



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE MEDICINA

Gestión de los Conflictos Éticos-Legales en
la Asistencia Pediátrica Generados por la
Custodia Compartida

D. Francisco Carrillo Navarro

2014



FACULTAD DE MEDICINA



UNIVERSIDAD DE MURCIA

DOCTORADO EN CIENCIAS CLÍNICAS EN MEDICINA

LINEA DE INVESTIGACIÓN EN MEDICINA LEGAL Y FORENSE

GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS ÉTICO-LEGALES EN LA ASISTENCIA PEDIÁTRICA GENERADOS POR LA CUSTODIA COMPARTIDA

Tesis doctoral realizada por:

D. Francisco Carrillo Navarro

Bajo la dirección de :

Don Aurelio Luna Maldonado

Catedrático de universidad del área
de Medicina Legal y Forense

2014

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



D. Joaquín García Estañ López, Catedrático de Universidad del Área de Fisiología y **Presidente Comisión Académica programa doctorado*** Ciencias Clínicas en Medicina, INFORMA:

Que una vez evaluado, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 21 del Reglamento de doctorado de la Universidad de Murcia, el expediente completo de la tesis doctoral titulada “GESTION DE LOS CONFLICTOS ETICO-LEGALES EN LA ASISTENCIA PEDIATRICA GENERADOS POR LA CUSTODIA COMPARTIDA”, realizada por D. Francisco Carrillo Navarro, bajo la inmediata dirección y supervisión de D. Aurelio Luna Maldonado, esta Comisión Académica, en sesión celebrada en fecha 11 de Marzo de 2014, ha dado su autorización para su presentación ante la Comisión General de Doctorado.

Murcia, a 11 de Marzo de 2014

A handwritten signature in blue ink, which appears to read "Joaquín García Estañ López".

Doctorando: D. Francisco Carrillo Navarro

*Informe del Departamento para alumnos del RD 778/1998

*Informe de La Comisión Académica del Programa para alumnos del RD

Mod: T - 40

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



D. **Aurelio Luna Maldonado**, Catedrático de Universidad del Área de MEDICINA LEGAL Y FORENSE en el Departamento de CIENCIAS SOCIO SANITARIAS, AUTORIZA:

La presentación de la Tesis Doctoral titulada “GESTION DE LOS CONFLICTOS ETICO-LEGALES EN LA ASISTENCIA PEDIATRICA GENERADOS POR LA CUSTODIA COMPARTIDA”, realizada por D. Francisco Carrillo Navarro, bajo mi inmediata dirección y supervisión, y que presenta para la obtención del grado de Doctor por la Universidad de Murcia.

En Murcia, a 7 de Marzo de 2014

A handwritten signature in dark ink, likely belonging to D. Aurelio Luna Maldonado, the authorizing professor. The signature is stylized and written in a cursive script.

Doctorando: D. Francisco Carrillo Navarro



A mis padres Francisco y María

Que “están en el cielo” y supieron transmitirme,
desde su sencillez, unos valores que me han hecho feliz.



"Ningún éxito en la vida puede compensar el fracaso en el hogar"

David O. McKay

GRACIAS

1. Al Prof. **Dr. Aurelio Luna Maldonado**. Catedrático de Medicina Legal y Forense de esta universidad de Murcia por su acertada labor de dirección de mi Tesis doctoral.
2. Al Prof. **Dr. Luis Miguel Pastor García**. Catedrático de Biología Celular y Coordinador del Máster de Bioética a Distancia de esta universidad de Murcia, por su ayuda y colaboración en la coordinación de los alumnos con la línea de investigación de la tesis.
3. A mis alumnos del Máster de Bioética de los cursos:

□. 2011-12. **María Dolores Alcolea Pina y Beatriz Reparáz Gonzer**

□. 2012-13. **Antonio Martínez Pastor. Mariano Leal Hernández. Justo Ruiz López. Piedad Ochóa Sánchez.**

Por su ayuda, colaboración y profesionalidad al aceptar de buen grado mis consejos en la tutorización de sus TFM que han formado parte de esta tesis doctoral.

4. A mis 2 hijos mayores informáticos, **Israel y Efraim Carrillo Cañaveras** por su inestimable ayuda en el soporte informático de la encuesta, documentos, gráficos, tablas y plataforma web.
5. A mi esposa **María Ascensión** por su paciencia y comprensión en todos estos años.
6. A mis otros 8 hijos **Rubén, Samuel, Judít, Josué, Rebeca, Francisco Jesús, Débora y Raquel**. Nietos: **Lucrecia, Rubén junior, Brían, Nayra María, Ester, Hugo, Ascensión, Samuel junior, Efraim junior, Eva, Pedrito y Carmen María**. Nueras; **Eva, Carmen, María Ángeles, Rosa, Nayara y Verónica**. Yernos; **Pedro, Sergio y Pablo**.

Porque a través de todos vosotros he aprendido el valor del amor, la paciencia y la comprensión en la familia, más que en los cientos de artículos que he revisado para esta Tesis.

7. A mis compañeros **pediatras y médicos de familia del Centro de Salud de Murcia San Andrés (E.Lopez, S.Navarro y J.Meca)** y de la **Puerta de Urgencias del Hospital de Cieza** por haberme “acompañado y apoyado” en el trabajo diario de esta investigación.
8. A mis hermanos de las **Comunidades Neocatecumenales de las parroquias de San Antón (Cartagena). La Paca (Lorca). San Bartolomé y San Pablo de Murcia**. Por haberme mostrado el amor de Jesucristo y su Iglesia, que me ha dado la fuerza de la fe para poder servir a mi familia.

Índice de contenido

1. Introducción.....	7
1.1 Preámbulo.....	7
1.2 Patria potestad.....	15
1.2.1 Concepto.....	15
1.2.2 Ejercicio.....	15
1.2.3 Derechos y deberes de los padres.....	17
1.2.4 Suspensión de la patria potestad.....	18
1.2.5 Extinción de la patria potestad.....	19
1.2.6 Desarrollo histórico.....	20
1.3 El menor y el consentimiento informado.....	21
1.4 Interés legítimo del menor.....	33
1.4.1 Protección e interés del menor en la legislación de España.....	33
1.4.2 Interés del menor en la atribución de la custodia compartida.....	38
1.4.3 Interés moral y material.....	42
1.4.4 Interés del menor, ¿presente o futuro?.....	43
1.4.5 Diferentes acepciones del término “interés del menor”.....	44
1.4.6 Concepto jurídico indeterminado.....	45
1.5 El interés del menor en la custodia compartida.....	52
1.5.1 Desarrollo.....	53
1.6 Custodia compartida y síndrome de alienación parental.....	65
1.6.1 El menor ante la ruptura de pareja.....	66
1.6.2 La guarda y custodia.....	68
1.6.3 El síndrome de alienación parental.....	72
2. Hipótesis y justificación de esta investigación.....	80
3. Objetivos.....	83
3.1 Objetivos generales.....	83
3.2 Objetivos específicos.....	83
4. Material y métodos.....	87
4.1 Análisis transversal descriptivo:.....	87
4.2 Análisis bibliográfico. Dilemas éticos.....	94
4.2.1 Incapacidad.....	95
4.2.2 Estrés de los padres, por la carga afectiva que soportan al ser tratados sus hijos.....	95
4.2.3 Falta de formación del personal sanitario en comunicación y psicología infantil.....	96
4.2.4 Dilemas en los cuidados paliativos infantiles:.....	96
4.2.5 Dilemas relacionados con el consentimiento informado en el niño.....	97
4.2.6 Dilemas relacionados con la información al paciente:.....	100
4.2.7 Dilemas relacionados con la prevención:.....	102
4.2.8 Dilemas relacionados con la cirugía:.....	107
4.2.9 Dilemas relacionados con la endocrinología pediátrica:.....	108
4.2.10 Dilemas en la atención neonatal.....	110

4.2.11 Dilemas en oncología pediátrica:.....	110
4.2.12 Dilemas en niños de padres divorciados:.....	111
4.2.13 Maltrato infantil:.....	114
4.2.14 Prescripción de pruebas o tratamientos innecesarios.....	114
5. Resultados.....	119
5.1 Resultados de la encuesta a médicos del SMS.....	119
5.1.1 Análisis de los datos generales (Items 1-6).....	119
5.1.2 Análisis de la religiosidad (Items 7-8).....	121
5.1.3 Análisis de conocimientos en bioética y derechos del niño (Items 9-12).....	122
5.1.4 Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios (Items 13-31).....	123
5.1.5 Análisis de opiniones sobre custodia monoparental y compartida (Items 32-39).....	126
5.1.6 Resumen de las opiniones de los médicos.....	130
5.2 Experiencia personal en dilemas éticos. Casos clínicos.....	131
5.2.1 Conflicto en lactante con padres divorciados con custodia compartida.....	132
5.2.2 Niño con necesidades especiales y pérdida brusca del progenitor que le cuida.....	134
5.2.3 Entrometimiento familiar en la consulta del pediatra.....	135
5.2.4 Padres con problemas de comunicación con el pediatra por hablar otro idioma.....	136
5.2.5 Conflictos a la hora de compartir la custodia de los hijos con los abuelos.....	137
5.2.6 Conflicto familiar que desencadena trastornos psicosomáticos en los niños.....	139
5.2.7 Niña de 5 años con custodia materna tras separación amistosa de pareja de hecho.....	140
5.2.8 Niño de 1 mes afectado por ansiedad materna extrema por síndrome postaborto.....	143
6. Discusión.....	150
6.1 La patria potestad y la asistencia pediátrica.....	150
6.2 Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios.....	152
6.2.1 Dilemas en niños con custodia monoparental cuyo padre toma decisión inadecuada.....	152
6.2.2 Herramientas para comunicar el “interés legítimo del menor” a padres en conflictos.....	153
6.2.3 ¿Como utilizar en la consulta el “interés legítimo del menor”?.....	155
6.2.4 El Consentimiento Informado en el Menor Maduro.....	155
6.3 Estudio de la opinión sobre el tipo de custodia.....	157
6.3.1 El médico en la custodia compartida como garantía de la salud integral del menor.....	159
6.3.2 ¿Qué pasa si tienen la tutela del niño los 2 progenitores?.....	161
6.3.3 Custodia Compartida y síndrome de Alienación Parental.....	162
6.3.4 El Interés del menor en la Custodia Compartida.....	164
6.3.5 Análisis de la actuación médica ante los dilemas en la custodia compartida.....	166
6.4 ¿Es suficiente la formación del pediatra para afrontar estos conflictos?.....	172
7. Conclusiones.....	175
8. Glosario de términos relacionados:.....	171
9. Bibliografía general.....	189

Resumen.

Los pediatras pueden tener conflictos al tomar decisiones sobre sus pacientes, interrogándose sobre los sistemas de garantías necesarios para impedir que el menor sufra daños derivados de una decisión inadecuada. Hemos investigado estos conflictos éticos mediante un estudio descriptivo transversal con análisis bibliográfico actualizado hasta Junio de 2013, encuesta a pediatras del Servicio Murciano de Salud en el año 2013 y recopilación de casos clínicos de conflictos ético-legales.

Se hizo una búsqueda en dialnet, familywatch.org, psiquiatria.com, zenit.org, papelesdelpsicologo.es, cop.es, asemip.es, google académico y bases datos de www.murciasalud.es. Como descriptores: custodia compartida, síndrome alienación parental, divorcio, mediación, alteraciones estructura familiar, dilemas éticos, pediatría, medicina infantil. La encuesta que se realizó a médicos con práctica pediátrica estaba formada por 39 ítems, preguntándoles sobre datos generales, religiosidad, conocimientos en bioética, derechos del niño y su actuación ante dilemas éticos en niños procedentes del *divorcio con custodia exclusiva y compartida*. http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php. Los resultados muestran al estudiar **“el mejor interés del menor”** la gran importancia que dan los médicos a la ética en su práctica clínica, pues casi la mitad la consideran factor clave para determinar el interés del menor, interviniendo el 90% de ellos a favor del menor ante una decisión equivocada. El desarrollo armónico del niño está muy relacionado con una vida familiar equilibrada donde los padres desempeñen sus funciones. Con el divorcio o la separación de los progenitores, la relación con los hijos se hace asimétrica y si uno de los progenitores emplea a los hijos para dañar al otro, anulando el vínculo que tiene con los menores, puede desencadenar el Síndrome de Alienación Parental (SAP). Al estudiar **“la relación entre SAP y divorcio”** se hace evidente el factor protector de la modalidad de custodia compartida al mejorar las relaciones padres-hijos y proteger e impedir el desarrollo del SAP tras la ruptura. Hay un gran **déficit de publicaciones sobre estos conflictos éticos** que dificulta la resolución adecuada de estos problemas por lo que pretendemos paliar esta carencia aportando una lista sistematizada de 40 dilemas éticos relacionados con algún principio de solución. **El divorcio con custodia compartida produce dilemas éticos específicos** que aumentaran tras la sentencia 257/2013, favorable a este tipo de custodia. Hemos investigado la opinión de los médicos sobre estos conflictos éticos para diseñar estrategias. Las soluciones que proponemos, permitirán al pediatra conocer mejor estos problemas y la forma de solucionarlos anteponiendo *“el bien del menor”* a los intereses de los padres.

INTRODUCCIÓN

1. Introducción

1.1 Preámbulo

En la práctica diaria de la medicina pediátrica, tanto en atención primaria como hospitalaria, muchos pediatras nos planteamos una serie de cuestiones relacionadas con los problemas en los que nos vemos inmersos a la hora de tomar decisiones que afectan a la salud de nuestros pacientes y nos surgen una serie de interrogantes como: ¿Que sistemas de garantías tenemos para evitar que el menor pueda sufrir daños derivados de una decisión inadecuada?

Nuestra formación es insuficiente para enfrentarnos a la resolución satisfactoria de estos problemas y la investigación en atención primaria de pediatría adolece de un importante vacío en este campo de la bioética.

Para poder resolver estos conflictos debemos de adquirir conocimientos acerca de una serie de cuestiones básicas, la primera es **“el concepto de patria potestad”**. Este concepto es una institución reconocida desde hace miles de años (Imperio romano)¹ en donde prima sobre cualquier otro aspecto, un objetivo, “la cobertura y la garantía de los derechos del niño”. La patria potestad obliga al padre/tutor a educar al niño, a protegerle y a cubrir lo que se llama “la deuda alimenticia” (vestido, educación, comida y demás) y también garantizar en la medida que sea posible que ese niño evolucione o se desarrolle en las mejores condiciones posibles.

Hasta aquí no hay ningún problema. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX con la **aparición del divorcio o las separaciones** han aparecido una serie de situaciones nuevas estrechamente relacionadas con el contenido que tenga la sentencia del juez. Habitualmente se asigna la patria potestad a uno solo de los padres, actualmente suele ser la madre. Pero hay veces que aparecen en las sentencias situaciones como la custodia compartida en donde los dos padres siguen ejerciendo la patria potestad, que obliga al deber de cuidado que tienen los progenitores en relación al menor. En estos casos el progenitor que ejerce la custodia, por proximidad del menor, ejerce la patria potestad en temas que el otro es posible que no lo haga. En otros casos el progenitor que tiene la patria potestad y la custodia puede, manteniendo dicha patria potestad, hacer cesión de la custodia al otro.

En el caso de la **custodia compartida**, al que queremos dedicar esta investigación, los dos progenitores tienen la patria potestad y la custodia pero pueden darse distintos casos. Por ejemplo que uno tenga la patria potestad y la custodia, y el otro lo único que tenga es, de la patria potestad, el deber de la deuda alimentaria pues el convenio aceptado le obliga a no poder decidir sobre la educación del niño.

¹ La patria potestad en el derecho romano y contemporaneo. Ver apartado Bibliografía.

Lo que caracteriza a la custodia compartida es que las decisiones tienen que ser compartidas y consensuadas. El padre que no tiene la custodia, no le autoriza la ley a decidir en una situación de urgencia de su hijo menor, ni tampoco está obligada la otra parte a llamarlo y decirle: *“Oye que nuestro hijo se va a operar”*. No, le dirá: *“nuestro hijo que está bajo mi custodia lo llevo a operar y te avisare cuando haya terminado la intervención, pero el que toma la decisión de si se opera o no, soy yo que tengo la custodia”*.

¿Cuál es el problema de la custodia compartida? En que no se decide sobre algo inerte o estático pues el niño es un ser en maduración y en permanente evolución que va adquiriendo progresivamente una serie de competencias. En la medida que crece la capacidad de ejercicio de la libertad del niño, disminuye la capacidad de influencia de los padres sobre las decisiones del menor y aquí entramos en el **concepto de menor maduro**.²

La existencia o no de conflictos en la toma de decisiones clínicas está en una estrecha relación con las situaciones donde existen distintas opciones terapéuticas, o cuando el resultado de una decisión concreta suponga un riesgo objetivo para la salud del menor. Cuando las opciones son muy claras o sólo existe una posibilidad razonable de decisión, el conflicto desaparece. En la exposición del desarrollo de esta investigación hemos dedicado un capítulo a los **dilemas mas importantes en la práctica pediátrica en general y otro a los conflictos** mas frecuentes que suelen aparecer **en los hijos de padres divorciados ya sea con custodia exclusiva o compartida**. También en este contexto hemos hecho una revisión bibliográfica sobre los **problemas de salud que aparecen en los hijos y padres de familias desestructuradas incluyendo el Síndrome de alienación parental en relación con el divorcio por custodia compartida**. Todos los aspectos anteriores, incluido otros como **“el mejor interés del menor” y “consentimiento informado y menor maduro”**, los hemos investigado en nuestra encuesta³ **dirigida a los profesionales de salud con práctica pediátrica**.

En el caso de la custodia compartida, hay una circunstancia en la que no hay ningún conflicto que es “la situación de urgencia” donde están legitimados a intervenir cualquiera de los dos progenitores. Pero la mayoría de intervenciones en menores no se hacen en esta situación de urgencia.

² Pérez-Cárceles MD, Pereñíguez JE, Osuna E, Pérez-Flores D, Luna A.

³ La encuesta está formada por 39 items, alojada durante un año en la plataforma web: http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php. Distribuidos del siguiente modo:

Items 1-6: Datos generales del encuestado.

Items 7-8: Análisis de la religiosidad.

Items 9-12: Análisis de conocimientos generales en bioética y derechos del niño.

Items a 13-31: Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios.

Items 32-39: Relacionados con el divorcio con custodia exclusiva y compartida.

Las fuentes de incertidumbre en la clínica son muy variadas y están en relación, entre otros muchos factores con:

- a) La ausencia de criterios científicos claros e incontestables.
- b) La posibilidad de más de una interpretación sobre la respuesta adecuada a la luz de valores contrapuestos.
- c) El equilibrio entre las diferentes opciones terapéuticas.

Las posibilidades clínicas en endocrinología pediátrica⁴ donde pueden plantearse problemas de decisión con implicaciones éticas y legales son muy amplias, basta enumerar los diferentes diagnósticos, para hacerse una idea: Obesidad, trastornos del crecimiento, alteraciones del desarrollo y maduración sexual, estados intersexuales y alteraciones hormonales (prolactina, cortisol. Etc...).

En el caso de la obesidad infantil cuando a uno de los progenitores le preocupa que su hijo está obeso y quiere ponerlo a régimen. Surge entonces el conflicto si el otro piensa distinto y cree que no le hace falta ponerle a dieta porque está convencido de que lo que le ocurre a su hijo es “que tiene una complexión fuerte”, igual que su padre y su abuelo, y con los años adelgazará.

Nosotros **como profesionales debemos de intervenir en este conflicto** y consultando la bibliografía podremos afirmar que a partir de los 10 años de edad la obesidad infantil es un factor predictivo dominante de la obesidad del adulto, pues aproximadamente el 80% de los niños de 10 años o más con un índice de masa corporal en torno al percentil 95 serán adultos obesos, Whitaker et al. (1997).⁵

En el momento actual las recomendaciones de la USPSTF (US Preventive Services Task Force Recommendation Statement, (2010)) establecen la necesidad de un screening a partir de los seis años de edad, y el establecimiento de medidas activas de intervención, tanto de consejos terapéuticos como de modificación de conductas alimentarias para modificar el exceso de peso, (recomendación grado B). Pérez-Pastor et al. (2009)⁶ plantean que la obesidad infantil procede fundamentalmente del padre del mismo sexo. Si esta relación esta mediada conductualmente, psicológica o socialmente, la intervención deberá dirigirse al padre o madre con sobrepeso.

Para Lean (2010)⁷ la obesidad infantil debería contemplarse como un epifenómeno y no como el problema primario. En este caso las intervenciones deberían ir dirigidas no a los niños, ni a los colegios sino a las familias.

⁴ Luna Maldonado A;

⁵ Verweij M. and Kortmann F;

⁶ Perez-Pastor EM, Metcalf BS, Hosking J, Jeffery IAN, Voss LD, Wilkin TJ.

⁷ Stamatakis E, Wardle J, y Cole TJ.

Las decisiones terapéuticas no urgentes se toman en pediatría dentro del triangulo constituido por el profesional, el niño enfermo y los padres, sin embargo las características de la obesidad plantean una serie de problemas adicionales en la toma de decisiones. Cutter, Whitaker y Kodish (2005)⁸.

Con respecto a los trastornos del crecimiento⁹ el conflicto se plantea cuando queremos aplicar un tratamiento con Hormona del crecimiento (GH) y el niño se encuentra en el límite de las curvas de percentiles de la talla para aplicar o no el tratamiento. El padre esta de acuerdo en someterlo al tratamiento pero la madre no quiere aplicárselo por los posibles efectos secundarios y porque la administración de inyecciones de hormona del crecimiento es causa de controversia debido a que su aplicación no provoca un aumento sustancial de la estatura y además al determinar el nivel hormonal en sangre aparecen cifras normales en el niño e incluso ocurre esto mismo en individuos afectados de acondroplasia.¹⁰ Si a los datos anteriores unimos el hecho de que a fecha de hoy, solo algunos niños han logrado aumentos modestos en su crecimiento después de uno a dos años de tratamiento y exclusivamente si se administra en el primer año de vida y que ningún estudio ha conseguido demostrar aún que este tratamiento aumente significativamente la altura en la edad adulta, es lógico que se puedan plantear estos tipos de conflictos.

Los TDAH (Trastornos con Déficit de Atención e Hiperactividad)¹¹ son otra posibilidad clínica, que acaba de regularse en nuestra comunidad autónoma en los últimos años dentro de los servicios sociales como parte de un protocolo de actuación. Se trata de niños mayores de 8 años donde la familia, padres, tutores o pediatra sospechan la existencia de un TDA-H. Consultan al Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP) que hace una valoración del niño, evaluando su nivel de competencia curricular, capacidad intelectual y estilo de aprendizaje. Tras confirmar la presencia de indicadores de TDA-H, el EOEP realiza un informe de derivación comunicándolo a la familia, padres ó tutores y solicitando la autorización de éstos para que su pediatra haga una valoración complementaria, confirme el diagnóstico y le ponga el tratamiento.

En estos casos, es posible que padres con custodia compartida del niño, no se pongan de acuerdo para seguir autorizando el desarrollo del protocolo o lo revoquen. Aquí entran en juego los profesionales al considerar o no la necesidad de seguir el protocolo. De todas formas este conflicto ya está regulado y contemplado en la misma aplicación del protocolo al tener que hacer un informe de derivación a Servicios Sociales para la valoración del conflicto.

⁸ Cutter L, Whitaker J.L. y Kodish E. D.:

⁹ Ibid., 6

¹⁰ Acondroplasia. [Publicación en línea].

¹¹ Protocolo Detección de TDAH del Servicio Murciano de Salud. [Publicación en línea].

En estás como en otras muchas situaciones se plantea un conflicto que en el caso de la custodia compartida obliga por proximidad en la decisión a compartir las decisiones.

