no toman en consideración la opinión de los menores de edad, especialmente si los progenitores acuerdan entre sí darle fin al conflicto, invisibilizando la participación de la persona menor de edad en el proceso bien sea administrativo o judicial; anulando sus derechos en una práctica de representación abusiva que hacen los progenitores en los conflictos familiares.

Se recomienda unificar criterios de interpretación mediante la elaboración de protocolos de corte multidisciplinar; establecer la ruta de las actuaciones que conceptualicen los principios nacidos de la humanización de los derechos del niño, niña y que establezcan formas de abordar la participación de los mismos en los diferentes procesos administrativos, judiciales y aún notariales a pesar de llegar a acuerdos, de igual manera que establezcan la forma de valorar la escucha de éstos y de respetar su dignidad en un plano de igualdad objetiva sin discriminación alguna, respetando la libertad de estos en la práctica diaria desde las tres aristas, familia, sociedad y Estado.

El respeto a la dignidad y el reconocimiento de la capacidad progresiva de las personas menores de edad, exige un cambio de conducta de los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental y el Estado de promulgar sobre los derechos y principios que rigen el derecho de familia, para que la sociedad se sensibilice en el tema. Éste, debe

desestructurar los conceptos patriarcales de ver a los hijos e hijas como muebles u objetos, democratizando las relaciones parentales, reconociendo a la niñez y adolescencia con dignidad humana, en cuanto al respeto de sus derechos como tal, respetando los derechos personalísimos y las singularidades propias de la persona y la progresión de éstos en el ejercicio diario del cuidado y crianza.

El cambio de paradigma radica en cambiar la forma de educar, representar y atender, a los NNA, por el accionar que ayude a crecer y a desarrollar competencias para la vida acompañando, guiando y apoyando a la persona en crecimiento, tal a como lo expone el artículo 5 de la CDN.

V. Referencias bibliográficas.

Abboud N. (2016). *El cuidado compartido. Especial referencia al derecho nicaragüense* (Tesis inédita de doctorado) Universidad de La Habana. La Habana, Cuba.

- Abboud N. (2016). Estudio introductorio al Código de Familia de Nicaragua, 1ra. Edición, Ed. Investigaciones y publicaciones jurídicas, Universidad Centroamericana, Managua,
- Acuña M. (2015). Aplicación judicial de la autonomía progresiva de los niños, noticias El Mercurio en <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/análisisjuridico/2015>
- Acuña M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho*. Vol. XXVIII – No. 1. pp. 55 - 57
- Asamblea General. (1989). Convenio sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.
- Asamblea Nacional. (1998). Ley No. 287. Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 97. Del 27 de Mayo de 1998. Nicaragua.
- Asamblea Nacional. (2014). Constitución Política de la Republica de Nicaragua 1987, con sus reformas Incorporadas. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 32, del 18 de Febrero de 2014. Nicaragua.
- Asamblea Nacional. (2014). Ley No. 870. Código de Familia. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 190 del 8 de Octubre del 2014. Nicaragua.
- Benavidez D. (2006). Tendencias del derecho familiar en América Latina. *Revista para el análisis del derecho*. Recuperado www.indret.com
- Campaña F, (2016). Interés superior del niño: Técnicas de reducción de la discriminación abusiva. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, Salvador. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>
- Cardona J. (2013). El interés superior del niño, principio y fin del sistema de protección infantil. Miembro del Comité de derechos del niño de la ONU. Conferencia.

Recuperado de www.youtube.com

Cardona J. (2013). El interés superior del niño, principio y fin del sistema de protección infantil. Miembro del Comité de derechos del niño de la ONU. Conferencia. Recuperado de www.youtube.com

Cervera O. (2011). Capítulo IV. Los menores como titulares de la acción. En Tenorio & Tagle. Restitución Internacional de la niñez; México: Editorial Porrúa.

Cillero M. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de www.iin.oea.org/curso

Cillero M. Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios.

Código civil y comercial de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Argentina. Aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795/2014. Infojus 2014.

Código de Familia de Costa Rica. Ley NO. 5476 del 21 de Diciembre de 1973. Publicado en Alcance No. 20 la Gaceta No. 24 del 5 de Febrero de 1974. www.tse.go.cr

Código de Familia de El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. Decreto No. 677. Publicado el 13 de Diciembre de 1993. Diario Oficial No. 321. Última modificación con fecha 09 de febrero del 2017.

Código de Familia de Honduras Decreto No. 76-84. Publicado en Diario Oficial La Gaceta No. 24,394 del 16 de agosto de 1984.

Código de la Familia de la República de Panamá. Ley No. 3, del 17 de mayo de 1994. Publicada en la Gaceta Oficial No. 22.591 del 1 de agosto de 1994. Congreso Nacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado www.oea.com

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 5. Niños y Niñas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto del 2002.
- Famá V. (2016). Jornada de responsabilidad parental. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de [https:// www.youtube.com/watch](https://www.youtube.com/watch).
- Fauné A. Centroamérica Las familias, las mujeres, que dice la realidad. *Revista Envío*. No. 160. Junio 1995.
- Gallego A. (2015). Participación Infantil. Historia de una relación de invisibilidad. *Revista Latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud*. Volumen 13, No. 1. <http://biblioteca.clacso.edu.ar>
- García, B. (2011). Nuevas concepciones de Autoridad parental y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/4435215.pdf>
- Gómez O. (2010). La responsabilidad paterna y materna, principio y fin del derecho de familia. En *Derecho de Familia Centroamericano: Costa Rica*. Editorial Jurídica Continental.
- Herrera M. (2016). El interés superior del niño. Doctora especialista en Temas de Familia. Docente Universitaria de la Universidad de Buenos Aires. Conferencia. Recuperado de UBA www.youtube.com
- Herrera N. (2015). La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el proyecto de código civil y comercial. *Revista de Derecho de familia y personas*. Thomson Reuters LA LEY. Año VII. No. 3 ISSN: 1852-8708
- Herrera, M. (2013). Los derechos de infancia y adolescencia en el código civil y comercial de la nación: claves para entender una nueva interacción legal. Universidad nacional de buenos aires. Argentina. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>

