

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN – LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



Monografía para optar al título de Licenciatura en Derecho

Tema:

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA COPARENTALIDAD.

Autores:

- ✓ Br. María de los Ángeles Solórzano Canales.
- ✓ Br. Meyling Carolina Rivera Cano.
- ✓ Br. Omar Antonio Pichardo Ruiz.

Tutor: MSc. Beligna Salvatierra Izabá

Noviembre, 2017.

¡A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD!

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA COPARENTALIDAD.

DEDICATORIA

A Dios por permitirnos terminar este ciclo de nuestras vidas de forma exitosa.

También con todo nuestro amor a las personas que hicieron todo en la vida para que pudiésemos alcanzar nuestros sueños, a esas personas que siempre nos motivaron a dar lo mejor de nosotras, aun en momentos de turbulencias, gracias totales a ustedes Familia.

AGRADECIMIENTOS

A Dios en primer lugar, por permitirnos alcanzar esta meta.

A nuestras familias, fuente de inspiración para poder dar nuestro cien por ciento en cada una de las metas y proyectos, sin su comprensión y ayuda esto no sería posible.

A esta Alma Mater, por confiar en nuestras capacidades y potencial en todo momento.

Y por último pero no menos importantes, a nuestros docentes, quienes de forma amable compartieron con nosotras sus conocimientos durante nuestra instancia en la Universidad.

A todos ustedes, muchas gracias.

INDICE:

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.	
1.1.- La Patria potestad en el derecho Romano.....	Pág. 07
1.1.1.- Extinción de la patria potestad en el derecho Romano.....	Pág. 10
1.2.- La patria potestad en otros sistemas jurídicos.....	Pág. 10
1.3.- Influencia de los instrumentos internacionales en la transformación del concepto de responsabilidad parental.....	Pág. 14
1.4.- Antecedentes de la figura de la patria potestad en el sistema jurídico nacional.....	Pág. 17
CAPITULO II: EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN NICARAGUA.	
2.1.- Concepto de Autoridad parental.....	Pág. 26
2.2.- Naturaleza jurídica de la Autoridad parental.....	Pág. 28
2.3.- Principios que integran la institución de la autoridad parental.....	Pág. 30
2.3.1.- El interés superior del niño.	Pág. 30
2.3.2.- Igualdad de los progenitores.....	Pág. 32
2.3.3.- Características de la autoridad parental.....	Pág. 33
2.3.4.- Suspensión, pérdida y extinción de la autoridad parental.....	Pág. 34
2.3.5.- Perdida de la autoridad parental.....	Pág. 36
2.3.6.- Extinción de la autoridad parental.....	Pág. 38
2.4.- Rol subsidiario del Estado.....	Pág. 38

CAPITULO III: APLICACIÓN DE LA COPARENTALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO ACTUAL.

3.1.- Origen teórico de la Coparentalidad.....	Pág. 40
3.2.- El declive de la figura del padre.....	Pág. 42
3.3.- La Centralidad de la mujer.....	Pág. 42
3.4.- La Emergencia y reivindicación de un nuevo modelo de padre.....	Pág. 43
3.5.- La Coparentalidad.....	Pág. 45
3.6.- La Coparentalidad en el Derecho Comparado.....	Pág. 46
3.7.- La Coparentalidad en el Derecho Francés.....	Pág. 48
3.8.- La Coparentalidad en el Derecho Español.....	Pág. 49
3.9.- La Coparentalidad en el Derecho Suizo.....	Pág. 53
3.10.- La Coparentalidad en las legislaciones Anglosajonas.....	Pág. 54
3.11.- Plan de Coparentalidad.....	Pág. 55

CAPITULO IV: COVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS DE LA COPARENTALIDAD.

4.1.- Convergencias de la Coparentalidad.....	Pág. 60
4.2.- Divergencias de la Coparentalidad.	Pág. 61
4.3.- La determinación judicial del modelo de custodia.....	Pág. 62
CONCLUSIONES.....	Pág. 66
RECOMENDACIONES.....	Pág. 68
FUENTES DE CONOCIMIENTO.....	Pág. 69



Introducción

La familia es el fenómeno social primario y fundamental en el desarrollo de los seres humanos, desde sus orígenes dicha institución ha velado por la protección integral de los miembros que componen el núcleo social, y es por lo mismo que los sistemas jurídicos a lo largo de la historia han hecho énfasis en el resguardo de las relaciones afectivas, personales, sociales que involucran a los miembros de una familia, ya que estas relaciones repercuten directamente en el desarrollo de la colectividad y en las relaciones de índole jurídico.

Frente a las rupturas de pareja (divorcios) y el notable aumento de la conflictividad que ello conlleva para la familia en proceso de separación, nuestra legislación en materia de familia ha implementado un adecuado sistema de protección que garantice las condiciones necesarias para el desarrollo de los hijos, así como para alcanzar un trato amplio y fluido de los hijos con ambos padres, no obstante la falta de vida en común. El sistema de guarda y custodia supone reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y deberes que el otro ante los hijos, lo cual en la práctica supone un derecho compartido de los derechos y obligaciones de los padres en relación a todo lo que concierna a los hijos.

Podemos decir que la idea que hay detrás de la Coparentalidad es que los progenitores se involucren de igual manera en la educación y el cuidado de los hijos, repartiendo entre ellos el tiempo de permanencia con los hijos y las aportaciones económicas.



La idea general, es un reparto equitativo de tiempo para que ambos progenitores se encarguen de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de sus menores hijos.

La guarda y Coparentalidad se ampara legalmente en dos derechos fundamentales que son:

El derecho de los hijos a preservar su relación con sus dos progenitores, tal y como se deduce de las normas internacionales convenios, tratados etc. y nuestras leyes nacionales.

El derecho y deber de los padres de mantener una relación equilibrada y continuada con los hijos, de prestarles asistencia de toda orden, así como velar por ellos, tenerlos bajo su cuidado, alimentarlos y educarlos.

En el Derecho Internacional nos encontramos con numerosas normas que recogen estos derechos de los menores, en el sentido de poder relacionarse con ambos progenitores.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 de las Naciones Unidas (suscrita por la República de Nicaragua el 20 de Noviembre de 1989, aprobada por la Asamblea Nacional mediante Decreto Legislativo No. 324 el 18 de Abril de 1990. Publicada en La Gaceta No. 180 del 20 de Septiembre de 1990. Ratificada por el Estado de Nicaragua el 5 de Octubre de 1990.)



La atribución de la guarda y custodia de menores está determinada en la jurisprudencia de varios países e incluso Nicaragua por la supremacía del Interés Superior del Menor, objetivo fundamental del Derecho de Familia, en correspondencia con el conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o patrimonio pueden ser afectados por medidas que otros tomen en su nombre. Actualmente la institución familiar ha evolucionado, debido a las transformaciones sociales como la integración cultural, los movimientos migratorios, el desarrollo de las nuevas tecnologías, entre otros; en consecuencia es necesario la creación e implementación de instrumentos jurídicos que velen de forma integral por la protección de todos y cada una de las personas que integran el núcleo familiar, teniendo como base fundamental el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Este cambio también ocurre en el derecho comparado, donde la mayoría de los países no se refieren al término “patria potestad”, sino que algunos utilizan otro término, también en revisión, “autoridad parental”. La expresión más moderna, utilizada en diversas legislaciones y en resoluciones judiciales de Tribunales Internacionales es la de “responsabilidad parental” para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos.

El libro tercero del Código de Familia de la república de Nicaragua ley 870 nos menciona “De la autoridad parental o relación, madre, padre, hijos e hijas”, dicho Código protege a los menores e incapaces garantizando el desarrollo integral de dichos niños, niñas y adolescentes, regulado en los diferentes convenios, tratados, pactos, ratificados por el Estado de Nicaragua y de esta forma contribuir a la formación de mejores ciudadanos para nuestra sociedad y el



mundo, sin embargo no se puede dejar de mencionar que el Código de Familia no regula la figura de la Coparentalidad, la cual se considera de gran relevancia en la relaciones personales actuales entre los matrimonios que se disuelven, ya que como se mencionó anteriormente, en las últimas décadas las familias han ido cambiando, no sólo en su forma y contenido, sino que también su significación para la sociedad.

En una familia en relacion de hecho o de matrimonio ambos progenitores cuidan de los hijos, pero suele ocurrir que cuando los padres se separan, uno es el tenedor de los hijos, tiene una familia incompleta y es doblemente responsable, y el otro, se convierte en visitante, se convierte en un extraño pagador, ya que el régimen de visitas desestabiliza la dinámica interaccional entre padres e hijos, desarticulando la cotidianidad, es por lo anterior que frente a las rupturas de pareja, y el notable aumento de la conflictividad que la misma conlleva para la familia en un proceso de separación, se necesita implementar un adecuado sistema de protección que les garantice las condiciones necesarias para su desarrollo, así como para alcanzar un trato amplio y fluido de los hijos con ambos padres, por todo lo antes expuesto, fue nuestro motivo seleccionar como tema el presente trabajo investigativo que le hemos llamado: “La responsabilidad Parental y la Coparentalidad”.

Nicaragua es un Estado que reconoce a la familia como el origen y fin de la actividad organizada, para asegurar el bien común, además fortalece el papel de dicha institución como núcleo fundamental de la sociedad, lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo segundo de la Ley No. 854 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”.



El Estado de Nicaragua respeta de forma fehaciente los derechos humanos de todas las personas, lo cual se ve reflejado en la creación de instrumentos jurídicos que procuran la protección de los derechos fundamentales, así como también la ratificación de instrumentos jurídicos de carácter internacional, dirigidos a salvaguardar los derechos que de una u otra forma se pueden ver vulnerados por los cambios sociales, por lo que se puede afirmar que en Nicaragua se procura la creación de Leyes que se adapten a las transformaciones actuales, pues no podemos olvidar que el Derecho es la forma de las formas sociales. Prueba de lo anterior, es la aprobación del Código de Familia en junio del año dos mil catorce y publicado en la Gaceta el ocho de octubre del mismo año, el cual se estructuró en seiscientos setenta y cuatro artículos, divididos en un título preliminar y seis libros. El cual entró en vigencia el ocho de abril del dos mil quince.

Las Preguntas de la investigación Es en base a lo anterior es que surgen las interrogantes siguientes: ¿Es realmente necesaria la aplicación de la figura de la Coparentalidad en el sistema jurídico nacional?, ¿Es el sistema de custodia monoparental el mejor para el desarrollo integral del menor niño, niña y/o adolescente?, ¿Cuáles son los beneficios de la Coparentalidad en la sociedad actual?, ¿Plasma el Código de Familia las realidades sociales de los nicaragüenses?

El objetivo general de este trabajo investigativo es: “Conocer sobre la figura de la responsabilidad parental y su relación con el Principio de Coparentalidad”. Dentro de los objetivos específicos se plantea, en primer lugar “Estudiar la evolución de la responsabilidad parental a través de la historia”; en segundo



lugar se pretende “Determinar la importancia de la regulación de la Coparentalidad en el sistema jurídico nacional”; y por último: “Comparar la legislación Nicaragüense con la de otros países en relación al tema seleccionado”.

Los objetivos planteados se lograran mediante el desarrollo de cuatro capítulos, de los cuales el primero tiene por nombre: “Evolución Histórica de la Responsabilidad Parental”, a través del cual se pretende que el lector conozca el génesis y desarrollo de la figura de la Responsabilidad Parental, partiendo del Derecho Romano y como fue su evolución hasta llegar a ser ejercida por ambos padres. El capítulo número dos se denomina: “Ejercicio de la Responsabilidad Parental en Nicaragua” en el cual se podrá encontrar los principales conceptos y definiciones de dicha institución, así como su naturaleza jurídica, características y el marco legal nacional e internacional en que se basó el legislador nicaragüense. El capítulo número tres lleva por título “Aplicación de la Coparentalidad en el sistema Jurídico Actual” donde se podrá encontrar una propuesta de responsabilidad parental compartida por ambos padres aun cuando los mismos no continúen manteniendo vinculo matrimonial, como una propuesta positiva para la transformación de los esquemas de ordenación de las relaciones personales paterno-filiales, teniendo como punta de partida lo establecido en los instrumentos jurídicos internacionales. Y por último el capítulo número cuatro se denominó: “Convergencias y Divergencias de la Coparentalidad” en el cual se abordará los alcances del trabajo investigativo, tomando como referencia la experiencia positivas y negativa de otros países.



CAPITULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

1.1.- La Patria potestad en el derecho Romano.

En el Derecho antiguo, en las diferentes legislaciones, la Patria Potestad, actualmente Autoridad Parental, significaba un privilegio, una facultad y un poder a favor del padre, no así a favor de la madre quien no podía ejercer este derecho, el cual era una potestad vitalicia que no la extinguía ni la mayoría de edad, ni el matrimonio.

En Roma, por el carácter singular de su organización familiar, la patria potestad consistía en un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos, las potestades del padre subsistían hasta su muerte, cualquiera fuera la edad de los hijos.

En el Derecho Romano el padre ejercía sobre su hijo un poder similar al imperium público¹ (fueran estos mayores o menores y sólo bastaba tener un parentesco ya sea consanguíneo o por un estado civil, ya sea por matrimonio o por adopción), ya que el término potestad referido a oficio público equivalía a imperium, por lo que en su amplitud la patria potestad comprendía el derecho de abandono, de exclusión de la familia, de venta, de privación del patrimonio y hasta el derecho de vida sobre el hijo; “el pater familias tenía sobre las personas in patria potestate, que significa una autoridad absoluta sobre las otras personas de su casa, no solamente sobre la mujer, sino sobre los esclavos y sobre las personas que estaban asimiladas a los esclavos”; el padre en esta etapa podía abandonar al hijo como si fuera un esclavo o una cosa, podía venderlo,

¹ Es un término jurídico que designaban en la antigua Roma para referirse al poder de mando y castigo, de índole militar, del gobernante sobre los ciudadanos convocados a la guerra.



recuperarlo y volver a vender e inclusive reivindicarlo, pero también castigarlo y sus adquisiciones patrimoniales pasaban al padre².

Se puede decir entonces que la Patria Potestad en el Derecho Romano se caracterizaba por una estricta unidad, con rasgos de absolutismo, en donde sólo el pater era sui iuris³ y los demás miembros eran subiecti, es decir, alieni iuris⁴. El poder que sujetaba a los miembros de la familia era unitario, pero con distinciones normativas, tratándose de la mujer tomaba el nombre específico de manus; con respecto a los hijos y demás descendientes se llamaba patria potestas; y en relación a los hombres libres adquiridos a su propio padre, la potestad del adquirente se denominaba mancipium⁵.

En cuanto al ámbito patrimonial, los descendientes carecían de patrimonio, por ello eran incapaces de tener bienes en dominio, tampoco podían ser titulares de derechos reales, y no podían ser acreedores o deudores. Como si tenían capacidad de ejercicio, pero no de goce, eran sujetos de derecho y actuaban en la vida jurídica, adquiriendo el dominio o derechos reales, sea entre vivos o por causa de muerte, pero su intervención debía ser como adquirente, nunca como enajenante o transmitente del dominio o constituyente del derecho de que se trate. Lo adquirido por los hijos, lo adquiriría el padre, siempre que aquél obrara con el conocimiento de éste.

² CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA; BONILLA DE AVELAR, EMMA DINORAH, y otros. Manual de Derecho de Familia, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Segunda Edición, 1995, P. 588.

³ La expresión sui iuris indica que la persona tiene un derecho o una potestad sobre sí misma, que no depende de nadie. Se aplica tanto a hombres como a mujeres de cualquier edad, pero a los hombres se atribuye además el nombre de pater familias.

⁴ Alieni iuris era la persona sometida a la potestad, estaba sujeta al derecho de otro. Los alieni iuri eran: la mujer casada, los hijos propios o adoptivos, los descendientes de los hijos, las hijas (pero no sus descendientes), las personas in mancipio y los esclavos.

⁵ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, Derecho Privado Romano, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1996, P. 285.



Todos los derechos absolutos que tenía el padre con respecto a sus hijos y descendientes, en la vida diaria eran más flexibles y posteriormente fueron atenuándose en las leyes; en cuanto a la modificación normativa podemos señalar como ejemplo, que el derecho absoluto que tuvo el pater familias de vender al hijo, la Ley de las XII tablas lo restringió, estableciendo que si vendía a su hijo tres veces perdía la patria potestad y la jurisprudencia lo limitó a los hijos varones de primer grado, pues los otros hijos, hijas, nietos, salían de la patria potestad por una sola emancipatio⁶. En cuanto al derecho de castigar, maltratar y quitar la vida al hijo, se fue atenuando gradualmente, hasta que una Constitución del año 365 D.C., el padre sólo conservaba un derecho de corrección moderado.

Si el aspecto personal de la patria potestad en el Derecho Romano evolucionó, el patrimonial también. Al comienzo el hijo no tenía patrimonio y por lo tanto, nada adquiría para él, pero se le fue habilitando a través de peculios⁷ para tener bienes propios. Primero se le otorgó el peculio castrense, luego se le reconoció un peculio cuasi castrense, y también un peculio adventicio. Los bienes comprendidos en este último pertenecían al hijo en nuda propiedad y el padre tenía pleno usufructo y administración, el hijo no podía disponer de ellos. Este peculio exponía al hijo a que su padre no lo emancipara por tener interés en el usufructo, para atenuar esto, Constantinus permitió que al emancipar al hijo, el padre retuviera un tercio del peculio, y este tercio de propiedad, Justinianus sustituyó el usufructo de la mitad⁸.

⁶ Por esta vía, junto al caso de la muerte del pater, el hijo se convierte en sui iuris.

⁷ Eran porciones pequeñas de bienes, que se separaban en el antiguo Derecho Romano, del patrimonio familiar, que pertenecía en su integridad y en propiedad al pater familias.

⁸ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, ob. cit., P. 290.



1.1.1.- Extinción de la patria potestad en el derecho Romano.

El poder del padre sobre sus hijos se disuelve por:

-) La muerte del Pater Familias;
-) Por Capitis deminutio del padre: pierde la libertad y la ciudadanía y pasa a la condición de esclavo;
-) Por Capitis deminutio media: donde se pierde la ciudadanía con retención de la libertad;
-) Por Capitis deminutio mínima: en esta se conserva la ciudadanía y la libertad, pero la persona cambió su posición familiar, por ejemplo de sui iuris se pasa a alieni iuris, como ejemplo más claro de ello tenemos el caso de la adrogación o adopción de un pater, éste pierde el poder que tenía sobre sus ascendientes;
-) Por Emancipatio: consiste en una liberación voluntaria que efectúa el padre, se aprovechaba de una disposición de las XII tablas que declaraba libre al hijo varón que había sido objeto de una triple venta por su padre, o una sola si eran hijas u otros descendientes de ambos sexos. Para emancipar a un hijo se tenía que recurrir a un proceso complejo, éste se fue atenuando, hasta que Justinianus dispuso que los que quisieran emancipar a un hijo podían hacerlo presentándose ante el Juez, y declarar ante él la voluntad de emancipar, para lo cual se requería el consentimiento del hijo.

1.2.- La patria potestad en otros sistemas jurídicos.

En el Derecho consuetudinario Francés, no se reconocía como en las demás legislaciones a la patria potestad, donde se ejercía la misma como un poder inflexible y rígido lo cual era lo tradicional, singularmente en el primitivo Derecho Romano; sino que existía la tutela atribuida a los padres



condicionándola con más deberes que derechos y por ende se ejercía la autoridad paterna en interés de la familia y de los hijos.

En el Derecho Germánico se concebía la patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del hijo, como parte de una protección más general proyectada hacia todo el grupo familiar, se evidenciaba además una participación materna, no sólo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, sino, para reconocerle derechos y deberes durante el ejercicio de la patria potestad. Reconociendo la autoridad del padre, la función de la madre se delimitó demostrando con claridad que, la participación de ella, se justifica por la necesidad del amparo del hijo ante la ausencia del otro⁹.

Después de la Revolución Francesa, en 1792 con el Decreto del veintiocho de agosto, se abolió en realidad la patria potestad, tal como se concebía a través del Derecho de Roma, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufructo concebido a los padres sobre los bienes de sus hijos menores; la autoridad paterna se concibió como una medida de protección para los menores, que cesaría a la mayoría de edad del hijo y se impuso el control con la creación de los Tribunales de Familia.

El Código de Napoleón de mil ochocientos cuatro, a pesar de afirmar que la patria potestad constituía una protección a favor del hijo, consagró los poderes del padre atribuyéndole en principio el ejercicio de múltiples derechos y establecía a su favor, y en su defecto a favor de la madre, el derecho de usufructo legal, creyendo compensar con éste, los deberes de cuidado y administración. El

⁹ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, LUIS, *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, México D.F., Uteha, 1947, P. 277.



ejemplo del Código de Napoleón fue seguido por casi todas las legislaciones latinas que se inspiraron en sus principios. El Código de Napoleón proclamó la patria potestad, suprimió los Tribunales de Familia y rehusó el control judicial y la decadencia posible de la potestad del padre sobre los hijos.

El Código Civil Suizo, representaba un espíritu transaccional entre la tendencia latina e hizo en cuanto a la patria potestad se refiere, una especie de tutela concediéndole un papel muy importante en el desenvolvimiento legal a las autoridades del orden tutelar, rumbos análogos se fueron marcando en la legislación Inglesa y Norteamericana, que consideraban a la patria potestad como una función tuitiva¹⁰ y legal sobre los hijos menores, sometida al control de autoridades y jurisdicciones especiales, sin otorgar a las personas que la ejercían, ningún derecho de usufructo sobre los bienes sujetos a ella¹¹.

En el Derecho moderno, la Patria Potestad, ahora Autoridad o Responsabilidad Parental, no sólo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de llegar a la mayoría de edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi pública, en beneficio de los hijos menores de edad, sometida al control de autoridades estatales, para garantizar los derechos de los menores y de los bienes que le pertenecen.

¹⁰ De los Derechos del Rey y del pueblo al gobierno local, función protectora de la Ley.

¹¹ CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA; BONILLA DE AVELAR, EMMA DINORAH, y otros, ob. cit., P. 590.



La Doctrina reitera que las orientaciones modernas más significativas en la institución de la Patria Potestad, son: que la patria potestad es una función de ambos padres; se admite la fiscalización del ejercicio de la autoridad paterna, entendiéndose que el Estado tiene el derecho y el deber de vigilar como cumplen los padres las obligaciones que dicha autoridad les impone. Así el Juez puede intervenir en determinados casos en la patria potestad, para proteger el interés de los hijos; la patria potestad deber ser ejercida en forma conjunta por los progenitores.

En 1925, se promulga en Inglaterra la Guardianship of Infants Act que en español es traducido, “**Ley de tutela de menores**” que se instituye como el primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor varón a través de la potestad suprema, exclusiva y excluyente¹².

Este mismo instituto consagró que, en caso de guarda y custodia, los tribunales deberían tener como consideración suprema el bienestar de los menores. La Coparentalidad se basa en principios rectores que son: el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el equilibrado reparto de derechos y deberes respecto a cada uno de ellos. Ahora bien las modalidades para aplicar la Coparentalidad son diversas, como diversas son las circunstancias, supone en principio distribuir la convivencia del hijo con ambos progenitores por tiempos iguales (semanas, meses, etc.) siempre que concurren una serie de circunstancias como: proximidad de los domicilios de los padres, y de estos con

¹² Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCI AIDA, “La guarda compartida. una visión comparativa.”, Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144 También en “Dos pasos Jurisprudenciales para la guarda compartida (uno firme otro no tanto a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia” en JA 2008-III boletín del 3/9/2008.



el centro escolar, aptitud y predisposición favorable de los padres, experiencia anterior de convivencia alterna, capacidad de consenso y acuerdo entre los padres, equilibrio emocional individual, medios propios, condiciones y obligaciones laborales de cada padre, la edad de los menores, la capacidad para hacer acuerdos en pro de los hijos.

1.3.- Influencia de los instrumentos internacionales en la transformación del concepto de responsabilidad parental.

A partir del siglo XX nuestro ordenamiento familiar ha sido escenario propicio para las reformas que tienden a mejorar la posición jurídica de los miembros de la familia, especialmente de los más necesitados de amparo, lográndose así cambios en la regulación de las relaciones padre, madre, hijos e hijas; específicamente en la figura de la responsabilidad parental, la cual ha avanzado desde la base de los derechos igualitarios, lo que significa un punto de partida necesario para el fortalecimiento del marco protector; es importante establecer que estas modificaciones no han sido causales, más bien obedecen a un progresivo cambio en la consideración de los sujetos e intereses involucrados en materia de familia, la naturaleza de las relaciones y de los vínculos jurídicos que les unen y de la forma de prevenir o solucionar el conflicto.