Pero... **¿Qué ocurre si la decisión que toma uno, al otro le parece inadecuada? ¿Quién es el juez en este caso de la decisión?** Aquí el problema se plantea en lo que se llama “**el interés legítimo del menor**” en donde priorizamos en función de lo que es mejor para el menor. El pediatra estudia al niño, le descubre una serie de índices de factores de riesgo y datos analíticos, por lo que basándose en unos criterios consensuados por expertos, decide una determinada actuación por posible amenaza a su salud. Se lo comunica a los padres y alguno de ellos le contesta: ¿Cómo le va a poner ese tratamiento a mi hijo?. Dándole a continuación una serie de argumentos más o menos razonables. En este caso es el profesional sanitario el que se sitúa de garante de los derechos del menor y le dirá: “es una barbaridad no ponerlo a régimen o ponerlo” Aquí entra en conflicto el profesional que se encuentra en medio de una circunstancia difícil entre los padres que tienen la patria potestad, piensan de distinta forma y que habitualmente vienen de una situación de tensión previa porque en la mayoría de los casos el divorcio no se hace de una forma pacífica, sino que deja muchas cicatrices y muchas adherencias emocionales, utilizando al niño frecuentemente en los enfrentamientos de un padre contra el otro.

En esta situación: **¿Cómo actúa el profesional sanitario de garante para resolver ese problema? ¿Cómo se gestiona esta situación de conflicto para no desestabilizar más una situación de un equilibrio en precario y al mismo tiempo no revictimizar al niño?**. Existen una serie de elementos a tener en cuenta:

1. **Definir el marco jurídico:** “*Consiste en lo siguiente..*” “*La situación es la siguiente..*” “*El juez ha dictaminado las condiciones siguientes de custodia compartida..*”
2. **¿En qué consiste la deuda alimentaria?. ¿En qué consisten los deberes de la patria potestad?.** La patria potestad es un catalogo de deberes que tienen los padres donde se incluye la protección del menor, el cuidado, la alimentación, la educación etc.
3. **El proceso de maduración del menor** que lleva consigo una progresiva participación en las decisiones hasta llegar a un cierto grado de autonomía (menor maduro).
4. **¿Qué niveles marca la ley?** Hay que tener en cuenta la ley de autonomía 2002 en el menor a los 14 años.

Con todo lo descrito anteriormente se enmarcan los aspectos legales y a continuación pasamos a lo más importante y que es “**el aspecto central**” de la cuestión, el pediatra:

¿Qué criterios debe emplear para definir qué es lo más adecuado para el menor?

El médico puede tener una visión muy parcial, al entender lo más adecuado para el menor, desde el punto de vista de la salud. Pero la salud, entendida de una forma global, no es un concepto que incluya solo normalizar un hemograma, el peso, un índice u otro parámetro alterado, pues hay algunas veces que es mucho más importante normalizar una situación emocional.

Luego, esa especie de balance, de arte, de juego sutil, que tiene que hacer el pediatra, lo hace con el fin de:

1. **Establecer que es lo mejor para el menor.** Una vez establecido...
2. Hay que **explicarlo a los padres e intentar el consenso a través de la mediación.**
3. Una vez intentado el consenso, **si no lo consigue**, es el momento de intentar **proteger el interés del menor poniéndolo en conocimiento del fiscal de menores** que es el encargado de ejercer la defensa del menor.¹² Hay que hacer primero este paso antes de llamar al servicio de protección y tutela porque se podría complicar todavía más el conflicto.

Todo lo anterior se debe hacer manteniendo una dinámica lo más estable posible en una unidad familiar, ya de por sí muy deteriorada, rota y fragmentada.

Luego **el eje que deberá tener la investigación que se realice sobre estos aspectos será:**

1. **Definir el escenario** que constituirá el marco de referencia legal del conflicto.
2. **Colocar los personajes en este escenario:** Los padres, el hijo y el médico y a veces en esa dinámica podrán intervenir también otros profesionales como el profesor y el enfermero. Es como un “juego de espejos” al que cada vez le vas acoplando mayor cantidad de espejos para que al final sea capaz de reflejar la luz lo menos distorsionada posible.

Pero entonces se plantea la siguiente pregunta: **¿Cuales son los criterios para definir la salud?**

Los criterios no son neutros sino que tienen un sesgo ideológico o político:

1. **Se puede plantear desde un punto de vista estrictamente biológico.** Si admitimos que el hombre es “solamente un cuerpo” entonces nuestro concepto de salud se centrará exclusivamente en el plano biológico y bajo esta visión explicaríamos la estabilidad afectivo-psicológica como una consecuencia del equilibrio biológico.

¹² Duque Quintero J.R

2. **Si además del cuerpo se admite la existencia de una “transcendencia”:** Entonces la salud se convertirá en un medio en el que intervienen una serie de factores teniendo un sentido que trasciende al mero hecho de unos parámetros psicobiológicos concretos.

Hay que tener en cuenta todos estos aspectos anteriores, pues si admitimos que al profesional le asiste el derecho a tener un criterio, también deberemos hacerlo con los padres que entran en conflicto.

¿Qué es lo que ocurre entonces con este conflicto? Pues que en ese juego de criterios, en ningún caso jamás se puede perjudicar al menor. Luego **hay un eje, “el conflicto de decisiones del médico” y otro eje o referencia, “el interés legítimo del menor”**.

Con respecto al **conflicto de decisiones del médico**, la judicialización progresiva de los problemas clínicos ha provocado en la práctica que los profesionales sanitarios intenten que las decisiones sean tomadas por los órganos judiciales. Cuando el médico entra en esta dinámica ante una situación de conflicto informa al juez para que este decida. Sin embargo en muchos casos el juez devuelve el problema al profesional indicando que tome la opción profesionalmente más adecuada, con lo que se genera un bucle continuo, ya que en última instancia la decisión terapéutica no puede tomarla el juez. El conocimiento científico es el mejor ansiolítico en la gestión de un conflicto terapéutico, en la medida que existe una referencia objetiva para la toma de decisiones, por otro lado la experiencia profesional modula y ayuda a transmitir de forma clara las opciones y a comprender mejor las actitudes y posturas de los padres.

En el otro eje o referencia del interés legítimo del menor, dos son los problemas sobre los que van a gravitar principalmente las decisiones:

1. **El concepto del interés legítimo del menor** (¿qué es lo mejor para el menor?).
2. **Y el concepto de “menor maduro”** ¹³(como pueden establecerse unos criterios operativos y cuantificables para valorar la capacidad de decisión del menor).

En esa definición de “lo que es mejor para el menor,” el pediatra tiene una serie de herramientas:

- Una serie de conocimientos científicos médicos que los padres no tienen.
- Unos conocimientos del entorno familiar mucho más objetivos que los que puedan tener los padres que se encuentran en una situación de enfrentamiento.

¹³ Ibid., 2.

- Conoce la evolución del menor y el equilibrio entre los padres, es decir, dispone de una información adicional desde una perspectiva inicialmente más objetiva que unos padres que han vivido un divorcio y se encuentran en una situación de custodia compartida.
- **Existen numerosas referencias para la estimación de la madurez de un menor** y todas ellas coinciden en tres elementos:
 - La **capacidad de comprensión** del menor sobre su situación y las consecuencias de su decisión.
 - La **capacidad de explicar y comunicar** sus decisiones y las informaciones recibidas.
 - La **coherencia y firmeza de su decisión** y la **capacidad del análisis de la realidad**.

Sin embargo en la realidad clínica práctica no resulta tan simple, entre otras razones por la implicación emocional que el proceso clínico genera tanto en el menor como en sus padres, y la dificultad de gestionar la ansiedad de los padres.

Basándonos en nuestras afirmaciones anteriores, en la carencia de investigaciones en esta línea de conflictos éticos de decisión y al ser una situación conflictiva muy reciente como consecuencia de las últimas modificaciones de las leyes del divorcio es por lo que consideramos de un gran interés el iniciar esta investigación sobre estos problemas relacionados con la custodia compartida que se plantean tan frecuentemente en la consulta diaria del pediatra.

La aprobación de la ley 15/2005, de 8 de julio¹⁴: introdujo novedades importantes en la resolución del divorcio, como:

1. La desaparición del sistema causalista y el periodo de separación previa.
 2. Reducción del plazo de interposición de la demanda de disolución y una nueva herramienta para la resolución de los litigios como es la mediación voluntaria.
 3. El aumento de la libertad de decisión de los padres en su ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados y creación de un Fondo de garantía de pensiones.
- En abril del 2013, el Tribunal Supremo estableció que:**
- “*La custodia compartida no debe ser la excepción sino lo deseable*”, puesto que salvaguarda “*el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores*”. Esta sentencia ha sentado jurisprudencia, y el Ministerio de Justicia está abordando una

¹⁴ Pous de la Flor, M^a Paz.

reforma del Código Civil que equiparará la custodia compartida a la monoparental en caso de separación o divorcio. El anteproyecto de ley que regulará la custodia compartida fue aprobado por el consejo de Ministros del 20 de julio último.

- El juez tendrá amplia libertad para que, una vez analizados los informes, determine “*qué es lo mejor para el interés del menor*”, por encima del interés de los padres, anteponiendo la protección del menor a los deberes, derechos e intereses de los padres. La custodia compartida no será automática, pues si los padres no llegan a un acuerdo el juez tendrá que decidir estableciendo, por encima de todo, el beneficio para el menor.

En esta investigación nos proponemos estudiar “**como gestionar los conflictos éticos en la toma de decisión de situaciones de la custodia compartida en el entorno asistencial sanitario**”, uno de los aspectos más importante y que introduce un trato distinto para la resolución de los problemas que afectan al menor de edad, parte más débil y sufriente como consecuencia de la ruptura de los vínculos parentales. Pero antes de entrar en la discusión de estos aspectos descritos debemos de ocuparnos de aclarar más profundamente otros conceptos también fundamentales y que se relacionan con nuestra investigación como son la patria potestad, la custodia compartida, el menor maduro y el interés del menor.

1.2 Patria potestad.

1.2.1 Concepto.¹⁵

La patria potestad es una institución natural del Derecho de Familia, por la que los padres deben cuidar la persona y bienes de sus hijos menores de edad. Esta confiere un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, por lo tanto el término, patria potestad, que etimológicamente significa poder de los padres sobre sus hijos, no responde al concepto vigente de esta institución. Se funda en un estado de necesidad natural por la que atraviesan las personas, desde su nacimiento hasta un cierto período de su existencia, que no les permite atender a sus propios requerimientos, y estas necesitan de personas que las protejan, cuiden y asistan. Los llamados a cubrir este estado de necesidad son las personas que le dieron vida, esto es, los padres, por ello la institución juega exclusivamente con ellos.

1.2.2 Ejercicio

Los criterios para el ejercicio de la patria potestad no son iguales para los hijos matrimoniales que para los extramatrimoniales. Veamos:

¹⁵ Aguilar B.

Hijos matrimoniales: Refiere el artículo 419 del Código Civil que tratándose de hijos nacidos en el matrimonio, la patria potestad es ejercida en forma conjunta por ambos padres, con igualdad de derechos y deberes. Ambos ejercen la representación legal del menor, y si hubiera disenso lo resolverá el Juez de Familia; sobre el particular habría que precisar que el legislador, al referirse al disenso, no lo hace en función al mejor derecho para ejercer la patria potestad, sino a las diferencias que pueden existir en el ejercicio de los atributos de la patria potestad.

Hijos extramatrimoniales: Son aquellos concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Ahora bien, como los padres no necesariamente viven juntos, el legislador establece criterios para el ejercicio de la patria potestad, tales como el reconocimiento efectuado por el padre o la madre. Si ambos hubieran reconocido al hijo, entonces surgen otros, como la edad del menor y el sexo. Cuando el legislador alude al reconocimiento, significa que los padres que lo son por sentencia judicial, no ejercerán la patria potestad. Importante resaltar que el artículo 421 que regula esta situación, debe entenderse referido a otorgar tenencia y no ejercicio exclusivo de patria potestad.

1.2.3 Derechos y deberes de los padres

El artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes ha modificado el artículo 423 del Código Civil, quedando **los deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad** de la siguiente forma:

- a) **Velar por su desarrollo integral:** Concepto introducido por el Código de los Niños y adolescentes y que comprende normas de supervivencia, desarrollo, protección y participación, según la Convención de los Derechos del niño.
- b) **Proveer su sostenimiento y educación:** Comprende importantes deberes que trae consigo el instituto jurídico de los alimentos, que no sólo aluden al sustento diario, sino también a la educación del menor.
- c) **Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes:** El menor tiene derecho a ser educado (norma constitucional), deber que debe complementarse con la obligación del Estado de establecer sus políticas educativas.
- d) **Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente, y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente:** Obligación moral de los padres, predicando con el ejemplo, y en cuanto al derecho de corrección moderada, debemos entender de acuerdo con los avances de la Psicología, que la corrección nunca pasa por el maltrato físico, debiendo incluso precisarse que los padres con la autoridad de la que están

investidos, pueden recurrir a la autoridad judicial pidiendo ayuda ante un comportamiento irregular del menor.

- e) **Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos:** Aquí descansa **el derecho de tenencia** que es propio de los padres, tenencia que implica la convivencia con el menor, relación fáctica entre padres e hijos y que posibilita el ejercicio de los demás atributos. Los problemas del ejercicio de tenencia (y la compartida) se resuelven atendiendo al interés superior del menor.
- f) **Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil:** Son los padres los representantes legales de sus hijos, quienes por su incapacidad no pueden actuar por sí mismos, por lo tanto frente a terceros los padres tienen el deber de cuidar los intereses de sus hijos.
- g) **Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención:** Después de la reforma del código se introdujo la fórmula basada en el concepto tradicional de la familia occidental, donde todos debemos ayudar en la atención de las necesidades del hogar ayudando a conseguir el bienestar de todo el grupo familiar.
- h) **Administrar y usufructuar sus bienes cuando los tuvieren:** La administración de los bienes del menor recae como un deber del padre, y que no implica gravamen ni venta de dichos bienes, sino sólo una gestión, cuidado y gobierno de los intereses del menor. Por otro lado el usufructo legal implica que los padres hacen suyos los frutos que generan los bienes del menor, y por lo tanto estamos frente a un derecho que no significa explotación ni abuso, pues las rentas y frutos derivados de los bienes del menor, en primer lugar están destinados a solventar los alimentos y educación del referido menor, y además el saldo corresponde a los padres, quienes de seguro lo destinarán igualmente a atender las demás necesidades del hogar.
- i) **Tratándose de productos se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil:** Los productos son provechos no renovables que se extraen de un bien, por lo tanto su regulación es diferente, y así en cuanto a los productos, el usufructo recae sólo sobre el 50% de estos productos. En cuanto a los deberes de los hijos, es claro el código civil en el artículo 454, cuando refieren que los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.

1.2.4 Suspensión de la patria potestad

En este caso estaríamos ante un cese temporal de la patria potestad, lo que implica que no se ejerza ningún atributo de la patria potestad por un determinado tiempo. Sin embargo en cuanto a los

deberes que impone esta institución, ellos permanecen inalterables y por lo tanto sigue la obligatoriedad de su cumplimiento. Aunque no siempre ha sido así, hoy sólo se conoce la suspensión como una vía de cese temporal.

En el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes se enumeran las causales que dan lugar a la suspensión, observándose que en su gran mayoría están referidos a conductas inadecuadas de los padres, tales como dar órdenes, consejos o ejemplos nocivos para los niños, o permitir la vagancia o dedicarlos a la mendicidad o el maltrato físico o mental o negarles alimentos. Sin embargo también se regulan situaciones no imputables a conductas de los padres, tales como la interdicción¹⁶ del padre o madre o la ausencia judicial. Por último también se regulan los casos de separación o divorcio o invalidez del matrimonio, supuestos que no deberían estar referidos a la suspensión, sino a la tenencia.

La ley 291-94, en lo que se refiere a la patria potestad, introdujo un nuevo supuesto para la suspensión del ejercicio de la patria potestad suspendiendo el ejercicio de la patria potestad, al padre o a la madre a quien se le haya abierto proceso penal, por delitos de agresión sexual con menores de 7 a 14 años, actos contrarios al pudor con menores de 14 años, proxenetismo o sustracción o seducción a una persona para entregarla a otras con el objeto de practicar relaciones sexuales.

1.2.5 Extinción de la patria potestad

Esta implica que los padres o el padre o madre nunca más volverá a ejercer la patria potestad; casos como la muerte de los padres o del hijo, o cuando cese la incapacidad del hijo, llevan a la extinción. Ahora el artículo 77 del código de los niños y adolescentes ha adicionado otras derivadas de las conductas de los padres, tales como:

1. Condena por delito doloso cometido en agravio de su hijo o en perjuicio de los mismos.
2. Por reincidir en las causales de suspensión derivadas de los malos ejemplos, corrupción, mendicidad, maltrato y negación de alimentos.
3. Debe también mencionarse la ley 29-194 agregando otra causal de pérdida, referida a aquel progenitor, que ha sido sentenciado por los delitos de acto sexual con menores de 14 años, delitos contrarios al pudor con menores de 14 años, proxenetismo o sustracción o seducción

¹⁶ Interdicción; Del latín *interdictio, -onis*. Privación de derechos civiles definida por ley. (DRAE) Interdicción civil. «Restricción de la aptitud jurídica de la persona derivada de sanción civil añadida a la penal». En un sentido general, la interdicción es el estado en que deviene la persona a quien se le declara incapaz de determinados actos de la vida civil y que es, por ello, privada de la administración de su persona y bienes. En este sentido general, interdicción e incapacidad son equivalentes. Suprimida la interdicción civil por la reforma del Código Penal de 1983, hoy carece de trascendencia jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/interdiccion-civil/interdiccion-civil.htm>

a una persona para entregarla a otras con el objeto de practicar relaciones sexuales.

1.2.6 Desarrollo histórico¹⁷

La patria potestad es una institución jurídica caracterizada por una gran desigualdad entre el padre y la madre y sometida desde hace muchos siglos a influencias mundiales negativas. En España ha estado muy influida por el derecho romano caracterizado por la ausencia de cualquier derecho reconocido a favor de la infancia.¹⁸

A principios del siglo XX sufrió una gran transformación por cambios en el derecho comparado europeo,¹⁹ por la mayor presencia de la mujer en la vida política y mayor protección de la infancia. Se basaba solo en los derechos que los padres tenían sobre sus hijos (persona y bienes) y era común que el titular de la misma fuera el padre y solo en el caso de su muerte la madre.²⁰

La Ley 31, de 22 de julio de 1972, sobre Mayoría de Edad, supuso otro adelanto en los derechos de la mujer, derogando otra discriminación a las mujeres con respecto a poder abandonar las hijas la casa de los padres sin su consentimiento a los 18 años en vez de a los 25 años.

La ley 13 de mayo de 1981 supone un importante cambio con respecto a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, suprimiendo los últimos vestigios de la concepción romana de la institución. El mayor logro de esta ley fue el establecimiento de la paridad entre madre y padre con relación al gobierno, gestión y disposición en la familia recogiendo que los derechos y deberes de la patria potestad fuesen ejercidos por ambos cónyuges. Se suprimió el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos. Se estableció el principio básico del respeto a la personalidad de los hijos. Se incremento la intervención y control de la autoridad judicial en la patria potestad. Se prohibió la posibilidad de internamiento del menor en correccionales por voluntad unilateral del padre. Se suspendió la obligación de los hijos que conviviesen con sus padres de ayudar en las cargas familiares y se equipararon los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

También fue novedoso que en caso de que los progenitores viviesen separados, el ejercicio de la patria potestad correspondería a aquel con quién conviviese el menor, y que la autoridad judicial pudiese decidir que la ejerciesen conjuntamente y los artículos 90 y 103-1º del Código civil resaltaban el derecho-deber de comunicación y visita de los menores con el progenitor al que no le

¹⁷ Ruiz Carbonell, R.

¹⁸ Castan Vazquez, J.M.

¹⁹ Dinamarca fue el primer país quien ya en 1918 concedió la patria potestad conjunta. Suecia en 1929 y Alemania en 1957 siguieron sus pasos. En Francia en 1970, sin embargo, la total equiparación entre el padre y la madre se otorgaba únicamente en el contenido personal de la patria potestad, dado que la administración y goce de los bienes de los hijos e hijas correspondían al padre con el concurso de la madre, si bien, a través de la ley de 11 de julio de 1975, se avanzó en la lucha por la plena igualdad de los progenitores para el ejercicio de la patria potestad, al disponer que en la administración pura y simple cada uno de los esposos se reputaba frente a terceros, haber recibido del otro el poder de hacer sólo los actos para que un tutor no necesitaba autorización.

²⁰ Rojina Villegas, R.

hubiese sido concedida la guarda y custodia, y para garantizar el cumplimiento de los alimentos la autoridad judicial debía de dictar las medidas que procediesen a instancia de la persona menor, de cualquier pariente o de Ministerio Fiscal, para proteger la integridad de los mismos.

Esta ley 11/1981 fue pionera en el reconocimiento y protección de la infancia en relación con la patria potestad y el derecho de estancias con los hijos en caso de padres separados o divorciados, adelantándose a la ONU que regulo estos aspectos en 1989 en la Convención de los Derechos del Niño.²¹

Así mismo se implantó la posibilidad que los hijos menores edad que alcancen la mayoría de edad puedan invertir sus apellidos para eliminar discriminaciones por razón de sexo, dado que hasta esa fecha la inscripción se establecía con un orden preferente del apellido paterno y tras él el materno. Dejando la decisión al propio hijo, al alcanzar la mayoría de edad.²²

1.3 El menor y el consentimiento informado²³

El final del pasado siglo XX ha sido una época de profundos cambios sociales que también han alcanzado a la atención sanitaria de los menores. Esto se debe no solo a la espectacular evolución en el campo científico-técnico, sino a la aparición y progresiva toma de protagonismo del principio de autonomía, que otorga al paciente el derecho y la responsabilidad de decidir sobre todo aquello referente a su salud y su bienestar físico.

El antiguo modelo paternalista, en donde el menor no tenía capacidad de decisión, ha evolucionado hacia un nuevo modelo, que reconoce progresivamente los derechos de los menores en función de sus capacidades y de su grado de madurez, lo que se ha dado en llamar competencia del menor para ejercer el principio de autonomía.

²¹ Artículo 9-2º Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados parte respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de 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”.

²² El artículo 109 del Código civil disponía que “la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. El hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos”. Este precepto remitía a los artículos 53 a 62 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, así como al artículo 194 y siguientes del Reglamento del Registro Civil y, de entre ellos, destaca el artículo 55 de la Ley del Registro Civil, que obligaba a la consignación de dos apellidos junto al nombre que le fuese asignado al/l nacido/a, pero quedaba condicionado según la clase de filiación que se tratase, como se desarrollaba en los artículos 194 y siguientes del Reglamento de 14 de noviembre de 1958, cuando se contemplaba que los/as hijos/as legítimos/as y los legitimados por subsiguiente matrimonio ostentasen el apellido paterno y materno por este orden, e igualmente se establecía en aquellos casos de hijos/as naturales doblemente reconocidos o legitimados por concesión. En los supuestos de hijos/as naturales reconocidos o legitimados por concesión sólo por el padre, debían de ostentar los apellidos por el mismo orden que éste, y en los casos de los/as hijos/as reconocidos o legitimados por concesión únicamente por parte de la madre, debían de llevar los dos apellidos de ésta, facultándose que, si así lo deseaba la madre, se pudiese invertir el orden de los mismos. Soto Nieto, Francisco, “alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa”, en Revista La Ley, Año II. Núm. 287, 10 de noviembre de 1981, p. 1.

²³ Vázquez Alonso M. G, Carrillo Navarro F.

Según Armando²⁴, “consentir es un nuevo concepto de la ética moderna que subyace en el principio de libertad moral, autonomía y dignidad”. La aplicación del principio de autonomía exige que toda actuación en el ámbito sanitario, deba contar con el consentimiento informado del paciente. Este consentimiento, más allá de un simple formulario, debe ser un proceso de información comunicativo y bidireccional, a través del cual el menor y su médico toman conjuntamente decisiones sobre su salud tras haber compartido una extensa información y aclarado las dudas.