- Herrera, M. La democratización de las relaciones de familia; desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. Revista jurídica y Derechos del niño, N 11, (pp. 107), Unicef. Santiago.
- Jaime V. (2016). La Responsabilidad del Garante en el juicio de Alimentos y el Interés Superior de las niñas, niños y adolescentes. UNIANDES. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>.
- Kemelmajer (2016). Derechos de la Familia adolescencia y niñez una mirada crítica y contemporánea. Digital.
- Kemelmajer (2016). La Autonomía Progresiva. Recuperado www.youtube.com
- Kemelmajer A & Sirkin E. Aspectos conflictivos sobre divorcio y alimentos en el nuevo código civil y comercial. Organiza Centro de Graduados Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch>
- Kemelmajer A. (2016). La autonomía progresiva. Expositora internacional en Derecho de Familia. Ex Magistrado de la Provincia de Córdoba. Conferencia. Recuperado de www.youtube.com
- Kemelmajer A. El principio de la autonomía progresiva en el código civil y comercial. Algunas reglas para su aplicación. www.infojus.gov.ar
- López C. (2010). Anotaciones sobre Derecho de Familia y su Relación con el Derecho de la Niñez y la Adolescencia. En Derecho de Familia Centroamericano: Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. Asamblea Nacional. ISBN 978-99964-39-01-8
- López C. (2014). Adecuación de la Convención sobre los derechos del niño y la niña en las leyes, políticas públicas y restitución de derechos de la niñez y la adolescencia.
- López J. (2005). Derechos Humanos Familia y educación. Estudios sobre Educación. 8 Issn 1578-7001, (pp. 145-163). Recuperado en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/8882/1/Nc.pdf>

- Loyarte D. La familia y sus derechos. Divulgación popular de los Derechos de Familia, XVII CONGRESO Internacional de Derecho de Familia: La familia y los desafíos sociales. Argentina. Recuperada de [www. Enfoquejurídico.info/wp/archivos](http://www.Enfoquejurídico.info/wp/archivos) Zotero.
- Marroquín A. (2010). La custodia compartida. En Derecho de Familia Centroamericano: Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- Melendo, Tomás: “Persona, personalidad y libertad”. En *Metafísica y Persona*. Filosofía, conocimiento y vida. Enero-julio de 2010, núm. 3, versión impresa, ISSN: 2007-9669, Puebla, pp. 83-105; versión digital, ISSN: 1989-4996, Málaga; www.metyper.com
- Melendo, Tomás: *El ser humano: desarrollo y plenitud*. Madrid: Ediciones internacionales universitarias- Upaep, 2013, 398 pp., ISBN: 978-84-8469-318-5 Recuperado www.esposiblelaesperanza.com
- Moreno R. Acogimiento familiar. *Revista de Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid. No. 28. Marzo 2015. Dykinson. Madrid. ISBN 978-84-9031-446-3
- Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño. Comité de los derechos del niño. Observaciones Generales.
- Nieto A. (2016). Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales. *Revista de Derecho Civil*. No. 3. Vol. III.
- Nordenfelt L. (2008). Derecho a la Dignidad en Cuadernos de Bioética, n. 66, vol. XIX. Universidad de Santiago de Compostela.
- Ordeñana T & Barahona A. (2016). El derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional. Quito Ecuador. Editorial Cevallos editora jurídica.
- Orozco G. (2010). Apuntes sobre las relaciones madre, padre, hijos e hijas abordadas en el anteproyecto de Código de Familia de la República de Nicaragua. En Derecho de Familia Centroamericano: Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- Ortega I. (2002). El principio de Interés Superior del Niño en las situaciones de crisis familiar. *Psicopatología Clínica, legal y forense*. Vol. 2. No. 3. 2002.

- Palacios C. “La autoridad parental: De la Autoridad a la Responsabilidad Parental. *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”*. 2016. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4463>
- Pérez L. (2015). Temas de derecho notarial, (con especial referencia al derecho nicaragüense). Editorial SENICSA, 1ª. Edición. Managua Nicaragua.
- Pradilla S. (2011). Aplicación del principio del Interés Superior de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Revista de Estudio Socio – Jurídica* Vol. 13 Recuperado www.redalyc.org/articulo
- Quintero A. (2005). La mujer y sus derechos desde la función familiar. *Revista de ciencias sociales* [en línea]. Recuperado de www.Redalyc.org
- Rocha, M. (2015). La Persona del Menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 2, 2015. Pp. 43-86.
- Rocha, M. (2016). El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia. *Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*. No. 2. Valencia 2016. ISSN: 2386-9224.
- Simon, F. (2013). *Interés superior del menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis inédita de doctorado). Universidad de Salamanca. España.
- Torrecuadrada G. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(16), 131157. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.523> www.redalyc.org/articulo
- Trejos G, Ramírez M & Benavidez D. (2010). Derecho de la Familia. Editorial Juricentro 1ª. Ed. Costa Rica.
- Velazco M. (2008). La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad. La Habana Cuba. Editorial ONBC. ISBN 978-959-7066-19-4

Villabella C. (2016). El Derecho Constitucional en Europa y en América Latina. 1ra. edición. Grupo Editorial Mariel S.C. ISBN: 978-607-95589

Vivas I. (2010). Las transformaciones del derecho de familia desde una perspectiva de género. Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado. Universidad de Sevilla.