Podemos decir que influyen en estos cambios los tratados internacionales que incursionan en materia de familia, principalmente por el reconocimiento que la sociedad mundial ha prestado al derecho de personas, siguiendo dicho orden de ideas, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (artículo 16), agregando que



la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales y que todos los niños nacidos en matrimonio o fuera de matrimonio tiene derecho a igual protección social (artículo 25). De igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 1996, en términos semejantes se refiere a la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, además establece que en caso de disolución, se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos (artículo 23, numeral 4).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, insiste en la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Estos tres instrumentos se refieren al matrimonio, que como se sabe representa un estado normal de socialización del individuo, por tanto cuando se habla de las responsabilidades de los cónyuges no puede pensarse solo en aquellas que los vinculan recíprocamente, sino también en aquellas responsabilidades que los unen a sus hijos, aun después de la disolución del matrimonio. En dichos instrumentos no solamente se hace referencia al enfoque de los derechos, sino que particularmente a las responsabilidades de los padres.

La convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el dieciocho de diciembre de 1979, esta Convención de la ONU entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, es uno de los instrumentos que marca un punto de inflexión en materia de la responsabilidad



de los padres, al tener presente en su preámbulo la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y afirmar que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombre y mujeres y la sociedad en su conjunto. En virtud de lo anterior el artículo cinco literal b) establece que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada en la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos.

También dicho cuerpo normativo en su artículo dieciséis literal d) impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; y en su literal f) establece que los Estados partes aseguran en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto a la tutela, custodia, y adopción de los hijos, y en todos los casos, los intereses de los hijos e hijas serán la consideración primordial. A partir de ahí se fijan dos parámetros relevantes como son: la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades como progenitores y el interés superior de los hijos como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores.



1.4.- Antecedentes de la figura de la patria potestad en el sistema jurídico nacional.

En el Código Civil de Nicaragua de 1904, se regulaba aun el término de la “Patria Potestad”, el cual se encontraba establecido en el capítulo IV “Paternidad y Filiación”, específicamente en el Título III “De la Patria Potestad”, en donde se definía dicha figura como el conjunto de derechos de los padres para dirigir las personas de sus hijos menores, protegerlos y administrar sus bienes. Se puede observar que dicho cuerpo jurídico se había realizado desde un pensamiento andro-céntrico, ya que siempre se ponía al hombre por encima de la mujer, en consecuencia el principio de igualdad era totalmente vulnerado al establecerse que era al padre a quien especialmente correspondía durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, tanto en juicio como fuera de él, otorgándole a la madre un papel secundario en la participación del cuidado y educación de sus hijos, la única forma en que la mamá podía ejercer plenamente el ejercicio de los derechos y obligaciones que implicaba la patria potestad era en caso de defecto del padre.

El padre, además del cuidado y representación legal de los hijos, comprendía también el derecho de administrar los bienes del hijo menor, sin embargo el hijo administraría como si fuese mayor de edad, los bienes que lograra adquirir por las letras o las artes liberales, y los que adquiriera con su trabajo o industria, además la patria potestad no se extendía al hijo que desempeñara un empleo o cargo público, ya que los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos. “El padre tendrá como



retribución por el manejo de los bienes del hijo, la misma que corresponda al guardador general”¹³.

Es importante establecer que el padre perdía la administración de los bienes del hijo, cuando:

-) Fuese ruinoso al haber del menor;
-) Se le probara ineptitud para administrarlos;
-) Se hallara reducido a estado de insolvencia o concurso judicial de sus acreedores.

Otro punto que llama poderosamente la atención, es que en el Código Civil de 1904 se hacía aun distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, es decir que se establecían diferencias entre los hijos que se encontraban dentro de un matrimonio y los que se encontraban fuera del mismo, sobre estos últimos también se ejercía la patria potestad por parte del padre, siempre y cuando dichos hijos menores hubiesen sido reconocidos por su progenitor, en caso contrario la patria potestad le correspondía de forma total a la madre de los hijos ilegítimos.

La Patria Potestad era suspendida:

1. Por Incapacidad del padre o madre, reconocida judicialmente.
2. Por la ausencia de los mismos con arreglo a los términos del Artículo 48.
3. Por sentencia pronunciada contra el padre o madre, que contenga en sus decisiones la interdicción temporal de la patria potestad¹⁴.

La Patria Potestad se terminaba:

- a) Por la muerte del padre o la madre.
- b) Por la emancipación, mayoría de edad o declaratoria de mayoría de edad de los hijos.

¹³Código Civil de Nicaragua de 1904, Artículo 255.

¹⁴Código Civil de Nicaragua de 1904, Artículo 268.



- c) Cuando el padre maltrataba habitualmente al hijo, o lo pone en peligro de perder su vida o le causa grave daño.
- d) Cuando el padre o madre ha abandonado al hijo.
- e) Cuando la depravación del padre o madre le hace indigno de ejercer la patria potestad.
- f) Por toda sentencia ejecutoria que declare al padre o madre culpable de un delito que se castigue con penas que llevan consigo la pérdida de la patria¹⁵.

De lo anterior se puede afirmar que en un inicio en Nicaragua, la regulación de la figura de la patria potestad, actualmente Responsabilidad Parental, si bien no era tan extremista como en el antiguo Derecho Romano, de igual forma no se puede negar que dicha regulación se enmarcaba en perfiles patriarcales, lo que provocaba un desequilibrio en el respeto de los derechos de las mujeres en cuanto al pleno ejercicio y goce de dichos deberes y obligaciones; los cuales tenían que ser dirigidos a la protección integral del menor (lo que a pesar de la vulneración al principio de igualdad entre los padres se lograba).

Es importante señalar que dicho Código fue promulgado siguiendo las ideas androcéntricas y culturales de la época, sin embargo a través de dicho cuerpo normativo se respetaba el cuidado e integridad del menor en relación a la crianza y educación del mismo, pero la incidencia de las normas internacionales y la transformación social de la familia impulsaron la creación de nuevos cuerpos jurídicos que procuran regular en la medida de lo posible la protección de todos los miembros de la institución social por excelencia.

¹⁵ Código Civil de Nicaragua de 1904, Artículo 269.



Es así como en Nicaragua se fueron creando un sin número de Leyes dirigidas a proteger los vacíos que se encontraban en el Código Civil de 1904, y también a regular nuevos aspectos sociales dirigidos a lograr siempre la solución de conflictos de una forma amigable sin perjudicar a los menores, dentro de estas leyes anteriores a la Ley No. 870 “Código de Familia” se encontraban:

- a) Ley No. 623 “Ley de Responsabilidad Paterna y Materna”;
- b) Decreto No. 102-2007 “Reglamento a la Ley No. 623”;
- c) Ley No. 143 “Ley de Alimentos”;
- d) Ley No. 38 “Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las Partes”;
- e) Decreto No. 1065 “Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos”;
- f) Decreto No. 862 “Ley de Adopción”; entre otras.
- g) El código de familia ley 870.

Con el Decreto No. 1065 “Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos”, se dejó claramente establecido que corresponde a ambos padres de forma vinculada el cuidado, crianza, y educación de los hijos, así como la representación y administración de los bienes; es decir que a diferencia de lo que establecía el Código Civil, a través del Decreto No. 1065 se reivindica el papel de la mujer y la importancia de la madre en el ejercicio de los deberes y obligaciones para con sus hijos de forma análoga con el padre, por lo que a ambos corresponde:



- a) Suministrar a los hijos todo lo relacionado a los alimentos adecuados (vestido, vivienda, recreación y todo lo que implica el concepto de alimento);
- b) Velar por la buena conducta de los hijos;
- c) Representar Judicial y extrajudicialmente a los hijos;
- d) Administrar sus bienes.

A través de la implementación de los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado de Nicaragua en las normas internas del país, se logra el avance en el respeto de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los miembros del núcleo familiar en torno al tema en estudio, principalmente se lograr la protección de los hijos respetando el principio de interés superior del niño, lográndose que ambos padres participen de forma conjunta en la crianza y educación de los hijos, hasta llegar a la creación del Código de Familia, aprobado en Junio de dos mil catorce y publicado en la Gaceta el ocho de octubre del mismo año, en donde el legislador nicaragüense crea un cuerpo legal que permite que ambos padres (vivan juntos o separados) sean parte en igualdad de condiciones en la vida de sus hijos.

La ley 870 código de familia de la Republica de Nicaragua menciona los derechos y deberes que tienen los progenitores con respecto a los hijos y dice que: Los hijos o hijas que sean niños, niñas o adolescentes no emancipados están bajo el cuidado del padre y de la madre, o de quien ejerza autoridad parental, han de seguir sus orientaciones, guardarles respeto y consideración. Los hijos e hijas mayores de edad deberán de asistir al padre y madre o a quien ejerza autoridad parental, en circunstancias adversas y cuando sean adultos mayores, además de



contribuir a los gastos familiares. Estos derechos y obligaciones no son excluyentes de los derechos y obligaciones que se encuentren establecidos en los instrumentos y tratados internacionales y demás leyes relacionadas a las niñas, niños o adolescentes, así como a las personas adultas mayores¹⁶.

El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y madre conjuntamente o a uno de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no solo cuando hubiere fallecido, sino cuando se le haya despojado de tal facultad, se ausentare, se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz.

En caso de ausencia de ambos padres, la autoridad parental será ejercida por quien esté a cargo de la familia¹⁷.

La representación legal de los hijos e hijas que se encuentren bajo la autoridad parental, será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, o uno de ellos cuando falte el otro, o quien tenga la representación declarada judicialmente. Se entenderá que falta el padre o la madre, no solo cuando hubiera fallecido, sino cuando se ausentare y se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz. En caso de ausencia simultánea de la madre y del padre la representación legal será ejercida por el tutor o tutora¹⁸.

¹⁶ Código de familia ley 870 Artículo 268 Obligaciones de los hijos e hijas con relación a sus progenitores o quien ejerza la autoridad parental.

¹⁷ **Ibídem. Artículo 269 Ejercicio de la autoridad parental.**

¹⁸ **Ibídem. Artículo 270 Representación legal del hijo e hija**



La Procuraduría nacional de la familia representará legalmente a los niños, niñas y adolescentes huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida o abandonados, de los mayores de edad declarados incapaces o mayores discapacitados, de los que por causas legales hubiesen salido de la autoridad parental y de aquellos que por cualquier motivo carecieren de representación legal, mientras no se le nombre tutor o tutora.

El cuidado y crianza temporal de estos niños, niñas, adolescentes y personas discapacitadas o declaradas judicialmente incapaces, será asumido por el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez mientras se le ubique en un hogar sustituto¹⁹.

El padre y la madre que son adolescentes, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos e hijas pero la representación legal de los mismos, así como la administración de los bienes, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental de los padres que sean adolescentes, quienes la ejercerán conjuntamente, hasta que adquieran capacidad jurídica plena²⁰.

Se exceptúan de la representación legal ejercida por los progenitores:

- a) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo o hija de acuerdo con la ley y las condiciones de su edad, pueda realizar por sí mismo.
- b) Los actos relativos a bienes heredados, legados o donados excluidos de la administración de los progenitores.
- c) Cuando existiere intereses contrapuestos entre uno o ambos progenitores con el hijo o hija.

¹⁹ *Ibidem*. Artículo 271 De la representación legal del Estado.

²⁰ *Ibidem*. Artículo 272 Representación legal de los hijos e hijas cuando son padres y madres adolescentes.



Para disponer de los bienes en los dos últimos casos se necesitará autorización judicial, dándole intervención a la Procuraduría nacional de la familia²¹.

El ejercicio de las relaciones entre madre, padre, hijo e hija y tutores o tutoras comprenden los siguientes deberes y facultades²²:

- a) Proteger la vida, la integridad física, psíquica, moral y social de sus hijas e hijos y tenerlos en su compañía.
- b) Suministrarles medios necesarios para su desarrollo integral, proveyéndoles la alimentación adecuada, vestuario, vivienda y en general los medios materiales necesarios para su desarrollo físico, la preservación de su salud y su educación formal.
- c) Velar por la estabilidad emocional, estimular el desarrollo de sus capacidades de decisión en la familia y el sentido de responsabilidad social.
- d) Educarlos para que participen en las labores compartidas en el hogar y prepararlos para el trabajo socialmente digno.
- e) Orientar la formación de sus hijos o hijas en un plano de igualdad promoviendo valores, hábitos, tradiciones y costumbres que fomenten el respeto, la solidaridad, la unidad y la responsabilidad en la familia.
- f) Orientar adecuadamente a los hijos e hijas, pudiendo auxiliarse de profesionales especializados, que podrán brindar asesoría psicopedagógica en centros educativos o bien en la delegación del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez.