Para obtener el consentimiento informado se requiere que el menor tenga un mínimo grado de competencia. El problema surge en como valorar dicha competencia dentro del triángulo formado por el menor, sus padres o tutores y el médico responsable, de forma que aquél pueda ejercer su pleno derecho de autonomía.

Numerosos autores del campo de la Psicología y la Sociología han desarrollado trabajos para tratar de valorar la competencia del menor. Pero a pesar de los esfuerzos realizados, en la actualidad no disponemos de ningún sistema estandarizado que nos permita la valoración de la competencia, con la consiguiente incertidumbre del profesional.

El legislador, también ha realizado un ingente trabajo en las últimas décadas, que culmina con la Ley de Autonomía del año 2002. Dicha Ley acerca el espíritu de autonomía al campo de los menores, pero no consigue solucionar con claridad y nitidez la totalidad de los problemas de la valoración de la competencia. Es más, existen serias “lagunas” que lejos de estar clarificadas se brindan a la interpretación y añaden incertidumbre a la decisión.

Recae así sobre el profesional de la sanidad la responsabilidad de una decisión para la que carece de los medios adecuados y sobre la que puede no sentir apoyo legal, ante la aparición de dudas o discrepancias entre las partes intervinientes en la misma.

En este apartado realizamos una revisión de la actual situación del consentimiento informado en el menor, desde la perspectiva socio-psicológica y la legal, para tratar de profundizar y aportar soluciones a uno de los mayores retos de la bioética actual: “su competencia y ejercicio de autonomía”.

El principio de autonomía exige que todas las actuaciones en el ámbito sanitario deban contar con el consentimiento libre e informado del paciente. Según la clásica definición de Beauchamp y Childress²⁵, para considerar a una persona plenamente autónoma es necesario que esté libre de coacción y que sea competente. Por ello analizar la competencia como facultad o aptitud para

²⁴ Armando G, Cristina R, Gabina O.

²⁵ Beauchamp TI, Childress JF.

ejercitar decisiones sobre su propia salud, se convierte en un deber del profesional.

Por otra parte la vigente Ley de Autonomía del menor, al describir este principio, considera la edad de 16 años como “mayoría de edad sanitaria”. Por debajo de ella, es tarea del profesional sanitario, valorar la capacidad y grado de madurez que le convierten en “competente” en cuanto a sus decisiones sobre su salud.

Valorar la competencia del menor es tomar una decisión dicotómica sobre un proceso progresivo como es la maduración, que llevada a término permitirá finalmente el ejercicio de una plena autonomía si se le considera “menor maduro”.

Según Esquerda²⁶, la meta sería alcanzar la madurez del menor convirtiéndolo así en una persona autónoma, con capacidad para tomar sus propias decisiones basadas en juicios internos y de actuar de acuerdo a ellos. Para ello el espíritu actual se basa en la participación progresiva del menor en la toma de decisiones y siempre en función a su grado de madurez.

Este concepto de madurez implica diferentes capacidades que engloban las cognitivas, emocionales y ético-morales. Todas ellas son claramente interdependientes y se encuentran latentes en el individuo, precisando un entorno familiar, cultural y social que favorezca su desarrollo; por ello la importancia de la influencia ambiental nunca debe ser subestimada.

En el debate sobre el menor maduro, es importante observar que hay una aproximación psicosocial y otra jurídica que siempre serán complementarias y que no deben ser contradictorias. Comparten ambas el valorar un elemento escasamente mensurable, como es la madurez del menor que debe ser enfocada no en abstracto, sino más bien en el concreto campo de las decisiones sobre la salud.

1.3.1.1 Aproximación psicosocial.

1.3.1.1.1 Valoración del grado de competencia.

La competencia se define como el lado operativo o funcional de la autonomía moral y se refiere al grado de posesión de una serie de habilidades psicológicas que permite determinar si las decisiones tomadas son realmente expresión de la autonomía personal.

Podemos considerar la competencia como la capacidad de tomar decisiones, en este caso sanitarias, basadas en juicios morales y de actuar de acuerdo a esos juicios. Según se expresa Ruther²⁷: “Para medir la competencia del menor, desgraciadamente no disponemos de ningún test y

²⁶ Esquerda M, Pifarré J, Viñas J,

²⁷ Ruther M.

no parece que pueda crearse. La cuestión es si un chico particular es competente, en un contexto concreto, en un determinado tipo de decisión dada y en unas circunstancias particulares”. Por ello, según Esquerda²⁸, toda valoración de la competencia que pretenda seguir una sistemática deberá tener en cuenta al menos tres factores: valoración del grado de madurez, valoración de la gravedad de la decisión y valoración de factores y circunstancias.

1.3.1.1.2 Valoración del grado de madurez.

La valoración de la madurez ha evolucionado desde dos perspectivas; una procede de la Filosofía y Psicología y valora el grado de desarrollo moral, mientras otra nace del ámbito legal a finales del siglo XX en EEUU y se centra en las capacidades concretas.

Se pueden agrupar los diferentes enfoques en tres líneas de valoración como son la valoración de la madurez cognitiva, la madurez psicoemocional y la madurez moral.

a) Madurez cognitiva.

Parece ser que la capacidad cognitiva es la de mayor importancia a la hora de la educación y la valoración de la madurez. La capacidad cognitiva es necesaria para entender y valorar la información recibida y poder así tomar decisiones en consecuencia.

El psicólogo suizo Jean Piaget²⁹, pionero en este campo, divide la evolución y organización de la inteligencia del niño en diversas etapas:

1. Funcionamiento sensorio-motor de la infancia (entre 0 y 2 años).
2. Pensamiento preoperacional, tipo egocéntrico (2-7 años).
3. Pensamiento lógico basado en operaciones concretas (7años- adolescencia).
4. Pensamiento lógico basado en operaciones formales (adolescencia-adulto).

Considera éste autor, que el pensamiento “lógico operacional formal” sería un “mínimo estándar” requerido para poder tomar decisiones en el ámbito sanitario. Esto implicaría una comprensión del concepto de enfermedad, de su tratamiento, del concepto de causalidad, del rol de los síntomas, de los efectos secundarios y poder así entender las consecuencias y el funcionamiento esperado del tratamiento.

Los autores Grisso y Appelbaum³⁰, basados en otros trabajos anteriores publican sus criterios para evaluar la competencia, en los que incluyen:

²⁸ Esquerda M., Miquel E.

²⁹ Piaget J, Inhelder B.

³⁰ Grisso T, Appelbaum PS.

1. Capacidad para comunicar la elección.
2. Comprensión de la información relevante.
3. Apreciación de la situación y de sus consecuencias.
4. Manipulación racional de la información.

Pearce³¹ apunta que antes de considerar “madurez suficiente” hay que indagar sobre la relación padres-hijos, paciente- médico, así como de otros posibles factores.

Reder y Fitzpatrick³² se centran en el concepto de “comprensión suficiente” que depende a su vez de otros factores, como son la claridad de comunicación, la complejidad de la decisión, el desarrollo cognitivo, el estado emocional y el impacto del conflicto interpersonal.

Mann y Harmony³³ han revisado los criterios para valorar la competencia y los han agrupado en lo que llaman la “lista de las nueve C” o lista de capacidades en la que admiten limitaciones como su difícil aplicabilidad en adolescentes.

En este mismo sentido, estamentos como el British Medical Association³⁴ se centran en las capacidades cognitivas como mejor método de valoración de la competencia:

1. Capacidad para entender que hay una elección y que tiene consecuencias.
2. Capacidad para comprender la naturaleza y el propósito del procedimiento.
3. Capacidad para entender los riesgos y efectos secundarios de la intervención.
4. Capacidad para entender las alternativas al procedimiento y los riesgos y consecuencias que conllevan.

Es importante señalar que las capacidades exigidas ante la toma de decisiones del menor, deben ser siempre proporcionales a la complejidad de dichas decisiones.

b) Madurez Psicoemocional.

Desde el final del siglo XX aparecen críticas a la capacidad de medir la inteligencia humana basada solo en capacidades verbales, lingüísticas o matemáticas. En los años 90, Howard Gardner³⁵ propone el concepto de “Inteligencias múltiples” con ocho factores que son:

³¹ Pearce J.

³² Reder P, Fitzpatrick G.

³³ Mann L, Harmony RV, Power CN.

³⁴ British Medical Association & the Law Society Assessment of Mental Capacity, Guidance for doctors and lawyers. London: BMA 1995.

³⁵ Gardner, H.

Lingüística, lógico-matemática, musical, espacial, corporal-cinestésica, naturalista, interpersonal e intrapersonal. Divide así este autor a la inteligencia personal en “interpersonal” e “intrapersonal”, según se aplique a las capacidades de entendimiento de sentimientos e intenciones del mismo individuo o de las otras personas.

Goleman³⁶ popularizó esta idea en su libro “Inteligencia emocional” en el que relaciona el valor de dichas emociones con el éxito en la vida.

La OMS³⁷ por su parte, en 1993 describe las “Habilidades para una vida saludable” haciendo referencia a una lista de cualidades ideales a las que todo sujeto debería aspirar para conseguir una madurez y bienestar psicológicos en su contexto sociocultural.

Además, el estado afectivo del menor va a influenciar de manera importante su capacidad de toma de decisiones. En situaciones de alto nivel de estrés, ansiedad, miedo o ante comportamientos depresivos, habrá que reevaluar mediante exploración psicopatológica al menor, siempre teniendo en cuenta que las decisiones a tomar en el ámbito sanitario pueden ser una fuente de estrés, ansiedad o miedo.

c) Madurez moral

Sería aquella que fundamenta las decisiones a tomar en principios internos, que rigen la vida de una persona según una escala de valores propios. Como esta meta es difícilmente alcanzable durante la adolescencia, en el ámbito de las decisiones del menor se ha acuñado el término “madurez suficiente”.

Desde Aristóteles³⁸ se ha venido desarrollando la preocupación por el concepto de “competencia moral” y de nuevo Piaget³⁹ se presenta como referente por sus trabajos no solo en la valoración cognitiva del niño, sino también en la valoración moral.

Este autor distingue igualmente dos fases en la evolución moral del menor, la de **moral heterónoma**, basada en la obediencia y la de **moral autónoma** basada en la igualdad. Fija el inicio de la moral autónoma en torno a los 11- 12 años, frontera que como sabemos será utilizada en adelante para aceptar el comienzo de la valoración sobre la madurez. El paso de la heteronomía a la autonomía implica el paso de lo egocéntrico a lo social, como lo definió **Albert Einstein**.⁴⁰ *“Comienza a manifestarse la madurez cuando sentimos que nuestra preocupación es mayor por los demás que por nosotros mismos”.*

³⁶ Goleman D.

³⁷ OMS: Enseñanza en los colegios de las habilidades para vivir.

³⁸ Aristóteles.

³⁹ Piaget J.

⁴⁰ Cita de Albert Einstein en la red, <http://www.sabidurias.com/cita/es/2593/albert-einstein/>

El desarrollo cognitivo es una condición previa y necesaria para el desarrollo moral. La madurez moral, si bien es algo gradual, no parece guardar relación con el nivel de desarrollo intelectual o de estudios. El desarrollo moral del menor se relaciona no solo con su edad, sino con su psicobiografía, relatada ésta como el conjunto de los acontecimientos vitales vividos por el menor. Esto explica la “inesperada madurez” de pensamiento moral que determinados menores con enfermedades crónicas parecen desarrollar.

Por último y de acuerdo con Ogando y García⁴¹ se puede afirmar que la valoración de las capacidades y madurez de una persona debe hacerse en base a su capacidad de juicio y valoración de las situaciones y no de los contenidos que maneje en dichas situaciones.

1.3.1.1.3 Gravedad de la decisión.

El siguiente factor a tener en cuenta para valorar la competencia del menor es la valoración de la gravedad de la decisión a adoptar. Esta incluirá la relación riesgo-beneficio y tendrá en cuenta la proporcionalidad de la decisión. En relación a ésta el mejor referente es la “Escala Móvil de Competencia” de Drane⁴². Gradúa esta escala la proporcionalidad de la competencia exigiendo que a mayor gravedad de la decisión, mayor deba ser el nivel de competencia.

En el primer nivel y para una decisión fácil, la competencia exigible sería baja y puede ser adoptada de una manera general por menores a partir de los 12 años.

En el segundo nivel o medio entrarían adolescentes hasta 16 años que podrían consentir o rechazar tratamientos de dudosa eficacia.

En el tercer nivel se incluirían decisiones difíciles que requieren un elevado nivel de competencia. Según Drane debería reservarse a la mayoría de edad.

1.3.1.1.4 Factores contextuales o situacionales.

Tras evaluar los anteriores puntos, se deberá proceder a la evaluación de los factores que puedan influir en la toma de decisiones, que pueden proceder de la esfera del menor, de su familia o de la situación en que se desarrolla la decisión.

Como resultado final se puede decir que esta aproximación, procedente del campo de la psicología y la sociología tiene gran validez en el estudio de casos complejos. Sin embargo, presenta una gran dificultad en la aplicación clínica diaria por la ausencia de un único método validado, así como por el requerimiento de tiempo y entrenamiento para su realización.

⁴¹ Ogando B; García Perez C.

⁴² Drane JF.

1.3.1.2 Aproximación legal.

Desde un punto de vista legal, la atención sanitaria a menores plantea cuestiones sobre derechos de los menores, de los padres o tutores y situaciones de conflicto en las que es preciso manejar conceptos clave como el consentimiento informado y la capacidad de toma de decisiones sanitarias por el menor.

Nuestro ordenamiento jurídico, solo autoriza intervenciones médicas tras una debida información de la finalidad y las ventajas e inconvenientes que le permiten al paciente poder ejercer libremente su derecho de autonomía plasmado en el consentimiento informado. Pero este derecho presupone que el paciente reúne unas determinadas habilidades y facultades que le facilitan la comprensión y el discernimiento adecuados a la situación que se plantea.

Desde un punto de vista teórico y según explica Cantero⁴³, se reconoce la titularidad de derechos de los menores y su capacidad para ejercerlos, siempre que gocen de la madurez suficiente. Al pertenecer los menores a un grupo “vulnerable”, nuestro ordenamiento exige como garantía que si las facultades del menor están mermadas o escasamente desarrolladas, sean suplidas por los padres o tutores legales. Esto se hace no con finalidad de limitar al menor, sino de “proteger” sus derechos en situaciones de incapacidad. Cuando la intervención a realizar adquiere una significativa importancia habrá de obtenerse el preceptivo consentimiento informado.

Es importante enfatizar según manifiesta Guido⁴⁴, que “el niño siempre se expresa, independientemente de la edad”. Por ello es necesario revisar los criterios de capacidad que evolucionan en función de la edad. Roth⁴⁵ revisa en 1977 los criterios de capacidad más utilizados en sentencias judiciales y concluye que a partir de los 8 años comienza un lento proceso de interiorización de las normas que irá cristalizando en un básico principio de justicia. Lentamente y en torno a los 11- 12 años, se complementará con criterios más avanzados como el de equidad, útiles en la valoración de circunstancias complejas. Existe consenso en que el desarrollo moral de los jóvenes puede alcanzar la madurez entre los 13 y 15 años y casi con seguridad a partir de los 16 años, edad que nuestro ordenamiento actual considera como mayoría de edad sanitaria.

Aunque en la mayoría de situaciones, la relación médico-paciente-menor no plantea problemática jurídica (pues se presume un consentimiento tácito y automático), existen algunas situaciones que, bien por gravedad o bien por invadir los llamados derechos de personalidad, se vuelve esencial el consentimiento por parte del “menor maduro”.

⁴³ Cantero Martinez J.

⁴⁴ Guido B.

⁴⁵ Roth LH, Meisel A, Lidz CW.

Existe una disociación entre normas civiles y normas sanitarias. En las normas civiles existe un amplio abanico de edades; así se puede testar o contraer matrimonio con dispensa judicial con 14 años, mientras que no se permitirá la adopción si al menos uno de la pareja no tiene 25 años. La mayoría de edad sanitaria se reconoce según la Ley de Autonomía (41 / 2002)⁴⁶ que la establece en 16 años, lo que significa que a partir de dicha edad el menor tiene capacidad para otorgar el consentimiento informado en los actos médicos, salvo excepciones.

En la actualidad, se reconoce el derecho de los mayores de 12 años a ostentar la titularidad de sus derechos en función del grado de madurez. Los menores de dicha edad y basado en los estudios previos comentados, no parecen tener un sistema de valores propios establecido, con lo que difícilmente pueden entender su propia beneficencia. Aunque siempre deben ser informados en la medida de su entendimiento, su asentimiento no es vinculante para aquellas decisiones sanitarias de envergadura.

La doctrina de los derechos del menor establece en los 12 años, la edad en la que un menor puede disfrutar de sus derechos individuales a nivel de decisiones sanitarias siempre que haya alcanzado la madurez suficiente, pasando a ser considerado un sujeto activo y participativo.

Esta doctrina fundamentada en textos legales como el Código Civil, limita la representación legal de los padres en los actos relativos a los “derechos de personalidad” como son el derecho a la intimidad tanto espiritual, como corporal, a la salud, a las relaciones paterno-filiales, a la sexualidad o a la muerte. **Estos derechos de personalidad no pueden ser objeto de la patria potestad en el menor maduro.**

También la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996⁴⁷ otorga a los menores maduros derechos y permite al menor, que bien por incapacidad o por decisión propia, pueda otorgar a sus padres o representantes la capacidad de decisión. Estos están siempre obligados a garantizar el mejor interés del menor (búsqueda del mayor beneficio) puesto que la patria potestad no puede ejercerse en contra de los intereses del menor.

Estos códigos aceptan que en el caso de los menores maduros, capacitados para entender las situaciones y decidir, sean ellos mismos los que ejerciendo sus derechos consientan o rechacen. La actual tendencia, consolidada desde la Ley de Autonomía (41/2002), es hacia respetar dichas decisiones en “menores maduros” siempre que sean decisiones libres, informadas y coherentes con su escala de valores.

⁴⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. BOE, 15 de Noviembre de 2002.

⁴⁷ Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero. BOE, 235-49.

Sin embargo, en numerosas situaciones puntuales, existe todavía una escasa clarificación de las normas, lo que le provoca una gran incertidumbre al profesional.

1.3.1.2.1 Evolución del tratamiento legal del menor

Aunque existen varios antecedentes legales, que parten del mismo marco de la Constitución Española de 1978, es en la **Ley General de Sanidad del año 1986** (artículo 10.6) donde se plasma el principio de autonomía y por primera vez se establece la obligatoriedad del médico de solicitar de los padres o tutores el consentimiento legal para poder tratar al menor. La ausencia de expresión concreta sobre la edad y capacidad de decisión de los menores, dejaba esta norma a la libre interpretación judicial.

La Declaración de Lisboa⁴⁸ a la que España se adhiere, dispone en su artículo 5, que incluso cuando el paciente es menor de edad “debe participar en las decisiones al máximo que le permita su capacidad”. Basado en ella se evoluciona en nuestra legislación hacia el reconocimiento progresivo de los derechos del menor, introduciendo los rangos de edad y la valoración de la madurez y capacidad de obrar. Así la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, ya propugna la autonomía del menor siempre que esta sea posible y ha sido considerada como un punto de inflexión en el proceso de reconocimiento de la autonomía del menor, si bien seguía sin ser jurídicamente vinculante.

En el Convenio de Oviedo⁴⁹ elaborado por el Consejo de Europa, se establece que la opinión del menor debe ser tomada en cuenta como un factor que será tanto más determinante cuanto mayor sea su grado de madurez. Este convenio, que vincula a los estados firmantes, no llega a aplicarse en España hasta el año 2000, cuando diferentes autonomías comienzan a adaptar sus legislaciones a dicho convenio. Se crea así el marco necesario para el desarrollo de la Ley de Autonomía que unifica y globaliza los principios.

1.3.1.2.2 Ley de autonomía del paciente (2002).

Esta ley establece un espíritu acorde con que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”. El legislador gradúa la relevancia que el médico ha de dar a la voluntad del menor en función de unas variables: la edad, el grado de madurez mental y la gravedad de la intervención.

No obstante, si bien el espíritu de la ley es claramente favorecedor de la autonomía del menor, persiste un cierto grado de complejidad jurídica. En ciertos casos donde la madurez sea considerada

⁴⁸ Declaración de Lisboa de la Asoc. Médica Mundial, sobre los derechos del paciente. Septiembre 1981. Art. Nº 5.

⁴⁹ Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. 4 de Abril de 1977. Artículo 6.2

insuficiente, los padres o representantes son quienes toman la decisión. Esta debe ajustarse a las “circunstancias concretas” del caso, debe ser “proporcionada a las necesidades a atender y siempre en beneficio del menor y con respeto a su dignidad”. En dichos casos el menor siempre deberá ser consultado y si tiene 12 años cumplidos, deberá ser escuchada su opinión sin que quede claro cual es el valor de dicha opinión.

Para tratar de afrontar este vacío determinadas comunidades como Andalucía han introducido el “examen psicológico de la madurez del menor” requerido para determinadas intervenciones como son las de Cirugía Estética. No obstante, tanto la inversión en tiempo como en economía plantean dudas sobre su viabilidad, caso de generalizarse el modelo.

La ley de Autonomía hace referencia explícita al menor en su artículo 9 y **establece la mayoría de edad sanitaria en los 16 años** con plena autonomía en las decisiones desde entonces, pero también **presenta importantes excepciones**. La primera y más significativa son las **actuaciones de “grave riesgo” para el menor** y siempre a criterio del facultativo; en estos casos los padres han de ser informados y su opinión debe ser recogida y valorada, quedando a la libre interpretación cual debe ser la opinión prevalente y que valor se adjudicará a cada una de las opiniones. En otros ámbitos legales se ha creado para ayudar en estas situaciones, la figura del mediador ó “gatekeeper”.

Así mismo la interrupción voluntaria del embarazo estaba contemplada como supuesto específico y sujeto a la mayoría de edad legal, hasta que ha sido **modificada recientemente** por la Ley Orgánica 2/2010⁵⁰. **Esta ley establece la “mayoría de edad abortiva” a los 16 años**, facultando a las menores a otorgar el consentimiento para el mismo y condicionando la información a los progenitores a la decisión de la propia paciente. Esta situación esta a punto de cambiar por la nueva reforma.⁵¹

Otra excepción lo constituye **el derecho a realizar documentos de instrucciones previas**. La Ley de Autonomía no permite realizar documentos de “voluntades anticipadas” hasta la mayoría de edad legal. Según García Garnica⁵², llama la atención que no se pueda realizar un “consentimiento anticipado” (voluntades previas) pero sí uno actual.

⁵⁰ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵¹ La reforma de Ruiz-Gallardón zanja uno de los asuntos más polémicos de la ley 2/2010, cuando se autorizó a abortar sin consentimiento paterno a chicas de 16 años. No podrán hacerlo por decisión propia, aunque sea acogiéndose al supuesto legal de violación.
<http://www.abc.es/sociedad/20131221/abci-doce-preguntas-entender-reforma-201312202200.html>

⁵² García-Garnica MC.

También constituye excepción la **participación en ensayos clínicos de investigación y de sometimiento a técnicas de reproducción asistida**. Según la Ley 14/2007⁵³ de Investigación Biomédica exige que el consentimiento debe ser otorgado por representación y condicionando su participación al respeto de la dignidad del menor y siempre en beneficio de su salud.

Todas estas excepciones y modificaciones, ponen en evidencia las contradicciones. La nueva filosofía promueve la autonomía del menor, pero no puede desconocer la naturaleza jurídica tutelar y protectora hacia el menor. Es importante armonizar los dos objetivos y al tiempo proporcionar una “seguridad jurídica” al profesional para el ejercicio de su actividad.

1.3.1.2.3 La posición de la ley ante el menor de 16 años.⁵⁴

Cuando el menor supera los 12 años, si bien los padres o tutores otorgan el consentimiento por sustitución, la normativa sanitaria actual obliga al médico a "oír la opinión del menor" y es el momento en que debe ser valorada y tenida en cuenta la competencia de éste para otorgar el consentimiento informado. Para ello se habrá de informar al menor de manera adecuada y acorde con sus posibilidades de comprensión y discernimiento.

Este reconocimiento hacia el menor proviene del Código Civil inicialmente y de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 1996. En ambos se insiste en la obligación de los padres de “oír a sus hijos menores no emancipados”, cuando estos tengan suficiente juicio y antes de adoptar decisiones que les afecten. Sin embargo el legislador no concreta cual es el valor que ha de tener la opinión del mayor de 12 años.

Por debajo de 12 años, la Ley de Autonomía (41/2002) se refiere a ellos como “menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención”. En ellos no se les reconoce el derecho a “ser oídos” y el consentimiento informado queda “delegado” en los padres o tutores siempre con la condición de ser una decisión proporcionada y adaptada, buscando siempre el beneficio del menor.

En estos menores, el respeto de la autonomía del menor se puede llevar a cabo según Dworkin⁵⁵ en lo que él llama “consentimiento orientado hacia el futuro”. Esto supondría que los padres pueden intervenir incluso vulnerando la autonomía del menor, siempre que se busque un evidente beneficio futuro del menor, como sería el caso de la vacunación. Es como un consentimiento anticipado sobre algo que los menores estarán de acuerdo en el futuro.

⁵³ Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación Biomédica.

⁵⁴ Ibid., 2

⁵⁵ Dworkin G.

1.3.1.2.4 El menor y el rechazo a tratamientos médicos.

Está reconocido el derecho de todo paciente adulto y competente a decidir libremente sobre su salud y también a negarse al tratamiento. Pero esta situación, de por sí conflictiva en el adulto, adquiere especial relevancia problemática en el contexto del menor. Según Seuba⁵⁶ existen múltiples razones que pueden llevar a un paciente a rechazar el tratamiento: dudas del éxito, creencias religiosas, valoración de riesgos, falta de confianza en los médicos, etc.

El **límite para rechazar un tratamiento sería la vulneración de los derechos de terceras personas y en concreto el riesgo de salud pública**. En estas situaciones se podría obligar a determinados tratamientos, aún en contra de la voluntad del sujeto o sus representantes. Así según la ley Orgánica 5/2000⁵⁷ los menores pueden ser internados terapéuticamente en contra de su voluntad cuando sean portadores de enfermedades transmisibles o padezcan alteraciones psíquicas, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas o sustancias psicotrópicas, siempre bajo el acuerdo de un Juez de Menores, al que deberá serle comunicada la situación en un plazo máximo de 24 horas.

Además existe otro límite al rechazo de tratamiento, que son **las situaciones extremas**, donde la vida es prioritaria. Aquí la patria potestad no da opción para rechazar tratamientos que podrían salvar la vida del menor. Por ello ante las decisiones médicas, que son relevantes para mantener la vida o la integridad física del menor, no cabe el rechazo al tratamiento médico, ni de sus representantes legales ni mucho menos del propio menor.

1.4 Interés legítimo del menor.

1.4.1 Protección e interés del menor en la legislación de España.

1.4.1.1 Constitución Española de 1978

El contenido del texto constitucional de 1978 protege a la persona en general sin hacer referencia explícita al menor, primer desacierto de la Constitución. Aunque este, por el simple hecho de ser persona, disfruta de los derechos comprendidos en estos artículos del título I,⁵⁸ con los límites relacionados con la minoría de edad. El Estado protege a la familia para que los padres hagan efectivos estos derechos del menor. La protección del menor y su familia se desarrolla en artículos dispersos del texto constitucional, que se comentarán a continuación:

⁵⁶ Seuba JC.

⁵⁷ Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal en los menores.

⁵⁸ Título I, desde el artículo 10 hasta el artículo 52 de la CE de 1978.

1.4.1.1.1 El libre desarrollo de la personalidad.

En el artículo 10.1 de la Constitución, se prevé el libre desarrollo de la personalidad, dignidad de la persona y derechos inviolables del ser humano, como fundamento del orden político y paz social, y base para determinar los derechos de la persona en general, del menor y de su interés legítimo.

La Sentencia nº. 53/1985 del T. Constitucional señala al libre desarrollo de la personalidad: *"como punto de arranque para la existencia y especificación de los demás derechos"*. Por lo que los derechos del menor y la satisfacción de sus intereses serán consecuencia de su formación personal.

1.4.1.1.2 La protección integral del menor.

El artículo 39 prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos mediante la familia, encargando a los padres de realizar esta función hasta alcanzar la mayoría de edad. Dicho artículo garantiza "la protección social, económica y jurídica de la familia" por parte del Estado.

Este artículo introduce reformas legislativas e institucionales, tomando como parámetro el interés superior del menor, y reconociendo sus derechos, capacidad para ejercerlos según su grado de madurez, y la participación en procesos judiciales siendo escuchado por el Juez antes de dictar sentencias que le afecten, si tiene más de 12 años o juicio suficiente.

En la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, del Código Civil en materia de separación y divorcio, se prescinde de la edad de 12 años, para que el menor sea escuchado ante la Autoridad Judicial, otorgándole la facultad de ser oído como un derecho que asiste al menor. Aunque expresamente no se menciona el interés del menor en el artículo 39, el apartado 4º refiere que la protección del menor se debe guiar por hacer prevalecer el interés superior del menor, mediante la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Maluquer de Motes⁵⁹ opina que **es en este artículo donde se materializa el interés superior del menor como criterio rector de su protección.**

Se necesitaba un desarrollo legislativo posterior para incorporar a nuestras leyes los derechos del menor, algo que ocurrió con la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)** de 1996 uno de los textos más importantes que contiene preceptos sobre la protección del menor.

Tanto la Constitución del 78 como la LOPJM de 1996 inician la protección del menor, pero no consiguen la protección total de este por lo que se justifica el deber de revisar la Constitución Española.

⁵⁹ Clavijo, J.H. Tesis doctoral. Univ Salamanca 2008.

1.4.1.1.3 La libertad de expresión y sus límites.

El artículo 20 reconoce el “derecho de expresión”, y habla de sus límites, en el punto 4:

“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos del menor, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

El menor de edad, tiene una protección especial sobre el derecho de expresión y en la situación de separación o divorcio se protegerá su intimidad frente a los excesos de terceras personas (especialistas, familiares del menor o de los progenitores), siendo motivo para pensar en la suspensión o privación de la patria potestad si se presentan este tipo de abusos, porque el menor necesita del auxilio de sus padres y si éstos infringen su derecho a la intimidad para satisfacer sus intereses, se pedirá la ayuda necesaria a la autoridad ⁶⁰ para poder defenderlo.

1.4.1.1.4 La educación del menor.

En lo que se refiere a **los fines de la educación como Derecho Fundamental**, el art. 27 establece:

“Todos tienen el derecho a la educación, que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana bajo el marco del respeto de los Derechos Humanos, y los poderes públicos garantizarán el derecho de los padres para que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo a sus creencias”.

En base a la educación se pretende lograr el desarrollo progresivo de la personalidad del menor y aquí deben responsabilizarse los padres, los poderes públicos e instituciones de enseñanza.

La educación es una tarea compleja de desarrollar pues aunque el Estado garantice el acceso de todos los menores a la educación hasta los 16 años, es deber de los padres tener escolarizados a sus hijos. El problema no se resuelve con la existencia de instituciones de enseñanza, si no hay un compromiso de los padres de ayudar a sus hijos a que accedan a ella incluso después de los 16 años y que influyan en ellos para que terminen su formación académica profesional, o al menos técnica para acceder a un puesto laboral cualificado.

El deber de control, seguimiento, vigilancia y orientación de los padres concluye cuando el menor termina su formación superior o abandona la formación especializada a nivel técnico.

El menor, al ser titular de sus derechos y poder ejercerlos progresivamente, tiene la libertad de decidir si termina su formación o no, después de los 16 años, pero la orientación en los primeros

⁶⁰ Instituciones administrativas, judiciales o al defensor de la niñez, dependiendo de la gravedad del problema.

años que brindan los padres es vital para el futuro del menor. Conforme el niño va madurando es aconsejable que se establezca con sus padres una relación basada en el dialogo y en el consenso, pues una vez entrada la pubertad tiene que existir mayor comunicación y el menor debe tener más participación en lo que significa su futuro, por lo que , no se puede obligar al mismo a ser educado en un centro escolar que tenga una determinada orientación, o que acuda a un centro de enseñanza donde el menor no se sienta cómodo, pero no por capricho sino porque no se fomenta su desarrollo personal ya sea por disputas con sus amigos o por falta de entendimiento con el personal docente.

En toda sociedad existirán personas con diferente grado de formación, pero cuanto más alto sea el nivel de educación del menor, mayor probabilidad tendrá de que sus derechos sean respetados. El ámbito de la educación no comprende solo al menor y sus padres, sino también a los docentes de instituciones de enseñanza capaces de influir en la futura formación del menor.

1.4.1.1.5 La intimidad del menor, la familia y los poderes públicos

Existen artículos que de manera indirecta se refieren a la protección del menor y de la familia, como el artículo 18 de la CE, donde el menor se encuentra protegido como parte integrante de la familia en lo que concierne a la intimidad personal.

Se puede aseverar que **la familia es el pilar sobre el cual se sustenta el desarrollo del menor**, pero no todas las familias conviven en armonía, por lo que se prevé el divorcio y la regulación dual de modalidades de custodia para proteger el bienestar del menor desde una aproximación casuística. La estabilidad de la familia se encuentra relacionada con la armonía de sus componentes, pero si hay una situación de crisis, la inestabilidad puede afectar de igual forma a todos los progenitores independientemente de la modalidad de custodia que se adopte.

En lo que concierne a los poderes públicos el artículo 48 señala que *“Los poderes públicos promoverán las condiciones para la intervención libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”*. Esto tiene relación con el progresivo ejercicio de sus derechos que debe realizar el menor para promover su autonomía.

De los artículos citados de la Constitución Española de 1978, se deduce que si bien es cierto que el interés del menor no se encuentra previsto expresamente, éste subyace en toda la legislación, considerando el Derecho Internacional pues también forma parte de nuestro ordenamiento positivo.

A pesar de lo anterior, hubiera sido preferible que la Constitución concentrase todos los preceptos relativos a la protección del menor de edad en un capítulo concreto, para que de esta manera tuviesen mayor receptividad y eficacia.

1.4.1.2 La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, (LOPJM) de 15 de enero de 1996, se inspira en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, mencionándolo expresamente en el artículo 3.1 y 2 al hablar de los Instrumentos Internacionales.

Los derechos contenidos en esta Ley, suponen la concreción de Derechos Fundamentales inherentes a la condición humana previstos en la Constitución Española y reconociendo la titularidad y el ejercicio de esos derechos con relación a la protección de los menores de edad.

Los Derechos Fundamentales se concretan en el **respeto por la vida, salud y educación del menor**, que deben servir como base para la formación integral del menor. En ese sentido, la Ley profundiza en los principios de protección integral e interés superior del menor, de acuerdo con la filosofía surgida en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, además de que los derechos de los menores engloban aquellos que se pueden concretar en la categoría de “ciudadano”.

Igualmente, la LOJPM de 1996 es innovadora, al tratar la desprotección social del menor al **distinguir situaciones de riesgo y de desamparo**, que motiva distinto grado de intervención pública.

También, es importante resaltar que en su Exposición de Motivos se afirma que los menores de edad tienen que ser tomados en cuenta como sujetos activos con capacidad para participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, así pues, desde esa perspectiva se debe promover su autonomía. Siendo oportuno destacar aquí, que el menor de edad ante todo es persona.

Sobre el interés del menor el primer párrafo del artículo 2 (principios generales) señala que:

“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo...”.

Es concluyente el contenido del artículo 2. 1. del que se desprende que **el interés del menor es el eje principal de toda la Ley**, aspecto que debe ser considerado en toda determinación.

En el marco de actuación de los poderes públicos el artículo 11. 2. señala que se debe preponderar la satisfacción del interés del menor. Así, se vincula a los órganos del Estado con el objetivo de tomar en cuenta y hacer prevalecer el *“bonus filii.”*

Por otra parte, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOJPM) ha sido también objeto de diversas críticas desde su promulgación pues al no estar considerada como norma específica en la legislación española, su aplicación esta sujeta a la discrecionalidad de los Administradores de

Justicia en detrimento y perjuicio del menor.

Alonso, M.⁶¹ la critica cuando afirma que es una Ley que está llena de derechos pero que carece de deberes, si bien señala que pretende que la sociedad adopte una nueva mentalidad ante el menor. Pero manifiesta que la mayoría de los preceptos tienen mucho de aprovechable y con relación al interés superior del menor, indica que se constituye en el centro de gravedad de la Ley.

En definitiva, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, ha generado polémica desde que entró en vigor, sin embargo era necesaria su promulgación como norma especial, destinada a regular la protección de los menores.

1.4.2 Interés del menor en la atribución de la custodia compartida.

Una vez examinado el contexto en el que se desarrolla el tema del interés del menor en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 1989 y en las legislaciones de España, nos abocaremos a su estudio de forma puntual con sus implicaciones y connotaciones en lo que atañe a la custodia compartida de los hijos.

Estimamos que, en la implementación de esta figura jurídica en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho el criterio fundamental a ser tomado en cuenta es el interés del menor, por consiguiente, merece un análisis exhaustivo, sin embargo, durante su tratamiento encontraremos diferentes enfoques.

1.4.2.1 Interés o beneficio del menor en el ámbito jurídico

El Diccionario de la Lengua Española, señala que “interés” significa lo que a uno le afecta por el provecho o utilidad que le reporta; mientras que “beneficio” es el bien que se hace o se recibe, o también, utilidad y provecho. No existe uniformidad en cuanto a la utilización de un solo término, pese a ello, se debe destacar que **en la doctrina prima la acepción de los vocablos “interés del menor”**, lo mismo que acontece en los Tratados Internacionales.

Ihering⁶² define el interés:

“En el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato⁶³”.

⁶¹ Alonso, M.

⁶² Ibid., 60

⁶³ Se dice del sentido que por extensión se da a las palabras, sin que exacta o rigurosamente les corresponda. DRAE.

Se desprende así que **el término “interés” contempla tanto el ámbito espiritual como el material**, que es lo que nos interesa en función a proteger y velar por la formación y desarrollo del menor. Utilizaremos preferentemente el término “interés del menor”, no obstante, en virtud a las semejanzas de carácter semántico, cuando sea conveniente se empleará también el vocablo “beneficio”.

1.4.2.2 Preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de interés

En cuanto al interés del menor como criterio prevalente sobre cualquier otro, se concreta en aquello que, atendidas las circunstancias de un caso concreto, sea más favorable para él, proporcionándole las mejores condiciones para su desarrollo personal.

De ello se deduce que **en caso de existir intereses opuestos**, previa valoración casuística, **debe prevalecer el interés del menor en una situación de crisis familiar**.

Es así, que parte de la doctrina apunta a que la cláusula del beneficio del menor prevalece al interés de los progenitores en la suposición de existir un conflicto. En el tema que analizamos esto se refleja, en el supuesto de que el menor en una situación de crisis matrimonial prefiera la aplicación de la custodia compartida, a diferencia de los padres, quienes a su turno soliciten para bien de ellos la implementación de la custodia unilateral.

De la misma manera, se sostiene que **el interés del menor tiene que ser tomado en cuenta con preeminencia sobre otros criterios previstos** en la norma como consecuencia de lo establecido en la legislación vigente.

Concretamente, en la legislación española el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, prevé el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Como crítica a ello, otra parte de la doctrina sostiene que es loable que entre intereses semejantes prevalezca el del menor, y es contrario a la legislación vigente que el interés del menor se considere superior al de una persona mayor de edad con más valor.

A nuestro juicio,⁶⁴ disintimos con esta postura, toda vez que en el supuesto conflicto de intereses, el menor está protegido en función a la minoría de edad determinada en la normativa vigente.

En esa consideración, se afirma que en un conflicto de intereses debe triunfar el del menor por mandato legal, lo cual no significa una discriminación positiva, sino que los derechos que éste tiene, deben ser protegidos en adecuación a su persona.

⁶⁴ Ibid., 60

Así, pues, en una situación de separación o divorcio, se tiene que desterrar la discriminación positiva, puesto que no se le está concediendo ninguna prerrogativa al menor, sino que en función a su condición y en vista de que la estructura familiar funcional no ha cumplido su objetivo resulta necesario proteger su interés.

En ese marco, hay autores que de forma acertada señalan que **el principal motivo de la defensa prevalente del interés del menor se encuentra relacionada con su minoría de edad**, aspecto que el legislador estima como susceptible de mayor vulnerabilidad, por lo que requiere una protección jurídica especial. No obstante, esto no significa que la condición de persona de un menor se diferencie de aquellas personas que han adquirido la mayoría de edad.

Esto demuestra que el interés del menor debe primar con respecto al de una persona mayor de edad, precisamente por su condición de ser menor de edad, situación que le convierte en una persona vulnerable con capacidad limitada para actuar por si sola.

Asimismo, en lo que atañe a situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, creemos que tiene que prevalecer el beneficio del menor, en razón de que los progenitores desaprovecharon su oportunidad de conservar una estructura familiar funcional en armonía.

Así, cuando los cónyuges deciden finalizar su relación, tienen que aunar esfuerzos en adoptar una modalidad de custodia que resulte eficaz para el cuidado de los menores y su respectiva protección.

Por consiguiente, lo que resta es intentar promover que el interés del menor sea garantizado como parte de esa familia que no se pudo conservar, y la custodia compartida se presenta como una posibilidad viable.

Hay quien afirma que el interés superior del menor, al ser un principio jurídico, universal y abstracto, se constituye en el criterio principal para determinar la modalidad de custodia a aplicarse. Inclusive prevaleciendo al interés de los progenitores.

Sin duda, el interés del menor es un tema que tiene un ámbito espacial y temporal de aplicación diverso, por eso, en el desarrollo de este capítulo intentamos delimitarlo y concretarlo a su aplicación en la custodia compartida.

Deberemos tener en cuenta que por encima de los deseos personales de los progenitores o terceros se configura el interés superior del menor desde la perspectiva del desarrollo independiente e integral de su personalidad que comprende su crecimiento físico, formación intelectual y protección de la salud, criterios que influyen en la determinación del beneficio del menor.

Por este motivo, quienes participan en la determinación y concreción del interés del menor tienen que proteger su formación integral, procurando que éste tenga una adecuada forma de vida. En

nuestro caso, esto se realizará a través de la correcta elección de la modalidad de custodia a implementarse.

En lo que atañe a la determinación de la custodia y el ejercicio de la autoridad parental en la esfera de la educación, los padres deben habilitar al menor para su inserción social, lo que significa asumir una tarea laboriosa y compleja de determinar y hacer eficaz el interés de sus hijos que implica a veces sacrificio y renuncia a sus propios intereses.

Por lo tanto, sin el ánimo de propiciar criterios de desigualdad, ante un supuesto conflicto de intereses en la relación padres-hijos, la empatía de los progenitores a favor del menor, tiene un papel preponderante en la concreción del interés de éste último.

Todo ello y sin olvidar, que conviene respetar el interés del menor siempre que las tareas familiares impulsen racionalmente la autonomía del menor de manera responsable, procurando interrelacionar derecho y deber. Es decir, en la concreción del interés del menor tiene que propiciarse su independencia sin vulnerar el equilibrio que debe existir entre derechos y obligaciones.

Además, la concretización de éste interés no significa la consagración de ningún “*favor minoris*,” entendido como una condición de gracia hacia un sujeto débil.

Esto hace evidente que **en el momento de decidir si es factible la implementación de la custodia compartida, el interés del menor se constituye en el centro de gravedad en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.** Es así que se manifiesta que en las relaciones privadas donde participe el menor, su interés será el criterio fundamental y tendrá una consideración primordial.

Sin duda, debe primar el beneficio del menor, por cuanto éste no tiene motivo alguno para tener que soportar las desavenencias conyugales de sus progenitores, lo que significa que tiene derecho a mantener el vínculo con ambos padres por igual, de forma independiente a la relación que exista entre la pareja. Esto, al amparo de los instrumentos internacionales actuales que resaltan la preponderancia del principio del interés superior del menor como principal criterio de decisión, con relación a otros intereses.

En la Jurisprudencia, se adopta un criterio generalizado de preponderar el interés del menor en situaciones de crisis familiares. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), de 30 de junio de 1994, resuelve que en los supuestos de disparidad de intereses entre los padres e hijos sobre el derecho de guarda y visita prepondera el beneficio del menor, en función a que el legislador ha puesto de relieve que se tiene que proteger al desvalido y desamparado

haciendo prevalecer el “*favor filii*”.

Asimismo, la SAP⁶⁵ de Huesca, de 13 de octubre de 1994, aclara que en una situación de adopción debe primar el interés del adoptado en detrimento del adoptante. Extremo que refleja la preponderancia del interés menor por encima del interés en éste caso del padre biológico o del futuro adoptante.

En la misma línea, la SAP de Castellón núm. 471 (Sección 1ª), de 27 de noviembre de 1997, desestima la acción de filiación materna extramatrimonial, al considerar improcedente dicha petición en función a que debe prevalecer el interés de la menor que en su momento fue entregada en adopción y que en la actualidad goza de un ambiente familiar adecuado, que precautela el cuidado de su salud tomando en cuenta que requiere cuidados necesarios para atender su enfermedad.

En síntesis, creemos que no debe prevalecer el interés del menor bajo capricho del mismo, sino que de la valoración de la situación de crisis familiar, se tiene que apreciar si la implementación de la custodia compartida es lo mejor y más beneficioso para su formación y desarrollo, tomando en cuenta su estado de minoría.

1.4.3 Interés moral y material.

En la determinación del interés del menor en la custodia compartida en situaciones de separación o divorcio corresponde analizar si debe prevalecer el interés moral, que consiste en la satisfacción de las necesidades espirituales y afectivas, o bien tiene que preponderarse en la concreción del interés material que se refiere al bienestar económico.

Sobre ello, la doctrina no es homogénea, por una parte, se señala que **el interés del menor se debe atender con preferencia en el ámbito espiritual sobre el material**. Este criterio aparece en la Jurisprudencia en resoluciones como la de la SAP⁶⁶ de Tarragona (Sección 1ª), 30 abril 1998, y en la SAP de Granada (Sección 4ª), 3 marzo 1999, fallos donde aparece el interés del menor, como único principio legal que se valora en el acuerdo, y como fundamentos, la estabilidad emocional y bienestar psicológico del menor, imprescindibles para que se integre en la estructura familiar. También prevalece el interés del menor desde el punto de vista emocional en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), 4 julio 1997, que declara la conveniencia del reintegro de los menores a su padre en su país de origen, porque los menores no se compenetran e integran en el nuevo medio familiar siendo perjudicial para su desarrollo.

⁶⁵ SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

⁶⁶ Ibid., 66.

Esto significa, que prevalece el ámbito espiritual, lo cual conlleva a que las cosas materiales pasen a segundo plano. Creemos más acertado promover la interrelación de ambas esferas, tanto el papel del ejercicio de la autoridad parental como el ámbito espacial y temporal donde haya ocurrido la ruptura matrimonial o de unión de hecho. Si se opta por dar preferencia al ámbito espiritual se puede afectar la esfera material pudiendo haber un descuido en la alimentación, salud y educación, deberes que tienen obligación de satisfacer ambos progenitores. Por consiguiente, nos adherimos a esta postura, puesto que **en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, la custodia compartida se presenta como una alternativa para unificar el interés emocional y material del menor con relación a los progenitores por las siguientes razones:**

- El menor conserva una relación estable, amplia y periódica con ambos progenitores, lo que equivale a preservar su interés moral.
- Los progenitores al compartir la custodia, satisfacen directamente el interés material del menor, siendo el régimen de asignación de pensión alimenticia distinto al de la custodia monoparental.

En la legislación española, los artículos 92, 154, 159 y 170 del Código Civil abarcan el interés del menor sin especificar si se refiere al ámbito moral o material. Esta situación se deberá modificar, cambiando dichos artículos para velar por la formación integral del menor, especificando de manera expresa la protección del interés moral y material.