²¹ *Ibídem.* Artículo 273 Excepción a la representación legal ejercida por los progenitores

²² *Ibídem.* Artículo 274 Deberes y facultades de las relaciones entre madre, padre, hijo e hija



g) Ejercer la representación judicial y extrajudicial de sus hijos e hijas que sean niños, niñas o adolescentes y personas declarados judicialmente incapaces.

h) Administrar sus bienes.

Las acciones y decisiones señaladas en el presente Código, se tomarán conjuntamente cuando los progenitores vivan juntos. Corresponderá solamente al padre o a la madre que viva con el hijo o hija por ausencia o fallecimiento del otro o porque se le halle suspendido o privado del ejercicio de las relaciones madre, padre, hijos e hijas.

La representación legal exclusiva la tendrá el progenitor a quien mediante sentencia judicial se le haya conferido el cuidado, crianza y representación, por habersele suspendido o limitado la autoridad parental al otro progenitor²³.

²³ *Ibídem.* Artículo 275 La representación legal exclusiva.



CAPITULO II: EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN NICARAGUA.

2.1.- Concepto de Autoridad parental.

Junto con la protección integral de los derechos de los niños, en su calidad de seres humanos con pleno respeto a su dignidad de tal, a la sociedad le interesa la correcta formación de sus integrantes²⁴.

Tal como la define el artículo 267 de la Ley No. 870 “Código de Familia” la Autoridad Parental es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores con respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean niños, niñas y adolescentes y no se hayan emancipado o mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

Este concepto responde a las transformaciones que ha experimentado la familia en la sociedad actual, donde sus integrantes ya no responden a un rol definido con carácter de subordinación de un sujeto respecto al otro, sino que los sujetos de la relación paterno-filial²⁵, se encuentran en un plano horizontal, donde impera la opinión de todos los involucrados²⁶.

Con la definición de Autoridad Parental queda claro que la intención de la misma es reconocer que los hijos por su condición de tales, tienen derechos propios que deben ser respetados tanto por ambos padres como también por el Estado; además que los niños, niñas y adolescentes por su condición humana tienen

²⁴ DIEZ-PICAZO, LUIS GULLON, ANTONIO, “Sistema de Derecho Civil”, I 10ª Ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 285.

²⁵ Vinculo Jurídico existente entre el hijo, hija y sus progenitores. Tiene lugar por consanguinidad o por adopción.

²⁶ WEINSTEIN W., GRACIELA, Autoridad Paterna y Patria Potestad, LOM Ediciones, 1998, Santiago, Chile, P. 62.



derecho a la existencia, a la integridad personal y por ello es responsabilidad de los padres proporcionar lo necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas, y adolescentes por lo que rige el principio de interés superior del niño, el cual también se encuentra íntegramente reflejado en el artículo 10 de la Ley No. 287 “Código de la niñez y adolescencia”.

Ahora bien, de acuerdo a lo que establece el Código de Familia el ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y madre conjuntamente o a uno de ellos cuando falte el otro, no solo cuando hubiere fallecido, sino cuando se le haya despojado de tal facultad, se ausentare, se ignore su paradero o fuese judicialmente declarado incapaz. En caso de ausencia de ambos padres, la autoridad parental será ejercida por quien esté a cargo de la familia²⁷.

Lo establecido en el artículo 269 del Código de Familia guarda estrecha relación con el fundamento constitucional de que “las relaciones familiares descansan en la igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer²⁸”, otorgando a cada uno de los progenitores iguales derechos y obligaciones en el cuidado y crianza de sus hijos, lo que implica alimentación, afecto, protección, vivienda, educación, recreación, y atención médica física, mental y emocional de sus hijos e hijas.

Es decir que como consecuencia del vínculo jurídico entre el hijo, hija y sus progenitores, el Derecho a creado una serie de obligaciones que tienen que ser ejercidos responsablemente y de forma conjunta por los progenitores, cumpliéndose en este sentido la disposición que señala el párrafo segundo del

²⁷Artículo 269 del Código de Familia de Nicaragua.

²⁸Artículo 73 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.



artículo 71 de la Constitución Política de la República de Nicaragua que reza: “La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo que tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del niño y la niña”.

A través del Código de Familia no solamente se procura la protección de los menores sino que también de los incapaces, es decir que se sigue hablando del tema de la igualdad como eje central de este instrumento jurídico, y si de igualdad se refiere, es importante dejar establecido que dicha norma también hace hincapié en el respeto de todos los hijos, por lo que no se hace ninguna designación discriminatoria en materia de filiación.

2.2.- Naturaleza jurídica de la Autoridad parental.

En el siglo veinte XX surge la doctrina de la protección Integral, orientada a una legislación de especialidad, la que centra su atención en la perspectiva del niño, niña y adolescente como sujetos titulares de derechos, y le otorga al Estado, a la sociedad y en primer lugar a la familia, el rol garante de esos derechos²⁹. Como la atención se centra en el niño, la responsabilidad parental tiene como esencia los deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos, y que se encuentran íntimamente ligados a los fines de la institución, que también se concentran en el niño, específicamente en el ejercicio de sus derechos.

Hay diversas teorías que definen a la Autoridad Parental como: poder de los padres, institución, facultad natural, función de los padres. Sin mayores consideraciones sobre las tres primeras, diremos que la función de los padres es a

²⁹ **BARLETTA VILLARÁN, MARÍA CONSUELO.** La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004, Sevilla, España.



la que se adhiere la legislación nacional, la cual se identifica como la función que ejercen los padres para la protección del hijo, siendo una función propia del vínculo³⁰. Para que los niños puedan ejercer sus derechos reconocidos, se les han confiado diversos deberes a los padres, entre ellos: criarlos, educarlos, cuidarlos, administrar sus bienes, y representarlos, los cuales se pueden encontrar con mayor detalle en el artículo 274 y 276 del Código de Familia de Nicaragua. También se les dio a los progenitores derechos-deberes con el objeto de cumplir de mejor manera las responsabilidades otorgadas.

De acuerdo a los derechos-deberes que se confiere a los titulares de la autoridad parental, o sea al padre y a la madre, atendiendo principalmente al interés de su hijo menor bajo autoridad parental, es que los derechos que se confieren implican correlativos deberes, por ejemplo si bien es cierto que los padres tienen el deber de criar a sus hijos, tienen el derecho también de hacerlo de forma exclusiva; así como también los hijos tienen el derecho de ser asistidos por sus padres, ellos tienen el deber de vivir con estos.

En cuanto a los deberes, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo dieciocho que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño; así también el artículo veintisiete impone a los padres la responsabilidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño. Respecto a los derechos confiados a los padres, el artículo cinco de la convención señala que se respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle al niño dirección y orientación apropiadas, pero con el fin de que el niño ejerza sus derechos. Afirmándose

³⁰ CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA; BONILLA DE AVELAR, EMMA DINORAH, y otros. Ob. Cit., P. 592.



entonces que el cumplimiento de los deberes y derechos tienen diversos propósitos, que son en definitiva, los fines de la responsabilidad parental.

El mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores: el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del niño obligan a los Estados partes a respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y cuidado directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño. Este es el criterio prevalente en aquellos ordenamientos jurídicos que introducen el modelo de Coparentalidad como modelo principal, salvo que el interés del menor requiera una custodia exclusiva.

El bienestar emocional del menor: se traen aquí las conclusiones alcanzadas en la moderna psicología que mantienen que lo más importante para el adecuado desarrollo del menor en la actualidad como para su futuro como adulto es su bienestar afectivo y emocional.

2.3.- Principios que integran la institución de la autoridad parental.

En este acápite sólo se mencionaran los principios involucrados de forma directa con la Responsabilidad Parental, contemplados en forma explícita por los tratados internacionales y que tienen un desarrollo doctrinario más amplio.

2.3.1.- El interés superior del niño.

Este principio general se contempla en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño, y también se encuentra reflejado en el artículo diez de la Ley No. 287 “Código de la niñez y adolescencia”. Se ha dicho que es un concepto jurídico indeterminado, vago, difuso y que tiene dificultades en su aplicación,



como por ejemplo los valores y prejuicios propios de los jueces y la discrecionalidad de quienes lo aplican, lo que puede conducir a una arbitrariedad³¹. Por lo que para delimitar el principio y hacerlo más concreto, hay que tener presente que el niño es ante todo una persona, sujeto de derechos y que además es una autonomía en desarrollo, lo que significa que quienes decidan con respecto a él, no sólo deben tomar en consideración el impacto inmediato de la decisión, sino también su impacto futuro en el niño y en el ejercicio de sus derechos.

En doctrina se señala, que desde que existe la Convención sobre los Derechos del Niño, ya no se puede decir que el concepto carece de un contenido y de una delimitación. Hoy en día existe un catálogo explícito de derechos del niño, y su interés se encuentra estrechamente vinculado con la protección de sus derechos. Siguiendo el mismo orden de ideas, Cillero señala que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos, y que el contenido del principio, son los propios derechos, por lo que interés y derechos se identifican³².

Por lo tanto, se concreta el principio de interés superior del niño, cuando se le permite el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, pero estos derechos pueden entrar en colisión, y el juez deberá decidir conforme al principio, que actuara en su rol de criterio definitorio.

También en el Código de familia de la republica de Nicaragua ley 870 en el artículo 2 como principio rector en el inciso i) hace mención al interés superior

³¹ **MORALES, GEORGINA.** El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares, XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”, Septiembre de 2002, La Habana, Cuba.

³² Disponible en: <http://www.iin.oea.org>. Consultado el: 22/03/2017.



del menor y dice: Los procedimientos establecidos en este Código (ley 870) se tramitarán de oficio y atendiendo el interés superior de la niñez y la adolescencia y el tipo de relaciones que regula, entendiéndose como, interés superior del niño, niña y adolescente, todo aquello que favorezca su pleno desarrollo, físico, psicológico, moral, cultural y social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficien en su máximo grado y en especial el reconocimiento, vigencia satisfacción y disfrute de sus derechos, libertades y garantías de forma integral;....

2.3.2.- Igualdad de los progenitores.

Este principio está contemplado expresamente en la Convención sobre los Derechos del niño, al señalar en su artículo dieciocho que se garantiza el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. También está contenido en la convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, en su artículo dieciséis, numeral uno, literal d.

Aun cuando este principio haya surgido de la discriminación jurídica sufrida por la mujer, la igualdad de los progenitores no sólo mira el interés de los padres, sino que también el interés del hijo, que para su desarrollo integral y la adquisición progresiva de su autonomía, necesita de la orientación educación y afecto de ambos progenitores. Es por ello que este principio tienda hacia la Coparentalidad (tema que será abordado de forma plena en el siguiente capítulo), y no sólo para cuando los padres viven juntos, sino también en caso de que estén separados, pues las convenciones internacionales no distinguen.



2.3.3.- Características de la autoridad parental.

La Autoridad Parental es irrenunciable: Por ser una función de orden público no puede ser objeto de abandono ni delegación, pues implica el incumplimiento de las responsabilidades más serias, que puede asumir una persona: traer hijos al mundo. La autoridad parental no puede renunciarse, pues si esto fuese posible, existiría una gran cantidad de niños sin padres.

La Autoridad Parental es intransferible: Como toda relación de familia es personalísima, los deberes y facultades que la integran están fuera del comercio, no pudiendo cederse en todo o parte. En el caso de quien la ejerza muera o se imposibilite para cumplirla, la Ley señala quienes son los sujetos que deben asumirla. Es importante mencionar que el carácter de intransferible atribuido a la autoridad parental, no excluye la posibilidad de que el padre delegue en un tercero, derechos concretos derivado de dicha institución.

La Autoridad Parental es temporal: pues está sometida en cuanto a su duración a término, según los siguientes supuestos: ya sea porque el hijo obtuvo su mayoría de edad, por pérdida de la vida del padre o madre y por una decisión judicial. En razón de protección del hijo incapaz, la autoridad parental puede prorrogarse o restablecerse, después de la mayoría de edad.