1.4.4 Interés del menor, ¿presente o futuro?.

Con referencia al tema de la preeminencia del interés presente o futuro del menor en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho existen posturas que ponen de relieve el futuro sobre el presente o la combinación de ambas esferas.

Así, hay quien sustenta que por ser personas de corta edad tiene que prevalecer el beneficio futuro antes que el beneficio presente, recordando que una infancia feliz es el requisito indispensable para un desarrollo ideal y libre de la personalidad individual. Se sostiene así, que **el interés del menor se debe realizar en función al futuro, desde el ámbito de su situación personal.** Por lo tanto, lo óptimo es satisfacer el futuro del menor, enfocado desde un punto de vista de una planificación concertada y precautelando la formación integral que debe tener el menor.

Antes de pronunciarse por el presente o futuro del menor, se debe ubicar el proceso de separación o divorcio en el ámbito espacial y temporal, y sólo así se determinará si es aconsejable la aplicación de la custodia compartida.

En España es más realista pensar en el futuro antes que en el presente del menor, pues el Estado brinda mayor cobertura y protección a las personas -aun cuando exista insatisfacción al respecto-. En otros países que no hay esta protección, lo primordial es garantizar el presente del menor, pasando a un segundo plano el futuro del menor. Por lo que **hay que tomar en cuenta el interés presente del menor con relación a su futuro desde el ámbito personal como parte de la sociedad de la cual formará parte**. Esta sería una postura intermedia que considera el presente del menor prevaleciendo el interés futuro, no obstante, es conveniente señalar que es el menor quien debe adaptarse a la sociedad y no la sociedad al menor individualmente.

Otro sector de la doctrina afirma que el interés del menor se tiene que analizar con una visión de presente y futuro, basándose en que es esencial para los hijos menores de edad mantener una relación estable con ambos padres durante estos dos periodos. Postura que compartimos, pues es prudente buscar un equilibrio entre presente y futuro, en función al bienestar del menor.

Durante la tramitación del proceso contencioso de separación o divorcio, es importante el presente del menor, pues según los antecedentes de conducta de la relación de pareja se decide que régimen de custodia se adoptará provisionalmente hasta que se resuelva de manera definitiva. En estas circunstancias la custodia compartida se presenta como una alternativa pues los cambios con respecto a la convivencia matrimonial son mínimos, siempre que la causa de separación o divorcio no sea violencia o malos tratos.

1.4.5 Diferentes acepciones del término “interés del menor”.

El termino “interés del menor” encierra una acepción muy imprecisa pues su contenido varía según el sujeto que realice la interpretación, concibiéndose diferentes posturas, la del legislador, progenitores, Administradores de Justicia y punto de vista del menor en función a su edad.

La **diversidad de posturas** no ayuda a unificar criterios para satisfacer las necesidades básicas respecto a la formación y desarrollo del menor. El término “interés superior del niño” aparece como un nuevo paradigma, que se puede sintetizar como *“lo más bueno y sano para el niño”*, tanto en su vida privada como en el trato con quienes lo rodean. Habitualmente se quiere lo mejor para el menor, pero ¿En que consiste lo mas bueno y sano para el niño?.

También se sostiene que el término comprende desde la protección de los derechos del menor hasta el desarrollo autónomo de su personalidad, acepción muy genérica y con limitaciones, al no especificar las funciones que contempla el interés del menor.

En el ámbito vivencial los principales componentes de la formación integral del menor son el desarrollo físico, la protección de la salud, y la educación. Dandole al término “interés del menor”

un componente social que tiene notable influencia a la hora de determinar su concreción desde el ámbito jurídico.

Por todo lo descrito podemos afirmar que el concepto del interés del menor tiene muchas interrogantes, y de hecho existe la percepción generalizada de que es “*un término jurídico indeterminado*”.

1.4.6 Concepto jurídico indeterminado.

De manera general, en una situación de separación o de divorcio, el legislador ha previsto que el interés del menor debe centrarse en la **elección de la modalidad adecuada de custodia** a implementarse, y de manera específica, los Administradores de Justicia tienen que determinar el contenido conceptual de este término, campo que se encuentra inexplorado antes del conocimiento de la causa, por parte de las Autoridades Judiciales.

1.4.6.1 Personas que participan en la determinación del interés del menor.

Las personas o sujetos que participan en la determinación del interés del menor son; el -propio- menor, los progenitores y los Administradores de Justicia. Analizaremos las connotaciones e importancia que tiene la participación de cada uno de estos sujetos.

1.4.6.1.1 Participación del menor en la determinación de su propio interés

Hay que partir del principio de participación del menor que el derecho le reconoce mediante la libertad de expresión en los temas que le atañen en función a su edad y madurez como puede ser la libre opinión de sus deseos, creencias, y sentimientos. De esta manera, el menor ante la sociedad es considerado como sujeto autónomo, con capacidad para ejercer sus derechos activamente y de forma progresiva con el objetivo de contribuir a su formación.

En el ámbito de la protección del menor en general, el campo de estudio se encuentra lleno de subjetividad y relativismo, es imposible llegar a conclusiones universales o generalizables, por aquello de que cada persona y consecuentemente cada menor es un mundo diferente.

Es lógico que esto suceda, puesto que así como cada persona tiene una vida propia, las situaciones de separación o divorcio pueden ser parecidas, pero son diferentes en cuanto a los sujetos que forman parte de la estructura familiar.

Por ende, la determinación del interés del menor ante la posibilidad de aplicar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares, como todo fenómeno jurídico siempre será relativo, toda vez que depende de factores jurídicos, axiológicos, intelectuales y sociales. Por lo que el hecho

de que cada situación de separación o divorcio judicial tenga sus propias connotaciones da origen a la relatividad del contenido del interés del menor.

Sin embargo, la relatividad no se debe confundir con arbitrariedad, por cuanto, se corre el riesgo de que cada persona piense que lo que hace es lo más apropiado y lo más justo.

En esa percepción radica el problema esencial de la determinación del interés del menor, puesto que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, los progenitores o la Autoridad Judicial respectivamente, tienen o bien una concepción errada de autosuficiencia, que no les permite identificar correctamente lo más beneficioso para el menor, o sino los padres argumentan que el Juez no puede conocer lo más beneficioso para los hijos.

Por ello, nosotros creemos que **la participación activa del menor en la determinación de su propio interés** y la posibilidad de aplicar la custodia compartida se constituye en una **alternativa que contribuye a la solución de este problema, además de que se fomenta su autonomía, y el desarrollo de su personalidad.**

Así, el menor tiene la oportunidad de ejercer sus derechos progresivamente y hacer valer su opinión en la concreción de su propio beneficio.

Por consiguiente, es conveniente determinar el concepto desde la perspectiva del interés del menor, considerado como persona individual y sociable que vive su problema en un tiempo y espacio determinado y no desde el punto de vista de los adultos que tienen sus propios prejuicios y convicciones.

En ese sentido, es mejor que sea el propio menor quien coadyuve activamente a decidir si es factible la implementación de la custodia compartida precautelando su interés. Así, a partir de su capacidad natural puede decidir individualmente sobre su situación personal.

Es cierto que **el interés del menor no coincide siempre con sus deseos**, por lo tanto, es aconsejable acceder a su voluntad siempre que esta actuación vaya en su beneficio, y para que ello ocurra **es importante que se considere la edad y madurez del menor.**

En el supuesto de que la opinión del menor no sea satisfactoria para el Juez, esta Autoridad puede recurrir al dictamen de especialistas, que por su formación tienen la posibilidad de identificar con mayor exactitud el *bonus filii* en un proceso de separación o divorcio.

Al respecto, se sostiene que la validez de la opinión del menor se encuentra condicionada a su aptitud, hecho que se demuestra si tiene condiciones de madurez y esta situación se refleja principalmente por su edad.

Si el menor no tiene las condiciones de madurez requeridas, con el objeto de equilibrar la situación de quienes intervienen en la determinación de su interés, –Juez, progenitores- se debe acudir a especialistas para que mediante sus informes determinen y avalen lo más beneficioso para éste imparcialmente, de lo contrario existe el riesgo de que el menor se encuentre influenciado o sometido a la voluntad de los progenitores o bien que la decisión del Juez sea arbitraria, tal como manifestamos en el análisis de la Ley 15/2005, referente a la custodia compartida.

Por otro lado, insistimos en la labor de los especialistas, pues, así, la elección que realice el menor se encontrará respaldada por un informe técnico, que además permitirá que no se sienta culpable por la expresión de sus deseos. Es decir, **el trabajo de los especialistas se constituye en un factor decisivo a la hora de valorar las opiniones y los deseos del menor**. La opinión de estos profesionales si bien no debe ser vinculante para el Juez, se constituye en un argumento útil para descubrir la verdad material en un proceso de separación o divorcio, con la finalidad de satisfacer el interés del menor, además, que ésta es una forma para evitar que concurren fallos discrecionales o arbitrarios que por ende afecten a la concreción del *bonus filii*. De esta manera, como acertadamente sostiene parte de la doctrina, el interés del menor será determinado por criterios generales de valoración de conformidad a principios jurídicos y ético-sociales y no por criterios personales.

Es importante realizar una valoración general con participación multilateral, –menor, progenitores, especialistas y Juez- así, el riesgo a equivocarse en la determinación del interés del menor será mínimo.

En situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, si los padres han tenido una relación de convivencia normal con los menores, es muy probable que los hijos prefieran mantener una relación estable con ambos progenitores, lo que quiere decir que la custodia compartida es la alternativa más acorde con el interés del menor.

Para promover la participación del menor en situaciones de separación o divorcio cuando el proceso es contencioso, además de la actuación del Fiscal **se le debe nombrar un abogado de oficio para que le represente exclusivamente en el desarrollo de la causa** procurando de forma efectiva la protección del menor.

1.4.6.1.2 Determinación del interés del menor por parte de los progenitores

En virtud a la titularidad y ejercicio de la patria potestad son los progenitores quienes se encuentran facultados para determinar lo más beneficioso para el menor.

Sin duda, en una situación de convivencia de la pareja con ribetes de normalidad quienes mejor conocen a sus hijos son los progenitores, por este motivo, creemos que en caso de ruptura matrimonial o de unión de hecho, la atribución de la custodia compartida debe orientarse en función a la satisfacción de la voluntad racional del menor, tomando en cuenta que es un sujeto independiente y que se tiene que promover el ejercicio de sus derechos progresivamente.

Al respecto, **los padres deben permitir que el menor participe en la determinación de su propio interés, además de actuar con respeto a su personalidad.** Por cuanto, los deseos de los padres no siempre coincidirán con el interés del menor.

Para que la aplicación de la custodia compartida se haga efectiva por parte de los progenitores, según Lorca y Dentici⁶⁷ debe existir: “..., *el máximo espíritu de colaboración entre los cónyuges en el que, aún cuando persistan discrepancias entre ellos, el exclusivo [beneficio de los hijos] (art. 92.4 CC) puede ser determinante para su adopción*”.

A nuestro modo de ver, para que ello acontezca se requiere un alto grado de empatía por parte de ambos progenitores con el objetivo de satisfacer el “*bonus filii*”.

1.4.6.1.3 Determinación judicial sobre el interés del menor.

La determinación judicial puede justificarse según el enfoque teórico desde el que se realice. Habría que guiarse por una senda intermedia que prepondere **el interés y la concreción del beneficio del menor**, en la suposición de implementar la custodia compartida, de forma independiente a la teoría que se aplique. Por ello, no somos partidarios de adscribirnos puntualmente a ninguna teoría, tomando en cuenta que el interés del menor en principio es abstracto. En ese sentido, se tiene que respetar el ordenamiento vigente a pesar de las controversias que ofrece su interpretación.

¿Cómo se debe realizar la determinación judicial?

Ruiz Manero⁶⁸ sostiene que: “...*las normas preexistentes no conducen al Juez a una única decisión correcta, que él deba descubrir, sino que constituyen meramente un marco abierto a varias posibilidades que el Juez habrá de llenar mediante la decisión por una de ellas*”.

Por esta razón, los Jueces deben dilucidar las causas mediante la utilización de pautas y reglas que se encuentran comprendidas en el orden jurídico. Al ser cada menor una realidad distinta, para concretar adecuadamente su interés en una situación específica de separación o divorcio, **es conveniente que el Juez recurra al apoyo de especialistas para complementar su formación.**

⁶⁷ Lorca, A. y Dentici, N.M

⁶⁸ Ibid., 60

Para la determinación del interés del menor debe tomar en cuenta premisas mayores y menores, las primeras pertenecen al menor y las segundas a los progenitores, dentro de lo que es la estructura familiar que atraviesa un periodo de transición de su formación funcional a su formación disfuncional.

Hay quien manifiesta que el Juez al actuar en representación del Estado tiene una función pública y que tiene que procurar la satisfacción del “*bonus filii*” intentando buscar solución a cada caso de manera imparcial. En ese marco, la SAP⁶⁹ de Valencia (sala sexta), de fecha 7 de julio de 1999, sostiene que en la aplicación de la custodia compartida, debe prevalecer prioritariamente en el interés del menor.

En relación a ello, resaltar que **la determinación judicial sobre el interés del menor no concluye con la asignación de la custodia, sino que corresponde realizar un seguimiento periódico** de la ejecución de la resolución por parte de los equipos psicoasistenciales adscritos a los juzgados, con la finalidad de que el Juez en caso necesario modifique su fallo.

Pese a los reparos que tiene la Ley sobre la indeterminación del interés del menor, el Juez tiene la misión de garantizar la concretización de dicho principio en las resoluciones emergentes de los procesos de separación y divorcio que incumben principalmente al menor con referencia a la custodia.

Por consiguiente, **la Autoridad Judicial tiene que** procurar mediante las alternativas que le brinda la norma sustantiva y procesal, así como los Tratados y Convenios Internacionales **determinar lo más beneficioso para los hijos en una situación de crisis familiar**. Para que esto ocurra se deben dejar de lado estereotipos judiciales que prescindan a priori sin la valoración del caso, de la figura jurídica de la custodia compartida como alternativa.

Por su parte, si los progenitores han consensuado en interés del menor el establecimiento del régimen de custodia compartida, el Juez únicamente debe intervenir para verificar que efectivamente se ha previsto lo más conveniente.

Así, un sector de la doctrina señala que **debe regir el principio de mínima intervención a fin de no afectar la autonomía que tienen los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, esto con el objetivo de proteger la satisfacción del interés del menor**. No estamos totalmente de acuerdo con esta postura, pues al encontrarse la estructura familiar compuesta por progenitores e hijos, en principio, se debe dejar que sean ellos los que resuelvan sus diferencias, sin embargo, se justifica la intervención judicial en supuestos donde se entable un proceso contencioso. Es más, con

⁶⁹ SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

la finalidad de preservar el interés del menor la Autoridad Judicial inclusive tiene que actuar de oficio. Puesto que si bien la familia tiene un componente privado, el Estado mediante el Poder Judicial y éste ente a través de los Jueces tiene que ejercer su rol procurando salvaguardar el bienestar de la estructura familiar disuelta.

Para concluir señalar que la reforma del 2005 no ha establecido cimientos sólidos para modificar la estructura básica del Código Civil en referencia a la patria potestad, la custodia y consecuentemente con el interés del menor. Esto significa, que la falta de uniformidad de criterio en cuanto a la aplicación de estas figuras jurídicas por parte del legislador repercutirá negativamente en la labor de los Jueces, y en la situación tanto de los progenitores como del menor en el momento de determinar la modalidad de custodia a regir en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.

Como principales ideas a subrayar:

1. Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre progenitores en una situación de separación o divorcio **es recomendable que** tanto la titularidad de **la patria potestad** como su ejercicio **se mantengan de manera compartida en beneficio del menor.**
2. **La guarda** como deber inherente a la patria potestad **aborda** el ámbito personal e inmediato del menor, es decir, **las relaciones cotidianas que son fruto de la convivencia**, a diferencia del ejercicio de la patria potestad que contempla la responsabilidad integral del menor e implica la realización material de las funciones específicas de las relaciones paterno filiales, lo que significa que no requiere obligatoriamente un contacto físico permanente entre progenitor-menor.
3. La custodia compartida es una figura jurídica que se aplica en situaciones de crisis familiares, y se caracteriza porque los progenitores alternan en el cuidado y la convivencia de los hijos en igualdad de derechos y deberes, con la finalidad de satisfacer sus necesidades tanto materiales como espirituales.
4. La custodia compartida contribuye a que los progenitores realicen las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, pues de lo contrario dicho ejercicio se encontraría vacío de contenido.
5. Considerando la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares, **es conveniente la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia**, con el objetivo de adoptar la mejor alternativa en interés del menor.

6. En una situación de crisis familiar no pueden existir dos alternativas semejantes en lo relativo a la custodia, desde esta perspectiva el fallo del Juez no puede ser discrecional ni tampoco arbitrario.
7. Para que exista una adecuada elección de la modalidad de custodia a regir en una situación de ruptura familiar, **es recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida, no tengan ninguna preferencia ni condicionamiento alguno en la norma sustantiva.**
8. La mejor forma de establecer la custodia compartida en una situación de separación o divorcio, es a través del previo acuerdo de voluntades de los progenitores vía convenio regulador.
9. Si ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones y son aptos para ejercer la custodia compartida, pero no han consensuado en su implementación, el Juez previa valoración del caso debería tener la posibilidad de establecer esta modalidad en interés del menor, sin ningún tipo de restricciones en la norma.
10. **La custodia compartida en el ámbito jurídico fomenta el principio de igualdad que debe regir entre los progenitores**, cuando éstos se encuentran inmersos en una situación de separación o divorcio, por cuanto, independientemente de la modalidad de guarda alternada se procura distribuir el tiempo de los menores proporcionalmente a favor de ambos padres.
11. En una situación de crisis familiar **si se establece la custodia compartida, debe prevalecer como criterio de atribución el interés del menor**, puesto que, se constituye en el centro de gravedad alrededor del cual se tienen que concentrar todos los esfuerzos para determinar lo mejor para él.
12. Si bien el establecimiento de la custodia compartida en la legislación española no ha colmado las expectativas de diferentes colectivos sociales, su implementación demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al Poder Judicial. Esta situación ha cambiado tras la reciente sentencia de abril 2013.⁷⁰
13. En lo que concierne al interés futuro o presente, material o moral del menor, con relación a la custodia compartida se debe buscar un punto de equilibrio teniendo en cuenta el ámbito espacial y temporal en el que se presenta la separación o divorcio de los progenitores.

⁷⁰ Con fecha 29 Abril 2013 el Tribunal Supremo ha establecido por sentencia (257/2013) que la custodia compartida debe de dejar de ser una excepción.

14. Las técnicas de determinación del interés del menor son útiles en el establecimiento de la custodia compartida, en la medida que exista una valoración casuística, previa apreciación axiológica de todas las circunstancias que comprende la crisis matrimonial o la unión de hecho, adecuadas al ámbito jurídico.
15. La participación activa del menor en la determinación de su propio interés, siempre que sus deseos coincidan con su mayor beneficio se debe constituir en un parámetro importante por el cual se tienen que orientar las situaciones de separación o divorcio, al tiempo de establecer la factibilidad de la custodia compartida.

1.5 El interés del menor en la custodia compartida⁷¹

Al hablar de la estructura familiar, es indiscutible que los encargados de velar por su funcionalidad son los cónyuges. A ellos corresponde la patria potestad sobre sus hijos que ejercerán de forma conjunta y en igualdad de condiciones.

Pero ¿qué sucede en aquellos casos en los que los cónyuges deciden separarse y vivir cada uno por su lado? ¿En qué condiciones quedan los hijos? El principio rector en la toma de decisiones es el “interés superior del menor”. El Código Civil español, tras su modificación en materia de separación y divorcio por la Ley 15/ 2005, 8 de julio, introduce la posibilidad de aplicar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares, asumiendo los progenitores de forma igualitaria y responsable, los derechos y deberes del cuidado de los hijos de forma alterna, para atender sus necesidades materiales y espirituales⁷². Para los hijos, lo esencial de la custodia compartida es que “posibilita su relación con ambos progenitores”. Sin embargo, las opiniones sobre este tipo de custodia no son unánimes⁷³.

Nos centraremos en este capítulo en el análisis de la custodia compartida, su regulación en la ley 15/2005, la última sentencia favorable 257/abril 2013 y sus posibles contradicciones. Igualmente, abordaremos el interés del menor, su contenido en la legislación, en la convención de los Derechos del Niño de 1989 y su regulación en la legislación española, y por último la elección de la modalidad de custodia en una situación de ruptura familiar.

⁷¹ Ochoa Sánchez P; Carrillo Navarro F; Luna Maldonado A.

⁷² Ortuño, P.,

⁷³ Alascio, L. y Marín, I.

1.5.1 Desarrollo:

1.5.1.1 Custodia compartida

1.5.1.1.1 Definición y regulación en la legislación española.

Ortuño Muñoz⁷⁴ define la custodia compartida como “...aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.

Esta definición presupone que **para que la custodia compartida sea exitosa, el nivel de conflicto entre los progenitores ha de ser bajo**⁷⁵. Sin embargo es frecuente que la autoridad judicial deba aplicar este tipo de custodia en un contexto de crisis familiar.

En la custodia compartida los padres mantienen de forma activa sus obligaciones con los hijos, comparten deberes y derechos y se les reconoce a ambos la convivencia habitual con el menor, abarcando todos los aspectos: alimentación, cuidado, educación y vigilancia, debiendo de conciliarlo con su vida laboral y personal. Tiene su fundamento legal en;

- El respeto por los Derechos Fundamentales del menor.
- Derecho del hijo a preservar su relación con ambos progenitores, art.9⁷⁶ de la Convención Derechos del Niño (CDN) de 1989.
- Derecho y deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos, según art. 39 de la Constitución Española.
- Deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, art.154 Código Civil.
- Obligación de dar prioridad al “interés del menor”⁷⁷, art. 2º Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor 1996, (LOPJM) y art. 3. 1. de la CDN de 1989.

⁷⁴ Ibid., 73

⁷⁵ Caballero, J. A.,

⁷⁶ Guilarte, C. (b)

⁷⁷ Rivero, F.

1.5.1.1.2 Tipos de custodia

- **Custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores.** Es la forma de custodia más frecuente adoptada por los tribunales en los procesos en los que no hay mutuo acuerdo. Implica la atribución de la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro, que suele contribuir al mantenimiento de los hijos con una pensión de alimentos.
- **Custodia repartida o alterna.** Cada progenitor tiene a los hijos un período del año, disfrutando de plenos derechos de custodia. El resto del año tiene un régimen de visitas.
- **Custodia partida,** en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro.
- **Custodia conjunta o compartida.** Definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que **ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en el cuidado y control del niño, como si se fuese una familia intacta.** El progenitor con el que reside debe tomar decisiones sobre la vida diaria como la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.⁷⁸

1.5.1.1.3 La Custodia Compartida: Opiniones contradictorias.

El mismo término “custodia compartida” ha sido criticado por algunos autores que entienden que sería más apropiado el adjetivo “alternativa” en vez de compartida, ya que los progenitores no viven juntos y que, aunque la custodia sea individual, puede entenderse que debe cumplir las obligaciones derivadas de la guarda aquel progenitor con quien se encuentre el menor, sea cual sea el título jurídico bajo el que se ampara esa compañía, ya sea el derecho a convivir o un derecho de visita. Asimismo, se discute la oportunidad de utilizar los términos “custodia” por cosificar al elemento custodiado, y “derecho de visitas” por ser intrínsecamente peyorativo⁷⁹.

En la bibliografía sobre Custodia Compartida nos encontramos posturas a favor y en contra de tal medida. El artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción de 2005, prevé la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez, a instancia de una sola de las partes, acuerde un régimen de custodia compartida. El único requisito es que se proteja el interés del menor. En opinión de Alascio⁸⁰ la principal ventaja de esta medida, la puso de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999: *“se trata de instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha*

⁷⁸ Ibáñez, V.

⁷⁹ Lauroba, E.

⁸⁰ Alascio, L.

separado de él". En cuanto a los inconvenientes destaca el peregrinaje del menor de un domicilio a otro, asumiendo que se hayan dado circunstancias idóneas. Esta situación ha cambiado tras la reciente sentencia 247/2013 del Tribunal Supremo donde ya **"se recomienda la Custodia compartida como lo deseable para los intereses de los menores"**.⁸¹

Soletó, directora de la "Fundación Mujeres", en un artículo publicado en el periódico EL PAÍS, titulado "A vueltas con la custodia compartida", con fecha 6 de junio de 2005,⁸² razonaba de **forma no favorable** que *"la imposición judicial de la custodia, sin el acuerdo de las partes, solo contribuirá a elevar el nivel de conflictos y a poner en peligro el bienestar y la estabilidad emocional de los menores"*.

Otros autores como Velasquez⁸³ **defienden la bondad de la custodia compartida** en los casos de separación, apoyándose en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que establece en su artículo 9 que los Estados respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que sea contrario al interés superior del niño.

La conclusión que recoge el TFM de Reparaz⁸⁴ está en esta línea: *"para un hijo, el vínculo afectivo con su padre y con su madre, es la base para un sano desarrollo personal. Si los padres deciden romper su unión sentimental deben velar para que estos vínculos no se vean dañados. El contacto continuado con ambos progenitores, a pesar de la separación y/o divorcio, es la garantía del mejor interés del menor y la custodia compartida es la que asegura esta continuidad"*.

En este grupo de **opiniones favorables**, queríamos reseñar un estudio realizado sobre la Custodia Compartida en España,⁸⁵ llevado a cabo por Sariego, entre los años 1995 y 2008, que arroja unos datos muy interesantes acerca de la misma. El estudio se realizó de una forma longitudinal y no puntual, esto es, a través de una entrevista semiestructurada durante el proceso de mediación y judicial y otras entrevistas a los dos y a los tres años desde la emisión de la sentencia. En dicha entrevista se utilizaron datos personales, profesionales, estudios, motivación, etc. También se reunieron datos sobre la salud, tanto física como mental, así como de las relaciones familiares extensas y sociales. Se tuvo en cuenta también el nivel de vida, la disponibilidad de los tiempos y espacios de ambos progenitores, y otros datos que se consideraron relevantes. Se analizaron 378

⁸¹ En el mes de abril del presente año 2013 el Tribunal Supremo ha establecido por sentencia que la custodia compartida debe de dejar de ser una excepción. El tribunal señala que este tipo de custodia debe considerarse "normal e incluso deseable" porque salvaguarda el derecho de los hijos a "relacionarse con ambos progenitores".

⁸² Soletó, M

⁸³ Velasquez, V. I.

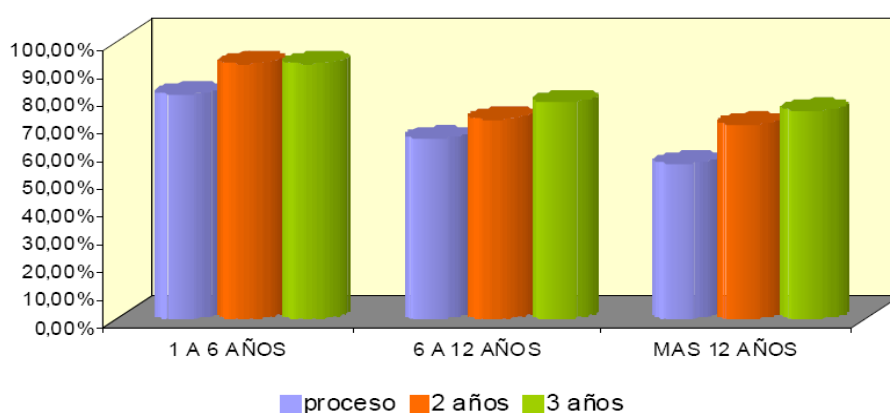
⁸⁴ Reparaz, B. y Carrillo, F.

⁸⁵ Sariego Morillo J.L;

casos de parejas separadas que de mutuo acuerdo habían pactado la custodia compartida. Los principales resultados se transcriben a continuación:

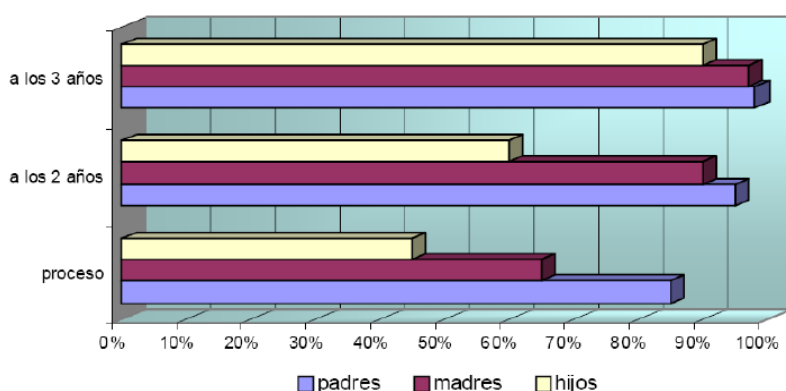
1. La mayoría de progenitores confirmaban que sus **hijos e hijas aceptaban mejor la guarda y custodia compartida** y que cuando en el colegio, escuela o instituto comparaban su situación con la de amigos/as que vivían situaciones de custodia exclusiva de las madres, veían cómo estos amigos tenían mas estrés emocional que ellos/as porque convivían menos tiempo con ambos progenitores y ellos podían compartir mas espacios y tiempos con sus padres y madres.

valoración de los menores de la custodia compartida



2. Un alto porcentaje de los 378 padres y 378 madres se sintieron muy satisfechos con el establecimiento de la custodia compartida de los hijos tras la ruptura de su pareja. La excepción que no supera el aprobado es la horquilla de las madres entre 35 y 45 años, que entendían que perdían muchos privilegios que les daban la ley del divorcio.
3. En el gráfico siguiente, se explica el grado de satisfacción de padres, madres e hijos/as tras el proceso de mediación sobre lo que significa de positivo la custodia compartida en sus vidas. Este cuadro nos da una clara referencia de que ocurre cuando pasa un tiempo tras la iniciación del establecimiento de la custodia compartida.

Nivel satisfacción custodia conjunta tras proceso mediación (1995-2008)



4. Al comienzo son los hijos los que peor lo llevan, ya que es lógico que no sea fácil afrontar la separación de sus progenitores. A los dos años este nivel de satisfacción sube de forma muy clara, siendo muy elevado el nivel de satisfacción a los tres años, justo cuando se cierra el primer ciclo de custodia compartida por años alternos. Esto demuestra que **los menores son los que mejor se van adaptando a la nueva situación familiar**. Los hijos han tenido la oportunidad de vivir y convivir con ambos progenitores en sus propios ambientes, y comprueban cómo el grado de comunicación de los progenitores se normaliza a niveles casi desconocidos en nuestro país. Su sensación de seguridad que les da el hecho de que su padre y su madre está ahí en cualquier ocasión, incluso en una fiesta fin de curso, la comparten (a veces), hace que los menores viviesen de una forma muy positiva esta experiencia. Asistimos además a un factor educativo muy relevante, **“que los menores son educados bajo el principio de igualdad de responsabilidades de padre y madre”**. De hecho, los menores valoran positivamente los esfuerzos de los padres por sacarlos adelante y en vez de criticar, en algunas ocasiones, su falta de habilidades hogareñas, éstas críticas se convierten en elemento de negociación en el reparto de tareas domésticas, que hacen a los menores mas responsables de si mismos.
5. **Las madres tienen la misma evolución que los hijos pero parten de un porcentaje más alto que los hijos**. Parten de un porcentaje de satisfacción, ante un grado de incertidumbre del que parten al inicio, que ronda el 63%. Una vez transcurridos los dos años y, mas tarde los tres años desde el inicio de la custodia compartida, se sienten mas seguras de su decisión adoptada, sobre todo cuando comprueban que el nivel de satisfacción de los hijos es elevado por este sistema de custodia compartida. Este último dato es el más importante para las madres, saber que sus hijos, cuando están con el padre, están en buenas manos. No dejamos de sorprendernos cómo las mujeres de este país siguen agarradas a valores tan machistas para sentirse seguras de sus decisiones. Es curioso que a los tres años el nivel de satisfacción de las madres es del 95 %, casi igual al de los padres. Este dato nos indica un grado de satisfacción de quienes hemos realizado este trabajo, ya que es incuestionable que el resultado de las custodias compartidas ha sido mucho más alentador de lo que preveíamos.
6. **En cuanto a los padres, estos partían de una valoración mucho mas positiva que las madres**, ya que pensaban que la custodia compartida era un regalo de la madre, pues las leyes de 1981 y 2005, no favorecían tanto como la del 2013 a este tipo de custodia pues se otorgaba la custodia exclusiva de los hijos en un 98% de los casos a las madres. También por el ahorro económico que supone a su propia economía esta solución que repercutía en

beneficio del conjunto de la familia.

1.5.1.2 El interés superior del menor.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, es la primera ley internacional sobre los derechos del menor jurídicamente vinculante y supone un nuevo enfoque a nivel internacional sobre la protección del menor y el ejercicio de sus derechos. Fue ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990.⁸⁶

Dicha Convención refleja una nueva perspectiva con relación al menor en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: los niños no son propiedad de los padres, sino seres humanos con necesidades propias y derechos autónomos⁸⁷. El menor es ante todo persona, y por tanto, la protección de su ser o esencia de persona conduce a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y de los demás derechos que le son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico; asimismo, el menor es una realidad humana en devenir, lo que implica la necesidad de garantizar su desarrollo futuro.

El principio del interés superior del menor puede definirse como el *“conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”*⁸⁸.

Este principio se utiliza como criterio de atribución a la hora de dirimir la custodia de los hijos en los casos de separación y divorcio de los cónyuges.

1.5.1.2.1 Derechos del menor.

Este término comprende el conjunto de derechos fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones⁸⁹. El menor es considerado, pues, como sujeto autónomo, y la protección y el ejercicio de sus derechos se encuentran relacionados íntimamente con los derechos fundamentales de la persona en general⁹⁰.

⁸⁶ BOE num.313, de 31 diciembre de 1990.

⁸⁷ Durán, A.

⁸⁸ Ibid., 78

⁸⁹ Ibid., 60.

⁹⁰ Pacheco, S.

1.5.1.2.2 Evolución del término “Interés del menor”.

Carta de los Derechos del Niño de la Sociedad de Naciones de 1924.- La primera declaración sobre los derechos del niño se remonta a 1924 en la Carta de los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones. En ella no se emplea el término “derechos humanos” y por su redacción se desprende la idea de que el niño es un objeto del que hay que cuidar.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.- Las Naciones Unidas han promulgado distintos Convenios para proteger a los menores y defender sus derechos. Entre ellos citamos la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948, que si bien no recoge la protección específica de los derechos del menor, reconoce los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y **recoge que la maternidad y la infancia tienen derecho a ser cuidados y tener asistencias especiales**. Con ello se afirma en primer lugar la universalidad de los derechos humanos, que deben ser respetados y que en palabras de Verdugo y Soler-Sala⁹¹ “*los derechos del niño constituyen una serie de normas específicas dentro de un marco de normas generales que son los derechos humanos, que tienen como finalidad la protección de la persona en todo ámbito.*”

Creación de la UNICEF y Declaración de los Derechos del Niño de 1959.- Previamente a la *Declaración de los Derechos del Niño de 1959*, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la UNICEF, cuya misión era fomentar y proteger a la infancia de Europa que se hallaba desamparada tras la Segunda Guerra Mundial. La promulgación de los *Derechos del Niño* enunciaba diez principios generales, y no fue vinculante para los Estados que lo ratificaron. En opinión de Bonet i Pérez⁹², **la Declaración de los Derechos del Niño perfila un programa de protección específico de los derechos del menor**; así, conforme a su preámbulo, aún cuando el menor es titular de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal. Esta idea central se proyecta en sus **diez principios, cuyo hilo conductor son dos valores esenciales** que han de inspirar la política estatal, y que recoge en particular el principio 2º: la **protección especial del niño y el del interés superior del menor**, frente a otros posibles intereses que orienten las decisiones que le afecten.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 (CDN).- Treinta años después se promulgó la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989*

⁹¹ Verdugo, M. y Soler-Sala, S.

⁹² Bonet, J.

(CDN), constituyéndose en **el instrumento internacional más importante en defensa de los niños**. De esta Convención se desprende que la capacidad jurídica del menor tiene una autonomía limitada, puesto que es representado por sus padres desde el nacimiento hasta los 18 años. La Convención consagra un nuevo paradigma al convenir **el derecho del niño a ser titular de su formación, formular sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones referentes a su existencia y que en función a su progresivo desarrollo pueda formarse juicio**⁹³.

En cuanto al contenido ético de la Convención, destacan los valores de la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la no discriminación, la salud, el nivel de vida, la educación, el esparcimiento y la cultura, la seguridad, la justicia y la solidaridad.

En virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, la familia debe asumir un papel protagonista en la atención y satisfacción de las necesidades de la infancia, comprometiendo a los Estados a brindar el apoyo necesario para cumplir dicho cometido de manera que los menores permanezcan con sus progenitores, reservándose el derecho de actuar subsidiariamente en los supuestos en que la permanencia junto a la familia de los menores vaya contra su propio interés. La unión de la estructura familiar se constituye en el nexo que utiliza el Estado para procurar la satisfacción del beneficio del menor; en los supuestos de crisis familiares, la unión de la familia debe prevalecer con respecto a los hijos, por lo que, si se rompe el vínculo conyugal no debe ocurrir lo mismo con la relación paterno-filial. Por otra parte, el Estado se reserva un rol subsidiario para su participación dependiendo del trato que haya entre progenitores e hijos; si queda patente que el interés del menor no se encuentra en el seno familiar, el Estado asume un rol protagónico mediante instituciones jurídicas como el acogimiento y la guarda por ejemplo, debiendo para ello facilitar los medios y la infraestructura en su caso para que dichas instituciones cumplan su finalidad.

1.5.1.2.3 Normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención proclama cinco principios normativos: protección universal, primacía del interés superior del menor, subsidiariedad, procesal de vigilancia evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones⁹⁴

El artículo 3.1. dice literalmente: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el*

⁹³ Ibid., 92.

⁹⁴ Couso, J. Este artículo reproduce en forma algo más sistemática las clases ofrecidas por el autor sobre el tema en el Master en Derecho de Infancia, Adolescencia y familia de la Universidad Diego Portales, en mayo de 2005, así como las conferencias que ofreció en Santiago de Chile para el Seminario Internacional sobre Derecho de Familia e Infancia el 21 de septiembre, y en Asunción, Paraguay, para el VIII Curso de Protección Jurisdiccional de Derechos del Niño, para Abogados, Jueces y fiscales del cono Sur, en octubre de 2005.

interés superior del niño”.

Así pues, este principio constituye un criterio para resolver conflictos de intereses, que obliga a conferir un especial peso a los intereses del niño. Pero ¿qué entendemos por “Interés superior del Niño? Cillero⁹⁵ lo identifica con los derechos del niño: *“el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”*. Esta concepción implica que para definir el interés superior de un niño será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuando quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagonista en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos, y de este modo aparece vinculado el principio del interés superior del menor con el principio de autonomía⁹⁶. Como sujeto autónomo, el niño ha de ejercer sus derechos, al tiempo que va desarrollando su capacidad de obrar y de querer.

El artículo 9.3, en la redacción de su texto indica que, *“independientemente de la situación que vivan sus padres, el niño tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo que sea contrario al interés superior del niño.”*

Los padres, en cuanto a sus derechos, están en función de satisfacer el *“bonus filii”*, el bien de los hijos, fomentando el ejercicio progresivo de los derechos de los mismos. **La redacción del artículo 5 dice así:** *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Llama la atención que la Convención utiliza el término “niño”, sin hacer ninguna distinción entre “niño” y “joven”, si bien son conocidos los cambios que va experimentando el menor en las distintas etapas de su maduración.

Haciendo un **resumen del contenido de la Convención**, vemos que **promueve la protección integral del menor, su autonomía y el ejercicio de sus derechos**. Sin embargo, **no contempla el interés superior del menor cuando hemos visto que es el eje central de la norma**. No hay unos criterios objetivos para determinar el interés superior del menor⁹⁷. En las disputas de custodia, este principio se cita tanto en aquellos que opinan que la custodia debería quedar a cargo de uno solo de los padres, como de los que están a favor de la custodia común. Este término encierra una acepción

⁹⁵ Cillero, M.

⁹⁶ Ibid., 95

⁹⁷ Mason, M. A.

vaga e imprecisa, y su contenido viene determinado por la persona que realice la interpretación del mismo.

1.5.1.2.4 El interés del menor en la legislación española

El interés del menor, aunque no aparece expresamente previsto en la Constitución Española de 1978, subyace en dicha legislación. El texto de la Constitución comprende la protección de la persona, sin referirse específicamente al menor. En cuanto persona, es titular de los derechos comprendidos desde el artículo 10 hasta el artículo 52 de la misma, en su título I. La base para determinar los derechos de la persona está en el libre desarrollo de la personalidad unido a la dignidad de la persona y los derechos inviolables del ser humano. Por su parte, el artículo 39 prevé reformas legislativas e institucionales teniendo en cuenta el interés superior del menor, así como el derecho a ser escuchado por el juez si tiene doce años o suficiente juicio, y arguye que la protección del menor se debe guiar por hacer prevalecer el interés superior del menor, mediante la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Con la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁹⁸ (LOPJM), de 15 de enero de 1996**, se reconoce a los menores de edad la titularidad y el ejercicio de sus derechos. Esta Ley, que toma como modelo la Convención de los Derechos del Niño de 1989, profundiza en los principios de protección integral e interés superior del menor y señala que los menores de edad tienen que ser tomados en cuenta como sujetos activos con capacidad para participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades. **El artículo 2 de la misma prevé el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.**

1.5.1.2.5 Prioridad del interés del menor sobre otros intereses

En una situación de crisis familiar, si existen intereses opuestos, debe prevalecer el interés del menor. Los progenitores, por encima de sus deseos personales, deben proporcionar al menor las condiciones adecuadas para un desarrollo independiente e integral de su personalidad, que abarca su crecimiento físico, su formación intelectual y la protección de su salud. El menor tiene derecho, como ya hemos comentado, a mantener el vínculo con ambos padres por igual, de forma independiente a la relación que exista entre la pareja. Esta preeminencia del interés del menor radica en su vulnerabilidad por razón de su edad, que lo limita en su capacidad de actuación por sí mismo.

⁹⁸ BOE número 15, de 17 de enero de 1996.

1.5.1.3 Participación del menor en determinar el propio interés.

En los casos de ruptura familiar, la vida del menor queda desorganizada; todas las seguridades que hasta ese momento formaban parte de su existencia quedan en suspenso. Lo que suceda a partir de ese momento, cualquier decisión que adopten sus padres o el Juez, van a afectar su vida presente y futura. Es por esto que se debe escuchar la opinión del menor y sus deseos acerca de lo que considera conveniente en lo que respecta a la convivencia con sus progenitores. El principio del interés del menor reconoce la participación del mismo en función de su edad y madurez en todos los temas que le incumben, de modo que es considerado un ser autónomo con capacidad para ejercer sus derechos de forma progresiva con la finalidad de contribuir a su formación⁹⁹.

La CDN, en el artículo 5 contempla a los niños como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos, y a los padres se les reconoce la facultad de dar al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño pueda ejercer sus derechos. A medida que el niño se desarrolla y con él sus competencias, va creciendo su facultad de ejercer los derechos autónomamente para evitar que en nombre de los derechos de los niños se les prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas¹⁰⁰.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño garantiza al niño, “*que esté en condiciones de formarse un juicio propio*”, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. En palabras de Couso¹⁰¹ la hipótesis referida al “*niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio*” debe entenderse en un sentido amplio, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectara, incluso a través de formas no verbales, y lo mismo sucede con la referencia “a todos los asuntos que le afecten”.

Si el menor tiene las condiciones de madurez requeridas¹⁰², debe tener la oportunidad de ejercer sus derechos y dar su opinión acerca de la posibilidad de aplicar la custodia compartida. En opinión de Rivero¹⁰³ es conveniente determinar el concepto desde la perspectiva

⁹⁹ Ibid., 91

¹⁰⁰ Ibid., 95

¹⁰¹ Ibid., 95

¹⁰² Para este criterio suele tenerse en cuenta la edad. En contra de este criterio opinan Ogando, B. y García, C. “Consentimiento informado y.”: “Un adolescente maduro es capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de su propia autonomía. Dar valor a las opiniones y elecciones de los adolescentes y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros o a ellos mismos, sería la mejor forma de potenciar su autonomía y desarrollo personal. Negarles sólo en función de la edad la libertad de actuar según sus propios criterios o escamotearles la información necesaria para que pueda emitir un juicio es una profunda falta de respeto. La edad no debe ser un criterio absoluto de capacidad o incapacidad, ni en los menores ni en los adultos”.

¹⁰³ Ibid., 78

del interés del menor, considerado como persona individual y sociable que vive su problema en un tiempo y espacio determinado y no desde el punto de vista de los adultos que tienen sus propios prejuicios y convicciones. Pero si por el contrario, **no reuniera las condiciones de madurez necesarias, sería conveniente requerir la intervención de un especialista que defienda los intereses del menor frente a sus padres y que ayude al Juez** a descubrir aquello que pueda satisfacer el interés del menor en las rupturas familiares, evitando caer en arbitrariedades.

Ortuño¹⁰⁴ afirma que en virtud del art. 9.2 de la LOPJM, el menor puede decidir su participación en un proceso por sí mismo o mediante sus representantes legales, es decir, no es obligatoria la presencia directa del menor ante el Juez, salvo en casos polémicos, en cambio indirectamente se prevé su participación a través de sus representantes legales, llámese psicólogos o educadores.

Los padres, aunque sus deseos no coincidan con los del menor, deben favorecer que participe de forma activa en el proceso, dejando a un lado cualquier tipo de interés personal, pues no se trata de imponer cada uno su criterio, sino de buscar las soluciones más apropiadas en función del bienestar del menor.

1.5.1.4 Elección de tipo de custodia en una ruptura familiar.

¿Qué modalidad de custodia es mejor? Tanto la custodia monoparental como la custodia compartida tienen sus defensores y sus detractores, y no obstante, en los procesos matrimoniales la modalidad de custodia compartida no es la habitual. Los Tribunales continúan dando prioridad a la custodia monoparental en respuesta al modelo actual social de familia, en el que el cuidado de los niños sigue siendo competencia de las madres. De los datos aportados por Alascio¹⁰⁵, en 2009 hubo 98.207 divorcios, de los cuales 52.389 procedía atribuir la custodia de los hijos porque tenían hijos menores. Un 84% de las veces, la custodia se atribuyó a la madre, un 5,5% al padre, y un 9,6% a ambos, de lo que se desprende que **la custodia compartida no representa ni el 10% de los resultados.**

Los cambios producidos en la sociedad en los últimos años en cuanto a las relaciones parentales y la forma de organizarse la familia, como resultado de la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y las políticas de igualdad de oportunidades, hacen posible que pueda pensarse en una modificación de esta tendencia. Sin embargo, aún cuando el artículo 66 del Código Civil afirma que “el marido y la mujer son iguales en deberes y derechos”, en la práctica esta igualdad no se ha producido, por lo que es previsible que el cambio no sea inmediato y que la custodia compartida tarde en ser entendida como una opción más a tener en cuenta en los casos de ruptura matrimonial.

¹⁰⁴ Ibid., 73

¹⁰⁵ Ibid., 81.

La custodia compartida se encuentra regulada como modalidad en el Código Civil.