La Autoridad Parental no se extingue por falta de ejercicio o por prescripción: Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación, ni su derecho para entrar a su ejercicio. Como sanción del no ejercicio puede suspenderse o privarse a los padres de la misma.



La Autoridad Parental está sujeta a control judicial: Art. 4 del código de familia ley 870 dice: Autoridades en asuntos de familia.

Para el efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en este Código velarán, armónicamente, cada quien en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales y administrativas; así como en sede notarial.

En materia judicial conocerán los juzgados especializados de Familia, de Distrito y Locales y donde no hubiere, serán competentes los juzgados Locales de lo Civil, Locales Únicos. El Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, conocerán, para lo de su cargo.

Las Instituciones del Estado, que conforme su ley creadora, tienen atribuida funciones administrativas para asuntos familiares:

2.3.4.- Suspensión, pérdida y extinción de la autoridad parental.

Suspensión de la autoridad parental.

De acuerdo al artículo 294 del Código de Familia de Nicaragua: las causales de suspensión de la Autoridad Parental para ambos padres, uno de ellos o quien ejerza la autoridad parental son:

1. Incumpla o eluda sus obligaciones hacia el hijo o hija en forma reiterada y maliciosa;
2. Resolución judicial que declare la ausencia del padre o madre u ordene el alejamiento del hogar;
3. Sentencia contra el padre, madre o quien ejerza la autoridad parental que contenga la suspensión temporal de sus deberes y facultades;



4. Cuando se encuentre incapacitado de hecho, mientras dure la enfermedad física o psíquica que le prive de discernimiento o le impida el ejercicio normal de la autoridad parental;
5. La ebriedad habitual o uso indebido de drogas o sustancia psicotrópicas;
6. Tenga hábitos o costumbres capaces de producir deformaciones y traumas a las personalidad de los niños, niñas y adolescentes, mediante comprobación profesional de los equipos multidisciplinarios;
7. Someta al menor al maltrato físico, psíquico o morales, capaces de lesionar su salud, su integridad física o su dignidad.

Podrá la autoridad judicial competente proceder a petición de cualquier pariente del hijo o hija, de ellos mismos, del Procurador Nacional de la Familia y aun de oficio.

Se puede decir que las causales de suspensión de la autoridad parental son una medida preventiva, que no rompe definitivamente la relación jurídica de la autoridad parental. La suspensión deberá decretarse por sentencia judicial a petición de cualquier pariente consanguíneo del hijo, del procurador Nacional de la Familia o bien de oficio, como señala el artículo 294 del Código de la Familia en su parte final, por lo que el Judicial puede ordenar la medida cautelar de sacar del ámbito familiar a la persona que ostente la autoridad parental del menor y confiar al hijo a un pariente cercano o a una persona confiable o bien inténalo en un establecimiento de protección, procurándose lo más conveniente para el menor³³.

³³VÁSQUEZ LÓPEZ, LUIS, Introducción al Derecho de Familia, Editorial Lis, I Edición, 2009, P. 125.



La suspensión del ejercicio de la autoridad parental es una medida preventiva, en consecuencia, no rompe definitivamente la relación jurídica de la autoridad parental, por lo que esta puede recuperarse cuando cesen las causales que motivaron a la suspensión de la misma, o cuando se probare la readaptación o curación del padre, madre o encargado de la autoridad parental según lo establecido en el artículo 299 del Código de Familia; es más la suspensión no exime a los padres del cumplimiento de los deberes económicos que la Ley les impone para con sus hijos de conformidad a lo señalado en el artículo 296 del Código de Familia. Es importante señalar que a través de la suspensión se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada protección y asistencia, por lo que la suspensión procede en casos en que aun sin mediar una conducta dolosa no puedan los padres proveer la protección necesaria.

2.3.5.- Pérdida de la autoridad parental.

Según lo señala el artículo 295 del Código de Familia se pierde la autoridad parental cuando:

- a) El padre o la madre hubiese negado la paternidad o maternidad y tuviera que reconocerla en virtud de resolución administrativa o fallo judicial.
- b) El padre, la madre o quien ejerce la autoridad parental que abandonen al hijo o hija, pongan en peligro la vida de los mismos o le causen grave daño.
- c) Someta al hijo o hija a maltratos físicos, psíquicos o morales que lesionen su integridad.
- d) El padre o la madre que promueva para beneficio propio o de una tercera persona, la explotación sexual del hijo o hija mediante tráfico, trata o pornografía, actos sexuales remunerados y turismo sexual infantil.



- e) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de cualquiera de sus hijos, hijas y atente contra la vida o integridad física y psíquica y hubiera condena judicial, aplicable también a la persona que ejerza la autoridad parental en ausencia del padre y la madre.
- f) Se declare mediante sentencia firme la culpabilidad de un delito que se castigue con las penas que lleven consigo la pérdida de la autoridad parental o relación madre, padre e hijos.
- g) Promueva para beneficio propio o de una tercera persona, la explotación laboral del hijo o hija.

Podrá la autoridad judicial competente proceder a petición de cualquier pariente del hijo o hija, o de ellos mismos o del Procurador Nacional de la Familia y aun de oficio.

Diferentes autores consideran que la pérdida de la autoridad parental, es una sanción al padre o madre, quien jurídicamente pierde la posibilidad de ejercer los derechos-deberes que la relación jurídica paterno - filial confiere a los progenitores, por lo que se puede afirmar que la sanción va dirigida a impedir el ejercicio de esas facultades al padre o madre, que con su conducta desnaturaliza los fines que el Derecho le reconoce³⁴. La pérdida de la autoridad parental requiere de una sentencia judicial que permitirá que el hijo salga de la autoridad parental y cuidado personal del padre o la madre, o de ambos según sea el caso, en forma definitiva y además posibilita quitar al padre las facultades que en principio le corresponden.

³⁴ CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA; BONILLA DE AVELAR, EMMA DINORAH, Y OTROS, ob. cit., P. 623.



El abandono como segunda causa de privación de de la autoridad parental debe comprender no sólo la desprotección de hijo sino toda acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes paterno filiales, es decir los deberes de asistencia moral y económica, crianza, educación, orientación, entre otros, que potencializa los fines familiares que profundizan el establecimiento de la Autoridad Parental.

2.3.6.- Extinción de la autoridad parental.

El artículo 297 del Código de Familia señala que la Autoridad Parental se extingue:

- a) Por muerte del Padre o la madre;
- b) Por la emancipación del hijo o la hija;
- c) Por haber alcanzado la mayoría de edad, a excepción de los mayores declarados incapaces;
- d) Por haber entregado en adopción al hijo o hija.

El Código de Familia no conceptualiza la extinción de la autoridad parental, pero regula las causas que le ponen fin a dicha autoridad, las cuales producen para el hijo la salida inmediata de la autoridad de los padres y algunas de ellas operan de pleno derecho y operan de mero derecho y por ello, no requieren de la instancia judicial, encontrándose entre las mismas las naturales como la muerte de los progenitores.

2.4.- Rol subsidiario del Estado.

El Estado tiene obligaciones que cumplir pues está al servicio de la persona; en lo que respecta a la Autoridad Parental, cumple con un rol de garante una vez



que los padres dejan de ejercer sus responsabilidades para con sus hijos. Como ya se ha visto, los padres son los primeros en ser llamados a dar protección a sus hijos, cumpliendo con los deberes y responsabilidades que la Ley les impone, y no pueden ser objetos de injerencias sino por causas que se justifiquen en el interés superior del niño. Así, cuando los niños vean vulnerados sus derechos por aquellos que tienen la obligación de protegerlos, el Estado tendrá que actuar a través de sus órganos; primeramente los tribunales de justicia, para poner fin a la violación de derechos y decidir luego lo que mejor convenga a su interés. Si no es posible que se mantenga junto a sus progenitores o con miembros de la familia ampliada, el Estado deberá mantener instituciones que puedan hacerse cargo de él, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos.

Además el Estado debe cumplir con rol de apoyo en la labor de los progenitores, como por ejemplo, otorgando fácil acceso a la educación y salud. El reconocimiento de este principio lo encontramos a través de toda la Convención sobre los Derechos del Niño, y como ejemplo podemos citar los artículos diecinueve y veinte principalmente.



CAPITULO III: APLICACIÓN DE LA COPARENTALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO ACTUAL.

3.1.- Origen teórico de la Coparentalidad.

La conflictividad familiar que salda con la ruptura, medida en tasas de separación y divorcio, es un fenómeno social en aumento en la sociedad mundial, y Nicaragua no es la excepción. El divorcio es una de las instituciones reguladas por el Derecho con mayor ámbito de afectación social, pues sus consecuencias no son únicamente familiares, sino también económicas, psicológicas, sociales, jurídicas y afectivas; el divorcio pone fin al matrimonio pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada, ni los derechos y obligaciones que emanen de ella.

Al no alterarse la filiación, el hijo no pierde su carácter de tal por el divorcio de los padres, pues las circunstancias que determinaron dicha filiación ya están consolidadas, y quedan siempre a salvo las acciones generales para modificarla, es entonces a partir de ahí que la titularidad de los derechos y deberes que entre padres e hijos fija la ley no se ve afectada por el divorcio, pues no emana del matrimonio, sino de la filiación, sin embargo no ocurre lo mismo respecto al ejercicio de los derechos y deberes derivados de la filiación, pues como reconocen las normas generales en la materia, ello si depende de la vida en conjunta o separada de los progenitores, por tanto el ejercicio si se afecta con el divorcio.

En la mayoría de los casos los jueces otorgan por sistema la custodia de los hijos a las madres y fijan un “régimen de visitas” de fines de semana alternos para el padre; como consecuencia, el ejercicio en la patria potestad se queda en concepto



formal para el progenitor no custodio, y esto se puede ver reflejado en lo que establece el artículo doscientos setenta y cinco del Código de Familia, el cual se refiere a la representación legal exclusiva y reza: “Las acciones y decisiones señaladas en el presente Código, se tomarán conjuntamente cuando los progenitores vivan juntos. Corresponderá solamente al padre o a la madre que viva con el hijo o hija por ausencia o fallecimiento del otro o porque se halle suspendido o privado del ejercicio de las relaciones madre, padre hijos e hijas. La representación legal exclusiva la tendrá el progenitor a quien mediante sentencia judicial se le haya conferido el cuidado, crianza y representación, por habersele suspendido o limitado la autoridad parental al otro progenitor”. A través de lo que señala el artículo anterior y también el artículo doscientos setenta y ocho del Código de Familia, se evidencia claramente que la figura de la Coparentalidad no es reconocida en el sistema de normas nacionales.

Lo anterior es un reflejo de la idea implícita, que se deriva del enfoque estructural-funcional de carácter parsoniano³⁵ de la familia, aunque cada vez más atenuada, según el cual las obligaciones afectivas y educativas hacia los hijos son inherentes a la condición femenina y las obligaciones económicas e instrumentales corresponden en exclusiva a los varones. Por lo que se puede afirmar que el tema de la Coparentalidad adquiere notable importancia por los cambios que está experimentando la figura del padre en las sociedades actuales.

La Coparentalidad es algo más que un concepto legal, es una entidad sociocultural, es una filosofía, un modus operandi que está en relación con la definición social que se hace de la maternidad y de la paternidad y en

³⁵ Teoría sociológica que defiende la idea de que las sociedades tienden hacia la autorregulación, así como a la interconexión de sus diversos elementos (valores, metas, funciones, etc.).



consecuencia, con la forma cómo los padres continúan sus relaciones paternofiliales después del divorcio. Nace como reacción en contra de las consecuencias negativas que suele conllevar a la custodia a favor de un solo progenitor, dicho concepto parte del principio según el cual el divorcio pone fin al matrimonio pero no a los vínculos padre-hijo.

Existen tres fenómenos sociales que permiten contextualizar el desarrollo de la figura de la Coparentalidad a lo largo de la historia, los cuales se abordarán a continuación.

3.2.- El declive de la figura del padre.