En un principio, **la elección de la modalidad de custodia, una vez producida la crisis conyugal, deben realizarla los progenitores y los hijos, teniendo como parámetro “el interés superior del menor”, y para determinar la más adecuada, se deben tener en cuenta las circunstancias especiales de cada caso.** Cuando los cónyuges deciden finalizar su relación, tienen que aunar esfuerzos por adoptar una modalidad de custodia que resulte eficaz para el cuidado de los menores y su respectiva protección¹⁰⁶. Solamente hay **una excepción**, que se prevé en el número 5 del artículo 92 del Código Civil: “No procederá la guarda conjunta cuando **cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal** iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, **la existencia de indicios fundados de violencia doméstica**”.

1.6 Custodia compartida y síndrome de alienación parental.¹⁰⁷

La familia es el núcleo central y esencial en donde los hijos establecen la base emocional que les permite desarrollarse y crecer en plenitud. No sólo garantiza la supervivencia y el crecimiento físico, sino que es la promotora principal del desarrollo social y afectivo a través del cual nos convertimos en personas.

Desde el nacimiento desarrollamos esta vinculación afectiva con nuestros padres, siendo ambos fuente de seguridad, afecto y protección. La creencia popular es que las madres parecen tener una “capacidad innata” para cuidar mejor a los hijos, pero lo cierto es que la figura paterna tiene la misma capacidad de respuesta y es igual de sensible ante sus necesidades y demandas¹⁰⁸.

Este vínculo no se establece de una forma lineal (papá-hijo/ mamá-hijo). La familia funciona como un sistema en el que las relaciones e influencias son múltiples:

- En primer lugar están las influencias directas: cada miembro de la familia con el resto. (papá ↔ hijo / mamá ↔ hijo / papá ↔ mamá).
- En segundo lugar, el entorno físico y social en el que se encuentra la familia y que condiciona las relaciones (tipo de vivienda, de ciudad, pueblo, país, religión...)
- Y en tercer lugar los patrones de influencias indirectas. Por ejemplo: la manera en que papá

¹⁰⁶ Ibid., 60

¹⁰⁷ Ibid., 85

¹⁰⁸ Vallejo, Reyes et al. Aunque hay publicaciones que apoyan esta afirmación, sería muy interesante hacer una revisión bibliográfica sobre este tema.

quiere a mamá y cómo esto influye en los hijos¹⁰⁹.

Estos tres componentes generan la unión del sistema familiar. **Cuanto más seguro y estable sea el vínculo, mayor será la garantía de que el niño llegue a ser un adulto adaptado**, independiente y capaz de establecer buenas relaciones con los demás. En este marco, es lógico entender que la separación y/o divorcio¹¹⁰ de la pareja tendrá un gran impacto en el menor, que percibe como su entorno seguro y confortable deja de serlo.

1.6.1 El menor ante la ruptura de pareja.

No toda ruptura de la unidad familiar ha de ser necesariamente negativa para el menor: en ocasiones puede ser una liberación al disminuir los conflictos abiertos e incluso puede convertirse en una oportunidad de crecimiento; en otras, en cambio, puede ser un episodio degenerativo que dificulta el desarrollo de sus miembros y que acaba con el sistema familiar¹¹¹. En donde casi toda la literatura científica coincide es que **la separación afecta tanto a los padres como a los hijos**. A los primeros porque tienen que restablecer el funcionamiento económico, social y parental (acompañado con sentimientos de pena, frustración, pérdida, decepción, enfado... según el caso) y a los segundos porque tienen que luchar contra la desconcertante demanda de tener que redefinir sus contactos con ambos padres.

En los últimos años la investigación en este campo ha sido muy fructífera y en líneas generales podemos asegurar que **las reacciones de los niños ante el divorcio son muy variadas**.

¿Qué hace que un niño se adapte mejor o peor a la separación de los padres?^{112, 113}.

Factores que influyen:

- a) **SEXO:** Las **niñas se adaptan más rápido y sus problemas son menos visibles** (depresión, ansiedad, baja autoestima). En los niños las crisis son más intensas y de mayor duración y presentan más problemas de escolaridad, irritabilidad y trastornos de conducta.¹¹⁴
- b) **EDAD:** Como norma general **el impacto será mayor en niños con edades en las que aún no está bien establecido el apego**. Así en menores de 6 años surgen al principio sentimientos de temor, pérdida y tristeza pues perder la disponibilidad de sus padres es el mayor precipitante de angustia para un niño de esa edad. Al temor a no verlo nunca más, se añade el miedo a perder al otro, lo que provoca conductas de aproximación y contacto físico,

¹⁰⁹ Aguilar Cuenca, JM.

¹¹⁰ Aun sabiendo que son dos conceptos distintos (el divorcio implica la disolución de la unión) en este trabajo me referiré a ellos indistintamente ya que lo fundamental es la ruptura familiar que implican.

¹¹¹ Bolaños Cartujo, I.(b)

¹¹² Cortés Arboleda, M. R.

¹¹³ Carrillo Navarro, Fco; Leal Hdez, M; Alcolea Pina, M.D; Carrillo Cañaveras, E.

¹¹⁴ Wallersteijn et al. En Vallejo Orellana, R.

llanto desconsolado, conductas regresivas en la alimentación, control de esfínteres y sueño.

- c) **RECURSOS COGNITIVOS DEL MENOR:** La explicación, interpretación y atribución que los hijos hagan sobre la separación es fundamental. Una evaluación realista del control; concepciones exactas acerca de la separación; ideas de responsabilidad y sentimientos de abandono; estrategias de afrontamiento, son variables que determinan el estado del menor.
- d) **A nivel SOCIAL** las consecuencias tras una separación también son importantes al romperse las redes de apoyo con las que contaba hasta entonces. Para muchos de los menores la separación de sus padres conlleva cambios de domicilio habitual o de fines de semana, nuevas amistades, distanciamiento con los amigos e incluso cambios de colegio.
- e) **NIVEL DE CONFLICTO PARENTAL.** En los últimos años ha surgido como factor esencial que afecta de manera clara a los hijos. **Una elevada intensidad de conflictos entre los padres puede provocar dificultad en el ajuste emocional afectando más que la propia ruptura en sí misma**¹¹⁵. Ya Hetherington en 1979 concluyó que una familia intacta, pero conflictiva, puede ser más perniciosa para la salud mental de los hijos que un hogar estable tras el divorcio¹¹⁶.

El menor no sólo resulta dañado por la ruptura familiar, pues el proceso legal (abogados, jueces, testigos, regulación de la patria potestad, guarda-custodia y régimen de visitas) también influye en el proceso personal, de ahí que Ignacio Bolaños acuñe el término de “proceso psicojurídico de separación y divorcio”.¹¹⁷

Las parejas “mal avenidas” suelen caracterizarse por una confusión y fusión entre conflicto conyugal y conflicto parental: Lo que comenzó siendo un problema de pareja termina en problema familiar judicializado y público pues a través de medidas judiciales concebidas desde el Derecho Procesal se transforman comportamientos y sentimientos de los miembros de la familia que eran privados. Los padres, que no han podido ponerse de acuerdo sobre el cuidado de sus hijos, derivan la responsabilidad en el juez y los hijos pasan a jugar un papel crucial cuando expresan su opinión en el juzgado. ¿Con papá o con mamá?, comienza entonces una dinámica familiar cada vez más compleja en la que el menor se puede sentir responsable de los conflictos, ¿acaso podemos pedirle a un menor que decida sobre lo que sus padres no han sido capaces?. El conflicto se convierte en una lucha de poderes, un campo de batalla en el que el triunfo moral se define según ganancias y

¹¹⁵ Ibid., 112.

¹¹⁶ Ibid., 110.

¹¹⁷ Refiriéndose al conjunto de interacciones entre el procedimiento legal y el psicosocial, que se influyen mutuamente, manteniéndose conectados durante un periodo de tiempo limitado, desligándose cuando se ha conseguido definir una nueva realidad legalmente legitimada y psicosocialmente funcional.

pérdidas, de casas, régimen de visitas, pensiones alimenticias, pudiendo llegar incluso a una pugna por lograr el apoyo incondicional de los hijos, su cariño y su entrega, instrumentalizándolos hasta confluir en el Síndrome de Alienación Parental (desde ahora SAP).

La relación que se establezca entre los progenitores en todo el proceso de separación es vital para preservar el bien del menor. En función de cómo interactúen sus padres, el niño puede tener un sufrimiento casi insoportable o sentirse seguro en la nueva estructura familiar donde sigue siendo amado, protegido y cuidado.

1.6.2 La guarda y custodia

Tomar la decisión de separarse puede llegar a ser un proceso muy largo. Una vez hecho, los progenitores se enfrentan a la primera cuestión fundamental: reorganizar el cuidado de los hijos. El único criterio esencial para otorgar un tipo de custodia u otro es *“el interés superior del menor.”*¹¹⁸ ¿Qué significa con exactitud esto?. Más allá de definiciones legales podemos decir que es: “anteponer la protección del menor a los deberes, derechos e intereses de los padres”¹¹⁹. El divorcio representa el fin de la relación pero no el de la familia. Se conseguirá priorizando el bien del menor, evitándole la separación psicológica de ambos progenitores y motivándolo para mantener unas relaciones positivas con ambos¹²⁰.

Entendemos por *“guarda y custodia”* el hecho por el cual los progenitores u otras personas, están habitualmente en la compañía del menor, realizando con él los actos diarios que suponen su vida cotidiana, vigilando su comportamiento, protegiéndolo y defendiéndolo de cualquier mal que pudiera llegar a acontecerle¹²¹. Existen distintos tipos:

1.6.2.1 Custodia individual o exclusiva

Históricamente es la más frecuente. Bien sea por mutuo acuerdo o por orden del Juez, se otorga la custodia a uno de los progenitores, generalmente la madre,^{122, 123, 124, 125, 126} y se regulan los derechos de visita.

¹¹⁸ Como se recoge en la Convención de Derechos del Niño de la ONU, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990 y en la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo.

¹¹⁹ González Martín, N.

¹²⁰ Ibid., 113

¹²¹ González Orviz, Eloina.

¹²² El espacio de este artículo no permite abordar el porqué de esta realidad. Socialmente está establecido que los hijos, en general, están mejor cuidados por la madre ya que esta tiene capacidades innatas superiores al hombre en cuanto al cuidado de los hijos. Son muchos los estudios que desde los años 70 vienen mostrando que no existe diferencia en cuanto a la capacidad de uno y otro. Así mismo existen numerosos estudios que muestran las carencias que arrastran los hijos alejados de su figura paterna.

¹²³ Vallejo Orellana, R et al.

¹²⁴ Catalán, M.J et al.

¹²⁵ Ibid., 110.

¹²⁶ Soto Lamadrid, M.A

Desde un punto de visto teórico la única diferencia entre el progenitor custodio y el que no lo es parece hallarse en la cantidad de tiempo de estancia con los hijos. Pero la posibilidad de seguimiento y control de un hijo está directamente relacionada con las visitas y el tiempo compartido con él. Es cierto que la calidad es más importante que la cantidad en las relaciones, pero como señala Bolaños¹²⁷ no hay que olvidar que la cantidad favorece la calidad, pues en el día a día es donde surgen todas las cuestiones fundamentales en la vida de un menor: problemas escolares, preocupaciones, alegrías, amistades, enfermedades, alimentación, en definitiva su vida. Si un padre tiene asignado un fin de semana cada 15 días, el tiempo que va a pasar con su hijo es tan fragmentado que no abarca todos los ámbitos de desarrollo del menor, no permite un seguimiento adecuado de los estudios, formación, rutina y básicamente solo compartirán el ocio. Con el tiempo estos padres no logran un papel relevante en la vida de sus hijos. Esto hace que **en muchas ocasiones el modelo de visitas de fin de semana, con algún día suelto entre semana, potencia la desconexión progresiva de los progenitores no custodios en la vida de los hijos**. Fragmentando el tiempo de custodia se fragmenta la corresponsabilidad de los padres. También supone una mayor carga para el progenitor custodio, pudiéndose llegar a sentir desbordado por ser casi siempre el único que toma las decisiones y asume el cuidado diario de los hijos.

1.6.2.2 Custodia compartida

Basada en el concepto de coparentalidad¹²⁸ o igual implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos. Este tipo de custodia ha irrumpido con fuerza en los últimos años como un derecho exigible por parte de padres que se ven perjudicados en la relación con sus hijos. Numerosos países (entre ellos España)^{129, 130} han ido cambiando sus leyes para fomentar este tipo de custodia basada en la igualdad entre los progenitores (coparentalidad). Si antes de la separación se compartían con equidad deberes y derechos sobre el hijo ¿por qué con la separación se debe cambiar?. Socialmente existe cierta confusión acerca de este tipo de custodia pues muchos lo limitan al reparto equitativo de los tiempos o del hogar (Custodia compartida física), olvidando lo realmente esencial, que es la igualdad en el ejercicio de los derechos y de los deberes sobre los hijos.

¹²⁷ Ibid., 112

¹²⁸ Aunque este término no viene incluido en el DRAE se utiliza en los medios de comunicación y jurídicos asociado al de custodia compartida.

¹²⁹ En el mes de abril del presente año 2013 el Tribunal Supremo ha establecido por sentencia que la custodia compartida debe de dejar de ser una excepción. El tribunal señala que este tipo de custodia debe considerarse “normal e incluso deseable” porque salvaguarda el derecho de los hijos a “relacionarse con ambos progenitores”.

¹³⁰ Sentencia Tribunal Supremo 257/2013.

Son varias las críticas a este modelo de custodia:

1. En general se plantea, desde sectores más feministas, aduciendo **“que si hasta ahora los padres no obtienen la custodia en exclusiva es porque no la solicitan”**. Sin embargo, siendo éste un dato real, lo cierto es que se debe en gran parte a una “situación circular” pues hasta hace poco, los jueces concedían la custodia en exclusiva a la madre en un porcentaje muy alto de los casos y los padres no la solicitaban porque no la solían dar y sus abogados recomendaban otras estrategias¹³¹.
2. **Es frecuente la creencia de que este tipo de custodia sólo es posible si la comunicación entre los progenitores es adecuada**. Está claro que la relación entre los progenitores es esencial para el bienestar del menor y se deben evitar conflictos ante el niño, sin embargo la mediación familiar es una herramienta muy útil para lograr, sino una perfecta comunicación, si los acuerdos suficientes que permitan a los progenitores compartir las responsabilidades y cuidados del menor.
3. **El cambio de domicilio de los menores es otra de las críticas más frecuentes**. Muchos estudios muestran que esto es cierto para los adultos pero no para los hijos, que viven con absoluta normalidad los cambios de domicilio. Eso sí, la alternancia se debe adecuar a la edad del menor y, en contra de la creencia popular, cuanto más pequeño es el niño más frecuente debe ser el cambio. De hecho un recién nacido deberá tener contacto diario con ambos progenitores para que establezca los vínculos afectivos, sin embargo un adolescente con sus vínculos ya formados, puede vivir con total normalidad la alternancia por meses o semestres.¹³²

La custodia compartida también debe adaptarse a cada familia, según el momento y las circunstancias. Si se consigue un acuerdo entre los progenitores, dejando al margen problemas conyugales y centrándose en el interés y el bien de su hijo, con la custodia compartida se logra que el menor emplee la influencia de ambos padres como factor de protección en su desarrollo psicosocial armónico, tal y como señala Turkat¹³³. Al contrario, si los padres se centran en el litigio y la confrontación, pueden aparecer situaciones familiares de alienación perjudiciales para todos sus miembros.

¹³¹ Ibid., 110.

¹³² Recomendaciones de la Childrens Rights Council. En Aguilar J.M “Con Papá y mamá”.

¹³³ Ibid.,124

Régimen jurídico en materia de custodia compartida.

Según el artículo 92.5 de la Ley, la guarda y custodia compartida podrá solicitarse a petición de ambos progenitores conjuntamente en el convenio regulador presentado con la demanda de separación o divorcio, o en el procedimiento si llegan a un acuerdo. O por el Juez de oficio si cumple, según Ley, una serie de obligaciones que tiene que tener en cuenta antes de emitir su resolución:

- Recabar información del Ministerio Fiscal.
- Oír a los menores maduros, de oficio o por petición del Fiscal.
- Oír a las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial.
- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada.
- Valorar la relación de los padres entre sí y con sus hijos.
- Recabar dictamen de otros especialistas debidamente cualificados.
- No separar a los hermanos.

El ordenamiento jurídico no impone ningún modelo concreto de custodia compartida, sino que se limita a establecer las pautas generales de actuación que debe seguir el Juez para dictar resolución. Aunque la propuesta de custodia compartida por ambos padres de común acuerdo, requiere la aprobación judicial, en el espíritu de la Ley subyace la idea de respetar la voluntad de los padres, limitándose exclusivamente, la decisión judicial a los supuestos en que ambos cónyuges no quieran pactarla, o lo solicite uno sólo con el informe favorable del Ministerio Fiscal.

1.6.2.3 Posición jurisprudencial respecto a la custodia compartida

Las decisiones de las Audiencias han sido uno de los motores que propulsaron la reciente reforma, pero los pronunciamientos jurisprudenciales se encuentran divididos en varios grupos. Un primer grupo niega la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, y otro grupo, por el contrario, acoge la modalidad de la misma.

1.6.2.4 Otros

Custodia a terceros (abuelos u otros familiares), custodia institucional (cuando se atribuye a las administraciones públicas).

1.6.3 El síndrome de alienación parental¹³⁴

En 1985 Richard Gardner, psiquiatra y profesor de la Universidad de Columbia definió por primera vez el Síndrome de Alienación Parental ^{135 136 137 138} como; *“un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres (progenitor alienado o rechazado) por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres (progenitor alienador o aceptado) y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña”*.

Para entender en su totalidad el síndrome debemos acudir a los **síntomas primarios definidos por Gardner**:

- **Campaña de denigración:** El niño lleva a cabo de una forma activa una campaña de injurias, ataques y desaprobación hacia uno de los progenitores. Un odio absoluto que el niño manifiesta de forma independiente del otro progenitor. Estos ataques provocan en los progenitores rechazados una reacción inicial de estupor similar a la que vivimos cuando recibimos la noticia de la pérdida de un ser querido¹³⁹. Una vez superada esta reacción inicial surge la rabia por encontrarse con el ataque de su expareja y al final la frustración al comprobar que el hijo pone en su boca lo que poco tiempo antes era impensable.

¹³⁴ Reparaz, B. y Carrillo F. Existe un gran debate en torno a este síndrome dado que no está incluido en ninguna de las clasificaciones de enfermedades y trastornos mentales (DSM y CIE). Movimientos feministas y otros autores lo consideran un invento para perjudicar a la mujer con respecto a la custodia de los hijos. Otros autores en cambio consideran imprescindible su inclusión en las próximas revisiones de DSM y CIE. Sin duda esta cuestión podría abarcar un artículo completo de investigación. Personalmente, tras realizar este trabajo estamos convencidos de que el SAP es una realidad. En España hay estudios que muestran población afectada por este problema y profesionales que en zonas como Barcelona, Asturias, Granada, Sevilla, Madrid, llevan años trabajando con personas que sufren por esto. Entiendo que la palabra síndrome es la clave en el debate (para unos no es válida al no ser reconocido por las clasificaciones médicas y para otros es real pues lo ven en el día a día de su trabajo como conjunto de síntomas y manifestaciones en sus pacientes). Pero dejando al margen debates interesados y conceptualismos consideramos que la mejor opción es la que concluye el Decano del Colegio de Psicólogos de Madrid, Fernando Chacón cuando escribe *“la pregunta fundamental no es si debe defenderse el SAP o no, las preguntas esenciales serían: ¿Existen padres y madres que manipulan a sus hijos e hijas para predisponerles en contra de su otro progenitor y, en última instancia, para que se nieguen a verles? Y en el caso de que exista esta actitud ¿tiene efectos negativos sobre el bienestar de los niños? Si la contestación a estas dos preguntas es positiva, puede plantearse la necesidad de denominar los casos que presentan esas características comunes de una determinada manera (el universal), podríamos llamarlo “X”. Ahora bien, decidamos ponerle un nombre específico o no, eso no niega la realidad ontológica de los casos individuales a los que se refieren las primeras preguntas.”*.

¹³⁵ Miranda, Carlos Reinaldo

¹³⁶ Jarne Esparcia, A.

¹³⁷ Vilalta Suárez, R.J

¹³⁸ Chacón Fuertes, Fernando

¹³⁹ Ibid., 110.

- **Débiles o absurdas justificaciones para el desprecio:** Para explicar su campaña de denigración el menor acude a argumentos frívolos, irracionales y a veces ridículos. Suelen emplear como una especie de “letanía” de argumentos¹⁴⁰ a los que acuden casi de memoria y que hacen que cualquier intento de razonar con él se convierta en un diálogo circular que no concluye en nada. Al analizar el componente no verbal del menor se observa una ausencia de contacto visual y el mantenimiento de una excesiva distancia con el progenitor rechazado.
- **Ausencia de ambivalencia:** Un niño inmerso en esta dinámica familiar distingue en términos absolutos a sus progenitores. Uno es completamente malo y el otro completamente bueno. Si algo define a todas las relaciones personales es que no hay nada absoluto sino que según el momento y las circunstancias queremos u odiamos a la misma persona. Incluso un menor que sufre abusos sexuales o una mujer maltratada identifican momentos buenos con su agresor. El menor inmerso en el SAP no muestra sentimientos encontrados. El progenitor aceptado es considerado como una figura indiscutible, es la salvaguarda del menor y su refugio, de ahí que este responda con ataques fulminantes ante cualquier crítica o comentario sobre su adorado progenitor. Al contrario, el odio que manifiesta hacia el otro es absoluto, sin fisura ni concesión posible. Un odio fanático.
- **Fenómeno del “pensador independiente”:** El menor asegura que no se ha visto influenciado en absoluto por parte del padre aceptado y que la decisión de rechazar a su progenitor la ha tomado solo. Esta autonomía del pensamiento confirma la culminación del proceso que Gardner identificó como “*lavado de cerebro*”. El menor ya ha hecho suya la campaña de denigración por lo que el progenitor alienador asume otro papel en el que puede permitirse disminuir su agresividad e incluso mostrarse como figura conciliadora entre su hijo y el progenitor rechazado. “*Yo le digo que tiene que verle pero es él el que no quiere*”.
- **Defensa del progenitor “alienante”:** Los niños inmersos en el SAP toman partido en el conflicto apoyando de modo consciente al progenitor aceptado. Este apoyo es incondicional y se mantiene a pesar de que se le ofrezcan evidencias de las mentiras de su defendido.
- **Ausencia de culpa ante los sentimientos y la explotación:** Los menores no sienten culpabilidad ante los sentimientos del progenitor odiado, lo que les permite llegar a altos niveles de crueldad en sus ataques para lograr la separación definitiva. Esta ausencia de culpabilidad se manifiesta en la explotación de los recursos del progenitor. Todo le parece

¹⁴⁰ Bolaños, I (a)

poco, convencido que es “obligación” de su progenitor, aunque sean niveles desorbitados.

- **Escenarios prestados:** El hijo adopta como propios escenarios, pasajes, vivencias, conversaciones que ha oído pero que no ha vivido en persona. Utiliza un vocabulario y expresiones propias de adultos y sus argumentos parecen ensayados. Si se les pide que narren estos episodios los menores muestran dificultades para recordar los hechos, con recuerdos más incongruentes, menor número de detalles y con mayor número de contradicciones.
- **Extensión de la animadversión a la familia extensa y red social del progenitor alienado:** Todo lo que pueda tener alguna relación con el progenitor rechazado (abuelos, tíos, familia, nueva pareja, incluso domicilio) queda afectado y pasa a ser rechazado por el menor como si de algo contagioso se tratase.

A estos síntomas primarios es interesante añadir aportaciones posteriores de otros autores:

Waldron y Joanis¹⁴¹ en 1996 añadieron como indicadores de SAP:

1. Contradicciones entre las declaraciones del niño y su narración de los hechos.
2. El menor tiene información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura y proceso legal.
3. Muestras dramáticas de urgencia y fragilidad en el menor. Todo parece ser importante.
4. Marcada ausencia de pensamiento complejo acerca de las relaciones.
5. El niño demuestra un sentimiento de restricción en el permiso para amar y ser amado.