También denominado por el sociólogo Flaquer (1999)³⁶ como Eclipsamiento de la figura del padre, lo que sucede como consecuencia de un conjunto de factores, en los que son significativos: la incorporación de la mujer al trabajo productivo, asalariado y, consecuentemente, una mayor autonomía; las altas tasas de divorcio, lo que produjo como consecuencia la reducción de las familias monoparentales, y los cambios de valores y de comportamientos que se han ido sucediendo en torno a la mujer, a la maternidad y al sistema de relaciones de carácter más simétrico tanto intrafamiliares como extra-familiares. A estos factores explicativos hay que añadir, según desarrolla Lluís Flaquer, el proceso de asalarización, que han experimentado tanto los varones como las mujeres y que han pasado por dos periodos:

Periodo de asalarización del varón: Según algunos autores de la escuela de Frankfurt, el padre empezó a desaparecer físicamente del hogar cuando se

³⁶ FLAQUER, LI. La estrella Menguante del Padre, Barcelona, España, 1999, P. 102.



convierte en asalariado. Las consecuencias de ello fueron: los hijos ya no se identificaban con el padre como productor, como sucedía en la familia campesina y tradicional. Ello suponía la “desposesión” del padre de sus medios de producción, con lo que la base de su autoridad quedaba erosionada. Ésta se asentaba en la transmisión del patrimonio, lo que a su vez le otorgaba el derecho a establecer las alianzas de sus hijos. No obstante lo dicho, el hecho de que en la familia burguesa tan sólo trabajara el varón, le concedía un lugar de privilegio como único sustentador y proveedor del grupo.

Asalarización de la mujer de la clase media de los años sesenta: En esta etapa el padre no sólo tiene que competir con los demás cabezas de familia en el mercado de trabajo, sino que se ve obligado a abrir un nuevo frente, la esposa trabajadora, y a negociar con ella en el interior de la familia. La función y el reconocimiento social del padre proveedor se ponen en entre dicho cuando la mujer logra su autonomía y gana un sueldo, cada vez más equiparado al del varón. Estos hechos, a modo de condiciones objetivas, crean una nueva dinámica familiar y genera unas relaciones menos asimétricas, tornándose más paritarias.

3.3.- La Centralidad de la mujer.

Tiene que ver con la mujer separada, divorciada, está tomando respeto al papel a ocupar en la organización familiar, dando lugar a la “matrilinealidad³⁷” o “matrifocalización”, fenómeno no exento de efectos importantes para el desarrollo psico-educativo de los hijos y para el aumento de la llamada feminización de la pobreza.

³⁷ Sociedades que se basan en el predominio de la línea materna.



3.4.- La Emergencia y reivindicación de un nuevo modelo de padre.

Se refiere a la aparición, en el escenario de la crisis familiar, de la emergencia y reivindicación de un nuevo modelo o figura del padre varón, cuya explicación se puede encontrar en la feminización de la sociedad, así lo explica Elionor Lenz y Barbará Myerhoff, dado que el hombre y la mujer son criaturas complementarias, cualquier cambio en la maternidad inevitablemente genera una transformación adaptadora en la paternidad. En efecto, el nuevo padre es el producto más revolucionario y positivo de la feminización de la sociedad³⁸.

A pesar del proceso del declive de la figura del padre, estudios actuales demuestran que el patriarcado no ha perdido del todo su legitimidad, los códigos patriarcales, aunque se hayan debilitados, no han perdido del todo su vigencia en nuestra estructura psicológica y en las instituciones y reglas sociales. Aun estamos y por mucho tiempo todavía, en el proceso de deslegitimación del citado sistema, que perdura en el inconsciente colectivo esquema básico de poder protector y proveedor que conforma el conjunto de normas y valores adscritos a muchas conductas de los varones en su cualidad de padres.

La parentalidad es algo más que un hecho biológico, es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y de definición social acerca de lo que se considera que es la paternidad y qué es la maternidad, se construyen en el entramado de las relaciones humanas.- La propiedad más importante del ser humano es su capacidad de crear y mantener relaciones y significados, sin los cuales son se pueden dar la sobrevivencia y el aprendizaje, dentro del tejido de las relaciones interpersonales, imbuidas de los significados y de las emociones,

³⁸ ROJAS MARCO, L., La pareja rota, Familia, crisis y separación, Madrid, España, 1999, P. 38.



tantas veces intensas, se producen las vinculaciones con las que nos quedamos entrelazados unos con otros en la condición de padres e hijos, de hermanos, de parientes, etc. En este entramado de relaciones íntimas e interpersonales se construyen estas realidades: paternidad, maternidad y vinculaciones familiares en sus diversos grados.

3.5.- La Coparentalidad.

La Coparentalidad es una figura jurídica cuya implementación toma cada día mayor importancia en la sociedad moderna, esta figura está siendo reclamada con mayor frecuencia por padres más interesados en ocupar espacios tradicionales adjudicados y reservados a la madre, además por la necesidad de crear un sistema de custodia de los hijos más paritarios en condiciones tales que respondan mejor tanto al proceso de construcción de la personalidad de los menores, como a la nueva sensibilidad que muestran muchos padres varones, en virtud de la cual reclaman una mayor implicación emocional y afectiva en la crianza, cuidado y educación de los hijos.

La Coparentalidad es una fórmula de origen anglosajón que responde a los nuevos escenarios, la cual ha sido implementada en algunos países de Europa como Francia y Suecia, e implementada ya en diecinueve Estados de América del Norte.

La igualdad sustancial ente hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida, ha sido uno de los pilares de las demandas de modificaciones legales y de políticas públicas que establecen diferencias de trato en el mundo entero, por lo que el cimiento sobre el cual se construye la Coparentalidad se encuentra



simplemente en la relación de filiación, en el carácter de padre y madre que vincula y responsabiliza a unos adultos con sus hijos menores, en razón del carácter vulnerable de los niños y adolescentes.

Sea como sea, la forma más idónea es aquella que permite al menor un mayor disfrute, convivencia y cuidados de ambos padres, pero en condiciones tales en las que el conflicto entre los padres no sea la nota predominante, por lo que la puesta en práctica de la Coparentalidad es un proceso social que pasa por un cambio de mentalidad respecto al sentido de “exclusividad”, que los progenitores tienen con mucha frecuencia respecto a sus hijos, y especialmente las madres. Dicho proceso de cambio hay que situarlo también en el enclave de un nuevo paradigma de resolución de conflictos, que permita pasar de la cultura del enfrentamiento a una cultura de paz.

Es importante dejar establecido la diferencia que existe entre la Coparentalidad y el principio de corresponsabilidad, la primera como ya se dijo anteriormente es el derecho de los niños de relacionarse con los padres, y la segunda se refiere a las obligaciones comunes de los padres respecto de sus hijos, se consagra desde la óptica de los padres, como un deber de ellos de participación en la crianza y educación de los hijos. Estas dos figuras son distintas pero complementarias, ya que coexisten jurídicamente en la configuración de la relación personal paterno-filial como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente.

3.6.- La Coparentalidad en el Derecho Comparado.

Recientemente, el Consejo de Europa (2015), en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la Coparentalidad, como



se puede apreciar claramente en el punto 5.5, cuando señala que hay que introducir en la “legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”. Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y señala que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo a sus necesidades e intereses.

Cuando se hace referencia a la forma de organizar la vida de los hijos tras la ruptura de pareja no se debería colocar el foco en principios de igualdad de género sino, como exige la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (ONU, 1989), en buscar lo que es más conveniente para los menores. Tal y como afirma Nielsen (2011³⁹) “los padres divorciados, responsables políticos y profesionales que trabajan en el ámbito legal o de la salud mental en el sistema judicial de familia comparten un objetivo común: elegir y promover el plan de crianza más beneficioso para los niños cuyos padres se están separando” (p. 586). Sin embargo, como la misma autora reconoce, lo que podría semejar algo sencillo plantea una serie de cuestiones complejas que provocan una enorme controversia, si bien más en el debate político que en el científico.

En este sentido, hace ya más de dos décadas, el 14 de junio de 1995, la American Psychological Association en un informe a la Comisión de Estados Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar, tras exponer los resultados de las principales investigaciones sobre Coparentalidad y sus repercusiones en el bienestar del niño, sostenía que la Coparentalidad conlleva consecuencias favorables para los niños, en particular su mejor adaptación.

³⁹ L. Nielsen “Crianza compartida después del divorcio: una revisión de la investigación de crianza residencial compartida Revista de Divorcio y Nuevo Matrimonio, 52 (2013), Pág. 586-609.



Así, en Estados Unidos la mayoría de los Estados han acordado que el interés superior del niño implica la Coparentalidad (American Law Institute, 2002; Cancian et al., 2014), al igual que en otros países occidentales.

En cuanto a España, se vienen produciendo una serie de cambios legislativos a nivel autonómico que promueven la Coparentalidad, como en el caso de Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco.

3.7.- La Coparentalidad en el Derecho Francés.

La Ley francesa número 2002-35 del cuatro de marzo de dos mil dos, relativa a la patria potestad fue promovida por la que fuera Ministra Delegada de la Familia y la Infancia, Ségelone Royal, bajo la guía de cuatro principios:

1. Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido;
2. Ejercer en común la autoridad parental en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (Coparentalidad);
3. Definir un derecho común para todos los hijos menores con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados y sean no casados, a fin de estabilizar la filiación;
4. Ayudar a las familias más necesitadas.

La citada ley establece como disposiciones más innovadoras las siguientes:

- a) La desaparición del concepto de custodia y consagración del ejercicio en común de la patria potestad;
- b) La prioridad concedida al convenio regulador presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de éstos, se ha de acudir a las formulas de la mediación a instancias del propio juez;



- c) La posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o con domicilio de uno de ellos;
- d) En caso de desacuerdo entre los padres respecto a la forma de la residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del mismo durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

Así pues, la ley francesa sustituye el concepto de custodia y utiliza el concepto de Coparentalidad, pero fuere el vocablo que fuere, ambos términos permiten primar una nueva mentalidad que se va incorporando en los patrones normativos y valorativos de los padres, por lo que se reivindica la igualdad de estos en el ejercicio de sus funciones parentales, es decir que se reconoce para ambos padres la autoridad parental y el derecho y el deber de ejercer la Coparentalidad. En caso de desacuerdo de los padres, el Juez podrá obligar a éstos a acudir a un mediador y, si el desacuerdo persiste, establecerá como medida provisional la alternancia semanal.

3.8.- La Coparentalidad en el Derecho Español.

Hasta la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2005 del ocho de julio, no existía en España una ley que consagrara y ordenara la Coparentalidad. A pesar del vacío legal que existía, la jurisprudencia al respecto comenzó a abrir caminos. La ley No. 15/2015, llegó a respaldar la jurisprudencia iniciada con dos sentencias del Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco (Familia) de las Palmas de Gran Canaria, una en fecha veintiocho de octubre de dos mil dos y la otra del treinta y uno de marzo de dos mil tres. La reforma sufrida en la ley española es considerada como un avance en el tratamiento jurídico respecto a las funciones parentales en contextos de separaciones o



divorcios, que tendrán sus efectos beneficiosos en los aspectos pedagógico-familiares.

En tal sentido, dicha ley, en la exposición de motivos resalta la importancia de la Coparentalidad, al menos en tres párrafos, y la ubica dentro de dos principios: el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad de los padres y en el principio de la mejor realización del beneficio e interés del menor. La citada ley regula de forma especial en el artículo noventa y dos, puntos nueve-cuatro, la custodia de los hijos y específicamente la Coparentalidad y las condiciones que para su ejercicio se han de tener en cuenta.

Una de las peculiaridades de este régimen de Coparentalidad es que no establece pensión de alimentos a cargo de ninguno de los padres, por lo que cada uno de ellos hará frente a los gastos ordinarios que el menor ocasione cuando se encuentre en su compañía. En cuanto al gasto de escolaridad, así como de uniforme y material escolar, se obliga también a los padres a abrir una cuenta en común donde depositen una cuantía determinada por mitad, siempre que las economías sean similares⁴⁰, para hacer frente a dichos gastos fijos ordinarios.

Los criterios que se toman en cuenta a la hora de entregar la Coparentalidad deben estar fundados siempre en el interés de los menores, dentro de los que destacan se encuentran: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones

⁴⁰ Aunque la ley no prevé en nuestro análisis recomendamos que En caso de diferencias notables de ingreso entre los padres y, en consecuencia, de desequilibrio razonable en las aportaciones de cada padre al mantenimiento del niño, tales aportaciones deberán consistir, en la medida de lo posible, en pagos directos de los gastos del niño, a fin de reducir la litigiosidad y evitar todo posible lucro de una de las partes a costa de la otra; Igualmente, y por los mismos motivos, deberá procederse en caso de que, por mutuo acuerdo de los padres, falta de recursos de uno de ellos, compensaciones por uso de vivienda o cualquier otra causa, sólo uno de los padres corra con los gastos del niño.



con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con sus hijos, el resultado de los informes exigidos legalmente.

La Coparentalidad conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existan una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad, y es por lo mismo que dictamen psicológico es de vital importancia a la hora de otorgar la Coparentalidad.

Con carácter general, debe señalarse que el Código civil de España regula separadamente patria potestad (titularidad y ejercicio) y los modelos de guarda y custodia; éstos se recogen como un efecto de la nulidad, separación o divorcio en los artículos 90 y siguientes y aquélla, con sustantividad propia, se regula en el Título VII, bajo la rúbrica *De las relaciones paterno-filiales*.

En situaciones de convivencia de los padres coincidirán titularidad, ejercicio y guarda y si aquélla falta pueden darse distintas situaciones que determinarán el modo de organizarse las relaciones padres-hijos tras la ruptura: en situaciones extremas, y siempre en interés del menor, podrá privarse de la titularidad de la patria potestad (artículo 170 Código civil de España), desaparecen, entonces, las relaciones del menor con el padre/madre privado de la patria potestad; de forma intermedia, podrá atribuirse el ejercicio sólo a uno de los progenitores (artículo



156 y 160 Código civil de España), lo que, en la práctica, implica una relajación de los lazos del menor con el progenitor privado del ejercicio, y, lo más frecuente, titularidad y ejercicio permanecen en ambos progenitores, pero la guarda deber ser atribuida a uno u a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores⁴¹.

En este punto conviene recordar que, hasta la reforma operada por la ley de 9 de julio de 2005, en el Código civil de España, se regulaba la atribución de la guarda y custodia de los hijos en situaciones de nulidad o separación de los padres de forma exclusiva a uno de ellos, estableciéndose, en las primeras redacciones, un criterio legal de atribución. Así, en la regulación originaria del Código civil de España, para los supuestos de nulidad, establecía el artículo 70 que *los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno sólo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Y en cualquier caso los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Y para los supuestos de separación matrimonial, el artículo 73 establecía que los hijos debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente y si al juzgarse la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de siete años.*

⁴¹ MARTÍN-CALERO CRISTINA GUILARTE (2009a), “El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: Análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del Código civil”, en Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (Coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid Pág. 75 y siguientes



3.9.- La Coparentalidad en el Derecho Suizo.

En el Derecho Suizo se pasó de la custodia exclusiva a la implementación de la Coparentalidad como norma general en el divorcio con niños, en donde al declararse el divorcio a través de sentencia judicial, automáticamente ambos padres deben compartir la custodia de sus hijos sin necesidad de un acuerdo previo o la aprobación de un juez, ya que el niño tiene derecho a construir una relación autónoma con padre y madre, excepto en los casos de la protección específica de los niños.

Anterior a la Ley de Coparentalidad, cuando una pareja se divorciaba, uno de los padres por lo general tenía la custodia exclusiva, si la pareja no estaba casada, era la madre quien tenía la custodia legal, y la Coparentalidad solo era posible si ambas partes firmaban un acuerdo sobre cómo es que iban a distribuir y compartir los alimentos y cuidado de los niños. A través de la ley que permite la Coparentalidad también se regula el tema de la residencia, en caso de que uno de los padres desee moverse, ya sea solo o con el niño, necesitara el consentimiento de la otra parte, en caso de que no exista acuerdo el juez deberá intervenir para proteger el bienestar del niño.

Además también existe un servicio municipal gratuito (los comités de bienestar social) que funcionan como órgano de primera instancia y mediación al que han de acudir los padres en desacuerdo para preparar sus planes de Coparentalidad y demás documentos, que después serán ratificados en los tribunales.



3.10.- La Coparentalidad en las legislaciones Anglosajonas.

En las legislaciones anglosajonas más progresistas, aunque suelen mantener, a causa de las peculiaridades de la terminología jurídica inglesa, la expresión “custodia conjunta” (joint custody), han ido introduciendo cada vez con mayor frecuencia expresiones que podrían traducirse por Coparentalidad (share parenting) o función parental (parenting), pero independientemente de la terminología, el fin que esta figura persigue es que los dos progenitores interaccionen positivamente con sus hijos, cooperen entre si y mantengan una relación de apoyo mutuo centrada en la crianza de los hijos e hijas, todo lo anterior basado en el derecho que tiene el niño o niña al cuidado y educación habitual de ambos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo nueve, numeral tres que los Estados partes deben respetar el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Además las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño exponen que todo niño tiene derecho a gozar de sus padres de conformidad a su artículo doce, y que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones. Por lo que se puede afirmar que el principio de Coparentalidad se consagra entonces desde la óptima del hijo y como un derecho de él a relacionarse con sus padres y ser cuidado por ellos.



3.11.- Plan de Coparentalidad.

La Coparentalidad hace referencia a situaciones difíciles de concretar en una única categoría; la custodia exclusiva, custodia partida y custodia conjunta podrían encajar dentro del concepto general de Coparentalidad. En virtud de ello, diferentes legislaciones de carácter internacional y autónomo aluden a la organización de la corresponsabilidad parental.

En Europa, como señala Bayata⁴² (2013), el término “custodia” tiende a desaparecer, siendo reemplazado por diferentes términos como “responsabilidad parental”.

El artículo 9.3 de la Convención del niño señala la obligación de “respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Este derecho se pone más de manifiesto en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos, es decir, de su corresponsabilidad parental, lo que lleva a adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores”.

Las nuevas normas respetan la libertad de los padres, a quienes se estimula para elaborar un plan de Coparentalidad una vez suprimidos los ánimos del litigio en el divorcio, para decidir cómo organizar la convivencia después de la separación en relación al contacto con los hijos y el reparto del tiempo de convivencia con ellos, este plan de Coparentalidad en la legislación francesa y suiza no es

⁴² A. Bayata ¿Por qué no hacer cumplir? Un análisis crítico de la negativa a hacer cumplir las sentencias de custodia conjunta extranjera en los tribunales turcos.



obligatorio, sino que es relativo al cuidado de los hijos, en general el Juez considerará que el acuerdo pactado por los padres será el que más convenga al bienestar de los hijos, salvo casos excepcionales.

En casi todas las legislaciones consultadas, se considera como fórmula más idónea la custodia física conjunta y el reparto más igualitario posible de los tiempos de convivencia, es por ello que el plan que se deberá presentar ante el judicial debe de realizarse tomando en cuenta:

1. Lugar y tiempo en el que el hijo permanece con cada progenitor;
2. Responsabilidades que cada uno asume;
3. Régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
4. Régimen de relación de comunicación con el hijo cuando éste resida con el otro progenitor.

El plan propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en dicho plan. Ahora bien los Jueces deben tener la libertad de tomar decisiones tomando en cuenta la convivencia del niño en cada caso, lo cual no impide que la edad del niño se considere un elemento relevante, en tal sentido se recomienda en relación a la edad lo propuesto por la Institución estadounidense Children's Rights Council⁴³:

1. En caso de que el niño o niña sea menor de un año parte de cada día (mañana o tarde) con uno de los progenitores.
2. De uno a dos años, días alternos.

⁴³ Consejos de los Derechos del Niño.



3. De dos a cinco años, no más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres.
4. De cinco a nueve años, alternancia semanal con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor.
5. Más de nueve años, alternancia semanal.

Otro factor que deberá tenerse en cuenta es la distancia geográfica, cuando los padres viven cerca uno del otro, y a poca distancia del colegio, cualquier modalidad de Coparentalidad es, en principio, viable; pero cuando uno de los padres fija su residencia en un lugar distante, el reparto del tiempo de convivencia deberá ajustarse en consecuencia, con periodos de alternancia más largos y cambios menos frecuentes, básicamente adoptados al calendario escolar y a los periodos de vacaciones.

Las obligaciones laborales de los padres condicionaran también la distribución de los periodos de convivencia, por ejemplo, si el trabajo de uno de los padres exige viajes frecuentes entre semana u horarios nocturnos, sus periodos de convivencia con el hijo deberán orientarse básicamente hacia los fines de semana y vacaciones. Aunque son muy diversas las modalidades de alternancia en la convivencia con cada uno de los padres, conviene siempre tener presente que el ritmo y alternancia deberá ser más frecuente cuando menor sea la edad del niño.

La convalidación del acuerdo al que los padres han arribado se sustenta en el entendimiento de que los progenitores son quienes están, en principio, en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen que convienen y conocen que es lo más beneficioso para sus hijos. El divorcio pone fin a la



relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los padres de sus hijos y esto es así porque el divorcio pone fin a un matrimonio pero no a una familia.

La familia se transforma pero no se rompe y los niños necesitan relaciones continuadas y significativas con ambos padres, a los fines de resolver el conflicto que la separación puede generar respecto de los hijos y lograr el acuerdo en esta materia, los intereses encontrados que la pareja desavenida tiene como cónyuges, deben convertirse en intereses comunes y complementarios como padres. Para ello es menester que la pareja parental utilice patrones de cooperación en la crianza y ejerza roles igualitarios en la toma de decisiones. Ambos padres deben proveer la función nutritiva y coordinar la función normativa, ejerciendo la función parental para socializar valores y pautas en un proceso contextualizado y dinámico independientemente de que vivan juntos o separados⁴⁴.

Para que el régimen de Coparentalidad funcione y sobre todo, para lograr el mayor número de posible de acuerdos previos de ambos padres, es preciso desterrar de antemano toda posibilidad de beneficio económico de uno de los ex cónyuges a costa del otro en relación con el cuidado de los hijos, y dejar fuera del marco de Coparentalidad cualquier litigio o reivindicación económica de otro tipo. Muy sucintamente, los planes de Coparentalidad o en su defecto, las sentencias judiciales, deberían prever los siguientes aspectos básicos:

- a) Pagos directos de los gastos del niño por cada uno de los padres, con las debidas compensaciones en el caso de los pagos unitarios (colegio, seguro médico, etc.);

⁴⁴ **GROSMAN, CECILIA**. Curso Intensivo de Posgrado en Derecho de Familia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2012, P. 125.



-
- b) En caso de desigualdad reparto del tiempo de convivencia, compensación a favor del progenitor que este más tiempo a cargo del niño;
 - c) Posibilidad de establecer compensaciones a favor del progenitor que deba ceder el uso de la vivienda u otros bienes comunes en caso de que se opte por esa solución;
 - d) En caso de diferencias notables de ingreso entre los padres y, en consecuencia, de desequilibrio razonable en las aportaciones de cada padre al mantenimiento del niño, tales aportaciones deberán consistir, en la medida de lo posible, en pagos directos de los gastos del niño, a fin de reducir la litigiosidad y evitar todo posible lucro de una de las partes a costa de la otra;
 - e) Igualmente, y por los mismos motivos, deberá procederse en caso de que, por mutuo acuerdo de los padres, falta de recursos de uno de ellos, compensaciones por uso de vivienda o cualquier otra causa, sólo uno de los padres corra con los gastos del niño.



CAPITULO IV: COVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS DE LA COPARENTALIDAD.

4.1.- Convergencias de la Coparentalidad.

Los regímenes de Coparentalidad favorecen un aumento del nivel de vida de los niños, ya que la residencia alterna permite a ambos padres atender directamente las necesidades económicas de sus hijos, sin posibilidad de contrapartidas ni lucros de una parte a costa de la otra, lo que genera como resultado un mayor interés de cada progenitor en mejorar su situación económica y la de sus hijos, con lo que el conjunto de los ingresos de ambos padres aumenta.

La Coparentalidad también favorece la colaboración entre los padres, ya que la igualdad de derechos y responsabilidades plasmada en los acuerdos o planes de Coparentalidad reduce la litigiosidad y no deja cabida para los esquemas de parte ganadora y parte perdedora, lo que facilita también la colaboración económica entre los padres. Además ninguno de los progenitores queda marginado o alejado de sus hijos.

La Coparentalidad sostiene el principio igualitario entre el hombre y la mujer para realizar sus proyectos de vida. Además, se concilia con los cambios que se han producido en los roles establecidos en función del sexo. Existe un reconocimiento de la figura del padre en la socialización de los hijos.

Desde el punto de vista de los hijos la Coparentalidad permite una convivencia igualitaria con cada uno de los padres, lo que da lugar a que no se produzca o se pueda superar la figura del padre / madre periférico. Además permite obtener mayor comunicación, dando lugar a que se produzca parecida dinámica en las



relaciones entre los padres y un mejor conocimiento y seguimiento de las etapas evolutivas de los hijos. También se desaparece el problema de lealtades de los hijos hacia cada padre.

Trasmisión a los hijos de un buen modelo de roles parentales, que basan su actuación en los acuerdos; los niños aprender a ser solidarios, a compartir, a resolver los problemas mediante el diálogo, la flexibilidad, el consenso y el acuerdo.

4.2.- Divergencias de la Coparentalidad.

La implementación de la Coparentalidad genera mayores costos, ya que ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para los hijos. Además de la proximidad obligada de ambos hogares y al colegio de los hijos o hijas. Ahora bien la principal desventaja para los hijos es la adaptación a dos casas, puesto que en cada una tiene sus hábitos, sus reglas y sus horarios⁴⁵.

La guarda exclusiva.

Es bien sabido que este sistema de guarda exclusiva implica la atribución de la titularidad de la potestad de guarda a uno de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad judicial.

A esta guarda exclusiva se le ha reprochado no satisfacer *las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de*

⁴⁵ RODRÍGUEZ, N., Socorro, Papá y mamá se separaron, cómo afrontar con inteligencia una separación sin trauma, Barcelona, España, 2002, P. 138.



comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de Abril de 1999).

A grandes rasgos, y como puede fácilmente colegirse de la comparación de sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa y las dictadas en los últimos años previos a la ley de 2005, se observa en la aplicación del modelo:

a) una tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio: de fines de semana alternos, una semana en Navidad y Semana Santa y un mes en verano, a fines de semana alternos, semana en Navidad, mitad de vacaciones de verano y uno o dos días intersemanales, a veces con pernocta).

4.3.- La determinación judicial del modelo de custodia.

El juez especializado en materia de Familia debe comprobar que se cumplen los presupuestos fijados por el legislador conforme al código de familia ley 870 estos son: que sea solicitado por una de las partes, que el consejo técnico emita informe favorable y que sea el régimen que protege adecuadamente el interés del menor. Además, el artículo 295 del código de familia ley 870 dice: que se pierde



la Autoridad parental cuando: El padre o la madre hubiesen negado la paternidad o maternidad y tuvieran que reconocerla en virtud de resolución administrativa o fallo judicial.

b) El padre, la madre o quien ejerce la autoridad parental que abandonen al hijo o hija, pongan en peligro la vida de los mismos o le causen grave daño.

c) Someta al hijo o hija a maltratos físicos, psíquicos o morales que lesionen su integridad.

d) El padre o la madre que promueva para beneficio propio o de una tercera persona, la explotación sexual del hijo o hija mediante tráfico, trata o pornografía, actos sexuales remunerados y turismo sexual infantil.

e) Por delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de cualquiera de sus hijos, hijas y atente contra la vida o integridad física y psíquica y hubiera condena judicial, aplicable también a la persona que ejerza la autoridad parental en ausencia del padre y la madre.

f) Se declare mediante sentencia firme la culpabilidad de un delito que se castigue con las penas que lleven consigo la pérdida de la autoridad parental o relación madre padre e hijos.

g) Promueva para beneficio propio o de una tercera persona, la explotación laboral del hijo o hija.

Podrá la autoridad judicial competente proceder a petición de cualquier pariente del hijo o hija, o de ellos mismos o del Procurador de Nacional de la Familia y aun de oficio. Si se trata de actos de violencia de género se permite al Juez de Violencia sobre la mujer, como se ha visto, suspender para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia (artículo 65) y, en el caso de disfrutar de un régimen de comunicación y estancia, podrá, asimismo suspender éste (artículo 66), medidas éstas que adoptará siempre en interés del



menor y no en protección de la mujer víctima de la violencia o en sanción al maltratador (GUILARTE, 2009, p.220), Parece, pues, más que evidente que, en estos casos, el régimen de guarda compartida alternativa está más que proscrito,

La nueva regulación que entró en vigor en abril del año 2015 parte de que la responsabilidad de los progenitores en las situaciones de ruptura de la convivencia mantiene el carácter compartido y, en la medida en que ello sea posible, deben ejercitarse conjuntamente.

Dejamos de hablar de guarda y custodia y de régimen de visitas, con la carga negativa y la sensación de vencedores y vencidos que se da en muchas ocasiones y se centra en un único término denominado guarda. Y ello porque la patria potestad es la que realmente afecta a las decisiones importantes en la vida del menor, y en pocas ocasiones no es compartida, de forma que dejamos de un lado la misma y nos vamos a solucionar los problemas del día a día, de la cotidianeidad. Dónde duerme el menor, a qué hora se acuesta, sus pautas de higiene diaria, pautas de estudio... esto es guarda.

A menudo el guardador habitual (antes progenitor custodio) ha ido tomando otras decisiones pero son patologías, son cuestiones que no puede ni debería tomar unilateralmente puesto que se encuentran en la esfera de la Patria Potestad. Guarda es cotidianeidad y es necesario que ambos progenitores se involucren en ello, en las cosas del día a día.

La Coparentalidad o guarda conjunta será aquella en la que ambos progenitores están involucrados a un nivel equivalente en el día a día de sus hijos, sin que sea



necesario un reparto del tiempo de estancias al 50%, tampoco se trata de una guarda exclusiva con un régimen amplio. La responsabilidad parental jugará un papel importante.

¿Con la nueva normativa se dictará siempre una “Coparentalidad”? La guarda compartida será el criterio preferente, pero la intervención y criterio judicial será la que determine el modo de ejercitarse la guarda cuando los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre ello.

La autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejercite de manera individual si ello conviene más al interés de los hijos, el interés superior del menor se erige como pieza clave en todo el procedimiento.

La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos en relación a los hijos comunes, si bien deberá calcularse el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores por lo general queda a cargo de la madre y los regímenes de visitas se deja para los fines de semana dentro de un horario establecido y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.



CONCLUSIONES

1. Al finalizar este trabajo investigativos se puede afirmar que la figura de la autoridad parental ha evolucionado a la largo del tiempo adecuándose a las transformaciones sociales, pero sobre todo, dicha evolución gira en torno a la búsqueda del respeto de los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia, para que cada una de las personas que integran el núcleo familiar pueden ejercer de forma equilibrada sus derechos y deberes, procurando en todo momento el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

2. Si bien es cierto que la figura de la Coparentalidad no se encuentra regulada en el Código de Familia actual, de igual forma es cierto que sería idóneo la implementación de dicha figura mediante reforma al Código de familia actual, ya que se promovería el ejercicio de nuevos roles, concentrando la actuación de los padres en las necesidades de los hijos, disminuyéndose así el desapego del padre o la madre (según sea el caso) hacia los niños, niñas o adolescentes después del divorcio, así como también los litigios por pensiones alimenticias, ya que en la Coparentalidad no existiría una pensión estipulada, sino que cada uno tendría que asumir sus responsabilidades de forma directa y sin intervinientes.

3. A pesar de los altos índices de divorcio que existe en la sociedad nicaragüense, no existe un estudio actual y público que muestre de forma contundente la consecuencias que tiene la custodia exclusiva después del divorcio en los niños, niñas y adolescentes; lo que hace mucho más difícil aun



tener una base para demostrar que la Coparentalidad vendría a consolidar las relaciones paterno filiales en la vida separada de los progenitores.

4. Con la creación del Código de Familia se tiene como principales novedades: la separación de lo que es el cuidado de los hijos del ejercicio de la autoridad parental, se amplía las personas legitimadas para ejercer la autoridad parental a los abuelos y a cualquier familiar que tenga bajo el cuidado a los niños y las niñas, esto vienen a resolver lo que se nos presenta con mucha frecuencia en el día a día y son los casos de las madres o padres que tienen que migrar a otros países por asuntos laborales o aquellos casos en que los padres desaparecen y se ignora su paradero y la regulación del ejercicio de la autoridad parental exclusiva en los casos en que falte uno de los progenitores, especificando claramente los casos en que hace falta el otro.

5. Como ya se hemos señalado, las consecuencias de la separación de pareja pueden afectar a todas las áreas significativas de la vida de los hijos y de los progenitores, especialmente cuando la gestión de la misma se realiza de manera contenciosa y el conflicto destructivo permanece instaurado en la vida de esa familia, con independencia de que se haya establecido una custodia compartida o exclusiva.

6. La Coparentalidad parece mostrarse como la modalidad más adecuada para el bienestar de los hijos y el único modelo posible para defender el principio de igualdad entre hombres y mujeres, aunque no siempre es aconsejable ni factible.



7. En el caso de Nicaragua la figura jurídica que se utiliza es la custodia compartida y no se adopta la Coparentalidad en sentido estricto como es concebido en el derecho Europeo.



RECOMENDACIONES

En procesos de separación de hecho y divorcio siempre es necesario adaptarse a las necesidades y posibilidades que cada familia presenta, centrándose en definir la forma de relacionarse y comunicarse de los hijos con los progenitores, en términos del ejercicio de la Parentalidad y de la Coparentalidad positivas, más que en términos de tipo de custodia.

Se considera de gran importancia que se realice un estudio completo e integral en relación a la figura de la Coparentalidad, en relación con las transformaciones de la sociedad nicaragüense, y se determine la viabilidad que existe para realizar su implementación en la Ley No. 870 “Código de Familia” obviamente a través de su respectiva reforma, pensando en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que se ven afectados por la separación del núcleo familiar, teniendo como base el Principio de Interés Superior del Niño.

El Ministerio de la Familia (MIFAM), como Institución garante de la protección de las niñas, niños y adolescentes, a través de su personal, debería de informar a los padres de familia que llegan a dicha Institución en busca de apoyo al momento de los conflictos familiares, de la existencia de la figura de la “Coparentalidad y el Plan de Coparentalidad” como una vía adecuada y sana para la vida del niño, niña o adolescente ante todos los cambios que produce la separación del núcleo familiar, y de esta forma lograr el menor daño psicosocial en la vida de los hijos, adaptando el Plan de Coparentalidad a cada caso en particular y adecuándolo a las necesidades de cada familia.



Sin Duda alguna la sociedad Nicaragüense necesita de una reforma en Ley No. 870 “Código de Familia” en relación a la aplicabilidad de forma regulada y vigilante de la Coparentalidad, ya que existe certeza de que efectivamente esta figura se aplica en la sociedad nicaragüense, sin los formalismos y vigilancia jurídica, lo cual es necesario para su correcta aplicación.



FUENTES DE CONOCIMIENTO

Fuentes Primarias

-) Constitución Política de la República de Nicaragua.
-) Código Civil de 1904.
-) Ley No. 854 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”.
-) Ley No. 870 “Código de Familia”.
-) Ley No. 287 “Código de la niñez y adolescencia”.
-) La ley No. 15/2015 de España.



Fuentes secundarias.

-) CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita; Bonilla de Avelar, Emma Dinorah, y otros. Manual de Derecho de Familia, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Segunda Edición, 1995, P. 588.
-) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis, El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México D.F., Uteha, 1947, P. 277.
-) FLAQUER, Ll. La estrella Menguante del Padre, Barcelona, España, 1999, P. 102.
-) GROSMAN, Cecilia. Curso Intensivo de Posgrado en Derecho de Familia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2012, P. 125.
-) GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho Privado Romano, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1996, P. 285.
-) RODRÍGUEZ, N., Socorro, Papá y mamá se separaron, cómo afrontar con inteligencia una separación sin trauma, Barcelona, España, 2002, P. 138.
-) ROJAS MARCO, L., La pareja rota, Familia, crisis y separación, Madrid, España, 1999, P. 38.
-) VÁSQUEZ LÓPEZ, Luis, Introducción al Derecho de Familia, Editorial Lis, I Edición, 2009, P. 125.
-) WEINSTEIN W., Graciela, Autoridad Paterna y Patria Potestad, LOM Ediciones, 1998, Santiago, Chile, P. 62



Revistas.

) BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004, Sevilla, España.

) MORALES, Georgina. El Interés Superior del Niño en Materia de Instituciones Familiares, XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”, Septiembre de 2002, La Habana, Cuba.

Documentos Electrónicos:

) Disponible en: <http://www.iin.oea.org>. Consultado el: 22/03/2016.