Aguilar Cuenca,¹⁴² centrándose en su experiencia profesional en España cree necesario considerar otros elementos:

- **Ampliar el escenario en el que el SAP quedó enmarcado desde el principio.** No debemos considerarlo como algo exclusivo de litigios por la custodia de los menores. Existen otros entornos en los que tras analizar las conductas se observan intereses y ganancias de los progenitores por las que comenzar un proceso de SAP, aunque la custodia ya esté otorgada.
- **Uso y abuso de los recursos legales.** Por ejemplo con falsas denuncias de abuso sexual para lograr el total alejamiento del progenitor.
- **El tiempo como estrategia de alienación:** Para lograr lo que Gardner definió como “*lavado de cerebro*” el tiempo es esencial por lo que se recurre a todo tipo de artimañas, estrategias, para lograr que el niño pase la mayor parte del tiempo con su progenitor

¹⁴¹ Ibid., 112

¹⁴² Ibid., 110.

aceptado, como interferencias de visitas, falsas denuncias, peticiones de medidas de protección. El SAP será mejor instaurado cuanto más tiempo pase el menor con su progenitor alienador.

Todos los autores coinciden con Gardner en que **existen tres tipos de SAP** que son distintas intensidades de un mismo proceso. Esta clasificación intenta facilitar el acercamiento legal y terapéutico al síndrome aunque se encuentren muchos casos de difícil encuadre. Según este planteamiento **se definen tres momentos o tipos de síndrome:**

- **Leve:** Se producen visitas con el progenitor rechazado y en ellas el menor se muestra cooperante aunque en ocasiones realiza críticas y se muestra disgustado. Se dan expresiones de afecto positivas y sentimientos de culpa y malestar ante los conflictos con el progenitor. Existe un pensamiento independiente y no suelen aparecer los escenarios prestados ni la extensión de odio al entorno del progenitor. Los vínculos afectivos con el progenitor aceptado son fuertes pero no muestran ningún rasgo patológico. En esta etapa es habitual que ambos progenitores reconozcan que los problemas están afectando a sus hijos y si se le pregunta a los menores estos piden una solución rápida en la que se le dé la custodia al progenitor aceptado sin atacar o perjudicar al otro progenitor.¹⁴³
- **Moderado:** En esta fase los ocho síntomas suelen estar presentes. Los hijos se muestran más irrespetuosos y negativos ante los encuentros con el progenitor rechazado. Se dan conductas oposicionistas e incluso pueden destruir algunos bienes de este si bien en ocasiones, ante los comentarios y reflexiones del progenitor rechazado, la escalada de ataques pueda disminuir lo que permite que el resto de la visita transcurra con normalidad. La campaña de denigración puede ser casi continua, especialmente delante del progenitor aceptado que ya es considerado como totalmente bueno. Existe un pensamiento independiente y comienzan a aparecer los escenarios prestados. Las expresiones de afecto positivas se centran casi exclusivamente en el progenitor aceptado y desaparecen los sentimientos de culpa hacia el otro. El entorno del progenitor rechazado se ve afectado por la campaña de denigración. En este momento del proceso encontramos una mayor judicialización y se dan interferencias en el régimen de visitas provocadas por excusas absurdas o por falsas denuncias o tretas legales. El progenitor aceptado no reconoce el problema de relación achacándolo a una falta de habilidades del otro.
- **Severo:** Los ocho síntomas se dan con total intensidad. La hostilidad de los hijos es tan

¹⁴³ Ibid., 110.

intensa que puede llegar a la violencia física. Si se fuerzan los encuentros, pueden escaparse, quedarse totalmente paralizados o en actitud abiertamente oposicionista y destructiva según la edad del menor. No existe ambivalencia de afectos y el progenitor aceptado es adorado sin límites y de modo irracional mientras que el otro es detestado como si fuese un sujeto peligroso que pretende imponerles su presencia, lo que no les causa ningún sentimiento de culpa. La posibilidad de razonamiento con los menores no existe. Se extiende el odio a todo lo relacionado con el progenitor “malvado” rompiéndose todos los vínculos con la familia y entorno de esa parte. El fenómeno de pensador independiente se da en toda su plenitud de ahí que en esta fase el progenitor aceptado cambie de actitud adoptando un papel más conciliador o de defensa absoluta hacia sus hijos que están sufriendo por el mal que les causa el otro progenitor.

En cuanto al tratamiento del SAP este difiere según el nivel en el que esté. Si bien en un nivel leve es posible trabajarlo con mediación o terapia familiar, los niveles moderados y graves requieren de apoyo judicial. Hay que entender que en estos niveles el menor muestra una negativa absoluta a ver a su progenitor y tienen que ser los profesionales que intervienen en el proceso de separación los que faciliten el contacto del niño y el progenitor (con calendario de visitas por orden judicial, en puntos de encuentro familiar, en domicilio) incluso en niveles muy graves retirando la custodia al progenitor alienante para que no siga influyendo en el hijo. La convivencia se plantea en estos niveles como la principal herramienta sanadora de los vínculos dañados.¹⁴⁴

Muy interesante resulta la propuesta de trabajo con el Programa de Disolución de Disputas Legales propuesto por Bolaños.¹⁴⁵ Propone redefinir el SAP como SAF (Síndrome de Alienación Familiar) para así retirar la connotación de culpabilidad que el SAP conlleva hacia el progenitor alienante y verlo como un problema familiar en el que todos los protagonistas tienen responsabilidad relacional. La mediación familiar entendida como abordaje psicojurídico sería la herramienta de trabajo fundamental.

Podemos resumir que :

El desarrollo emocional, intelectual y social del niño está estrechamente relacionado con una vida familiar equilibrada donde los padres desempeñen sus funciones.

Con el divorcio o la separación de los progenitores la intensidad de la relación con ellos se suele hacer asimétrica, produciéndose en el niño trastornos afectivos relacionados con la falta de convivencia con alguno de los padres. Esta situación se puede agravar cuando uno de los progenitores emplea a los hijos para hacer daño al otro, apareciendo en los casos más extremos el

¹⁴⁴ Zornoza del hoyo, Rosa

¹⁴⁵ Bolaños Cartujo, I.(a)

Síndrome de Alienación Parental (SAP) capaz de anular el vínculo que tiene con los menores.

Empleando los materiales y métodos descritos mas adelante, hemos obtenido unos resultados que nos muestran que el divorcio en la modalidad de la custodia compartida es más efectivo para proteger la relación del hijo con ambos progenitores, al mejorar su calidad de vida, impedir el desarrollo del SAP y mantener una adecuada estructura familiar a pesar de la ruptura de la pareja.

HIPÓTESIS Y JUSTIFICACIÓN

2. Hipótesis y justificación de esta investigación

Los cambios introducidos en la asistencia sanitaria al menor que incluyen, la modificación de la edad pediátrica , una complejidad creciente en la tecnificación de la asistencia sanitaria, y la incorporación del equipo sanitario como agente terapéutico y diagnóstico que se amplía a numerosos profesionales, han modificado el escenario tradicional, donde la relación padres-pediatra era el único escenario asistencial.

De otra parte los sistemas de “cobertura sanitaria total” en la asistencia del niño y el solapamiento de los conflictos socio-sanitarios con los problemas estrictamente asistenciales, generan un marco de ejercicio profesional de la pediatría donde se hace necesario desarrollar competencias en los profesionales para que se adapten a los nuevos requerimientos que desbordan el ámbito estrictamente clínico.

En esta perspectiva nuestra hipótesis de trabajo es:

1. Que los profesionales de la pediatría en el momento actual **carecen de la formación jurídica y ética** necesaria para enfrentarse con rigor a los problemas prácticos.
 2. El pediatra **desconoce donde puede encontrar la información complementaria** que le ayude a la resolución y afrontamiento de estos problemas.
 3. El médico suele **actuar en una situación de soledad personal y profesional importante en los conflictos ético-legales** por la condición y características de su ejercicio profesional.
-

OBJETIVOS

3. Objetivos

3.1 Objetivos generales

El trabajo se trata de un estudio descriptivo mediante encuesta que se enmarca dentro de una línea de investigación cuyos objetivos son:

1. Actualizar conceptos de Patria potestad e Interés legítimo del menor en asistencia pediátrica.
2. Describir y analizar los conflictos éticos-legales generales mas frecuentes en la practica asistencial pediátrica.
3. Conocer las aptitudes y conocimientos de los médicos ante estos conflictos.
4. Estudiar los conflictos éticos que se producen en la práctica asistencial pediátrica, pero centrándonos en la situación de custodia compartida y en las características del colectivo de médicos encargados de su asistencia.
5. Conocer la opinión de los pediatras sobre los conflictos y dilemas éticos relacionados con la custodia compartida, identificar los principales conflictos y elaborar estrategias útiles para mejorar la asistencia de este grupo de niños.

3.2 Objetivos específicos.

1. Conocer y analizar la opinión de los pediatras y médicos que atienden a niños sobre los conflictos y dilemas éticos relacionados con la custodia compartida.
2. Revisar los principales conflictos éticos en la toma de decisiones en la situación de la custodia compartida, en el entorno asistencial sanitario.
3. Proponer estrategias de manejo de los dilemas o conflictos éticos más frecuentes en la consulta de pediatría.

Para abordar los objetivos planteados dividimos el estudio en dos etapas:

- a) Revisión sobre algunos de los conflictos éticos identificados en la literatura científica, centrándonos en las principales estrategias y herramientas que puede utilizar el pediatra en la gestión de dichos conflictos. **(Fase de revisión bibliográfica y análisis).**
 - b) Análisis de las opiniones de 99 médicos; pediatras de atención primaria y especializada, médicos de familia de urgencias/primaria con atención pediátrica y otros especialistas, sobre los distintos grupos de items: Datos generales, religiosidad, conocimientos generales en bioética y derechos del niño, actuación ante dilemas en niños en general y niños divorciados con custodia monoparental ó compartida. **(Fase descriptiva).**
-

MATERIAL Y MÉTODOS

4. Material y métodos

4.1 Análisis transversal descriptivo:

Se realizó un análisis transversal descriptivo a través de una encuesta, que se colgó en una plataforma web,¹⁴⁶ estructurada por 39 ítems que se distribuyeron de la siguiente forma:

1. **Ítems 1-6:** Datos generales del encuestado.
2. **Ítems 7-8:** Análisis de la religiosidad.
3. **Ítems 9-12:** Análisis de conocimientos generales en bioética y derechos niño.
4. **Ítems 13-31:** Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios.
5. **Ítems 32-39:** Relacionados con la custodia general y compartida.

Los criterios de inclusión y exclusión de los participantes en la encuesta son:

1. Médicos de todas las especialidades pertenecientes al S.M.S, de cualquier edad, con actividad clínica pediátrica en atención primaria o especializada a lo largo de su carrera profesional.
2. Fueron excluidos los que no deseaban participar o no localizables.

El procedimiento para hacer la encuesta fue el siguiente: Contacto directo o por vía telefónica con los encuestados ofreciéndoles una breve explicación y enviándoles los enlaces de la plataforma web donde se encontraba alojada la encuesta para que la rellenasen a través de su dispositivo móvil u ordenador de sobremesa. Si lo preferían se les entregaba en formato escrito para que lo contestasen de forma anónima.

La validación de la encuesta se realizó mediante un estudio piloto de 32 encuestas empleando el paquete estadístico SPSS v13.0, calculándose frecuencia, porcentaje y distribución de las respuestas dadas en cada una de las preguntas,¹⁴⁷ comprobando su validez¹⁴⁸. La fiabilidad del cuestionario se evaluó a través del análisis de su consistencia interna por el cálculo del coeficiente alpha de Cronbach. Un alpha igual o mayor a 0.70 es considerado como satisfactorio¹⁴⁹. En el estudio piloto

¹⁴⁶ http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php

¹⁴⁷ Leal Hernández, M. Carrillo Navarro F.

¹⁴⁸ El coeficiente Alfa de Cronbach es de 0.87 para el cuestionario citado. Esta prueba es un modelo de consistencia interna, basado en el promedio de las correlaciones entre los ítems. Entre las ventajas de esta medida se encuentra la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empeoraría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. http://www.uv.es/innomide/spss/SPSS/SPSS_0801B.pdf

¹⁴⁹ El coeficiente Alfa de Cronbach es un modelo de consistencia interna, basado en el promedio de las correlaciones entre los ítems. Entre las ventajas de esta medida se encuentra la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empeoraría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. [Publicación en línea] http://www.uv.es/innomide/spss/SPSS/SPSS_0801B.pdf. consultado 03/06/2013.

se obtuvo un valor de 0.87 por lo que consideramos que la encuesta es lo suficientemente fiable para realizar mediciones estables y consistentes.¹⁵⁰ También se le aplicó una correlación bivariada entre todas las variables así como un análisis de componentes principales con rotación Varimax.¹⁵¹

Con este cuestionario, que se describe a continuación, hemos analizado los conflictos éticos en general que se producen en la relación médico-padres-hijo, con una parte específica para niños con custodia compartida de padres divorciados, realizada entre Enero y Diciembre de 2013 a 99 médicos del Servicio Murciano de Salud.

Cuestionario dilemas eticos en la asistencia pediatrica

Encuesta para detectar los dilemas éticos de los médicos que tratan a niños procedentes del divorcio con custodia compartida. Elaboración de estrategias de ayuda para estos profesionales.

La Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Murcia y la Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria (FFIS) de la Región de Murcia, están realizando a través del presente cuestionario, un estudio para el que le pedimos su colaboración.

ENLACE: http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php

Equipo de Investigación

Dr. Aurelio Luna Maldonado. Catedrático Medicina Legal. Universidad de Murcia.

Dr. Francisco Carrillo Navarro. Médico especialista en pediatría. C.S. Murcia S. Andrés. S.M.S.

Dr. Mariano Leal Hernández. Médico especialista en MF y C.C.S. Murcia S. Andrés. S.M.S.

Dr. Antonio Martínez Pastor. Médico Especialista en MF y C. U.Docente MF y C. S.M.Salud.

Justo Ruiz López. Profesor de Filosofía IES. Consejería de Cultura y Educación.

Equipo Técnico:

Israel Carrillo Cañaveras. Programador. Efraim Carrillo Cañaveras. Administrador de Sistemas.

SopORTE Técnico:

carrillodr@gmail.com, israelcarrillo@gmail.com

¹⁵⁰ <http://bioestadistico.com/alfa-de-cronbach> [Publicación en línea]. consultado 03/06/2013.

¹⁵¹ El método de rotación de mayor uso es el varimax. Se obtiene con este método una matriz de componentes rotados que nos indica la correlación existente entre cada una de las variables y su correspondiente factor, es lo que se denomina saturaciones, que toma valores entre -1 y +1.

Encuesta: Antes de comenzar lea detenidamente:

- Este cuestionario le llevará unos 10 minutos contestarlo.
- El cuestionario es anónimo, no debe indicar su nombre y sus datos se tratarán de forma automatizada. Le agradecemos su colaboración.

1. **Edad:**

2. **Sexo:** - Varón - Mujer

3. **Especialidad:**

4. **Ejercicio en:** Primaria - Hospital - Mixto

5. **Años de ejercicio profesional:**

6. **Estado Civil:** Casado - Soltero - Pareja de hecho

7. **¿Se considera vd. afín a alguna religión?:**

Católico - No católico - No creo en ninguna religión

8. **¿Se considera vd. practicante de alguna religión?:** Si - No

9. **¿Ha realizado algún curso de formación específico en bioética?:** Si - No

10. **¿Cree que profundizar en el conocimiento de la bioética le puede aportar algo a su ejercicio profesional?.**

Puntúelo entre 0 (Mínima aportación) y 10 (Máxima aportación)

11. **¿Considera que los pediatras u otros médicos que atienden a los niños tienen conocimientos suficientes sobre Derechos de la Infancia?.**

Puntúelo entre 0 (Mínimo conocimiento) y 10 (Máximo conocimiento):....

12. **¿De dónde proviene mayoritariamente su información sobre Derechos de la Infancia?:**

- | | |
|--------------------------------------|---------|
| • Formación a nivel profesional | • Leyes |
| • Prensa/otros medios de información | • Otros |

13. **¿Cómo definiría vd "lo que es mejor para el menor"?:**

- | | |
|---|----------------------------------|
| • Lo que yo haría si fuese mi hijo | • Lo que considerasen sus padres |
| • Lo que más se ajustase a las creencias y ética familiar | • Ninguna de las anteriores |

14. ¿Cuál es el aspecto más importante para establecer lo que es el interés legítimo para el menor?

- La legislación vigente
- La opinión del niño
- La ética
- Las creencias religiosas
- Opinión de los padres

15. Ante un conflicto en el que piensa vd que la decisión de los padres perjudica a la salud del menor o va en contra del menor. ¿Qué haría?:

- Lo comunicaría al juez de guardia
- Lo comunicaría al fiscal de menores
- Me callaría para no complicarme la vida
- Otros

16. ¿Qué papel juega la ética en sus decisiones clínicas habituales?

Puntúelo entre 0 (ningún papel) y 10 (de la máxima importancia).

17. En la siguiente tabla, dentro de cada tramo de edad pediátrica, puntúe del 1 a 10 (10 el más importante) según la importancia que tiene para vd cada derecho.

Derechos	0-6 años	6-12 años	12-14 años
A la intimidad			
A la confidencialidad			
A la libertad			
A la formación (educación)			
A la salud biológica. (Salud integral)			
A una buena nutrición			
A la información			

18. ¿Cree que los padres tienen el derecho a retirar el tratamiento de los niños con enfermedades graves basándose en el concepto de calidad de vida?:

- Si
- No
- No lo tengo claro

19. ¿Cree que las personas con retraso mental tienen derecho a relaciones sexuales?:

- Si
- No
- Si, dependiendo del grado del retraso, bajo supervisión
- No lo tengo claro

20. ¿Cree que las personas con retraso mental tienen derecho a casarse?:

- Si
- No
- Si, dependiendo del grado del retraso
- No lo tengo claro

21. ¿Cree que las personas con retraso mental tienen derecho a procrear?:

- Si
- No
- Si, dependiendo del grado del retraso
- No lo tengo claro

22. ¿Está de acuerdo en que una vida con una discapacidad grave no vale la pena vivirla?:

- Si
- No
- No lo tengo claro

23. ¿Los médicos tenemos la obligación de intervenir en nombre del menor si pensamos que los padres están tomando la decisión equivocada?:

- Si
- No
- No lo tengo claro

24. ¿Derivaría usted a un niño/a a un hospital por necesidades sociales aún cuando no exista una justificación médica?:

Puntúelo entre 0 (No, nunca) y 10 (Sí, siempre)

25. En caso afirmativo, ¿por qué lo derivaría?. Marque la contestación más adecuada:

- Carencia de unidades de hospitalización
- Recursos limitados para la atención corta ambulatoria
- Problemas de infraestructura local (accesibilidad, transporte, comunicaciones)
- No lo derivaría en ningún caso
- Todos los anteriores

26. ¿Cuál debería ser el papel en la toma de decisiones de los propios niños, cuando son menores maduros y al mismo tiempo están influenciados por los deseos de los padres?:

Puntúelo entre 0 (Ningún papel) y 10 (Todo el papel):

27. ¿Considera que es posible ejercer en la práctica profesional de su consulta el derecho a la información, durante el examen clínico, diagnóstico y tratamiento?:

Puntúelo entre 0 (No Informo) y 10 (Informo detalladamente):

28. ¿A quién suele informar principalmente?:

- El niño mayor de 12 años
- El padre
- La madre
- A cualquiera de ellos incluido los abuelos

29. Usted cree que el "acceso igualitario a la salud" se lleva a cabo en su práctica profesional?

Puntúelo entre 0 (Nada igualitario) y 10 (Muy Igualitario)

30. En su práctica profesional, ¿Puede realizar una atención "amigable", centrada en los derechos y necesidades de los niños/as?.

Puntúelo 0 (No, nunca) y 10 (Sí, siempre)

31. ¿Suele implicar al menor en sus decisiones clínicas si es suficientemente maduro?

Si - No

32. En caso de divorcio o separación de los padres ¿Qué considera mejor para el niño? ¿La custodia compartida o la custodia predominantemente materna?:

- La custodia compartida
- La custodia predominantemente materna
- Ninguna de ellas, creo que es mejor que sea predominantemente paterna
- Otros

33. Indique cuál de las siguientes opciones es mejor para el menor en caso de custodia compartida:

Opciones	Menor 3 años	3-7 años	7-14 años
Que ambos padres permanezcan sin pareja			
Que solo el padre conviva con otra persona			
Que solo la madre conviva con otra persona			
Que ambos convivan con otra persona			

34. En el caso de un niño de 12 años de edad con custodia compartida en el que apareciese una enfermedad importante. ¿A quién preferiría informar primero?:

- Al niño
- Al padre
- A la madre
- Siempre intentaría citar juntos al padre y madre e informarles

35. Imagínese que está casado, tiene hijos menores y su matrimonio se rompe. ¿Qué preferiría para sus hijos?:

- La custodia compartida
- La custodia predominantemente materna
- La custodia predominantemente paterna
- Depende de la pareja o situación familiar
- En caso de ruptura matrimonial los abuelos deberían asumir la custodia de los niños

36. En caso de ruptura matrimonial usted considera que la legislación vigente:

- No es nada justa, pues siempre favorece a la madre
- No es nada justa, pues siempre favorece al padre
- Creo que es la adecuada
- Hacerlo por consenso de los padres, si no existe, recurrir a mediador sin regulación legal
- Hacerlo por consenso de los padres y que este consenso estuviese regulado legalmente

37. ¿Cómo cree que debería regularse la custodia de los hijos menores en caso de ruptura matrimonial?:

- Ser obligatoriamente compartida
- Optativa por parte de los padres
- Que no fuese nunca compartida
- Que decidiese el juez

38. ¿Puntúe del 1 al 10 por orden de frecuencia (10 el más frecuente) los "conflictos éticos" de su práctica profesional relacionada con niños de padres divorciados, indistintamente del tipo de custodia que tengan:

Conflictos éticos	Orden
Talla baja	
Obesidad infantil	
Pubertad precoz	
Estados intersexuales	
Problemas de confidencialidad	
Cirugía implantes cocleares	
Encefalopatía neonatal	
Tratamientos de Homeopatía	
Acusaciones mutuas de abuso/maltrato tras fin de semana	
Solicitud de anticonceptivos o píldora postcoital sin acompañamiento de los padres	
No aplicar vacunaciones o tratamientos prescritos	
Exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas	
No acudir a las revisiones del PANA	
Otros	

39. ¿Puntúe del 1 al 10 por orden de frecuencia (el 10 el más frecuente) los "conflictos éticos" que se suelen presentar en su práctica profesional en general con los niños de 0-14 años:

Conflictos éticos	Orden
Talla baja	
Obesidad infantil	
Pubertad precoz	
Estados intersexuales	
Problemas de confidencialidad	
Cirugía implantes cocleares	
Encefalopatía neonatal	
Tratamientos de Homeopatía	
Solicitud de anticonceptivos o píldora postcoital sin acompañamiento de los padres	
No aplicar vacunaciones o tratamientos prescritos	
Exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas	
No acudir a las revisiones del PANA	

4.2 Análisis bibliográfico. Dilemas éticos.

Para esta investigación hemos realizado un análisis bibliográfico tras una búsqueda sistemática en medline, dialnet, familywatch.org, psiquiatria.com, zenit.org, cop.es, asemip.es, papelesdelpsicologo.es, google academico y Hemeroteca Luis Vives utilizando como descriptores: **menor y consentimiento informado, custodia compartida, síndrome de alienación parental, divorcio, mediación, dilemas éticos niños, interés del menor**. De ella seleccionamos los siguientes dilemas éticos.

Dilemas éticos de la práctica asistencial pediátrica. Tras revisar la bibliografía existente en los últimos 20 años, apreciamos un déficit de información sobre los conflictos éticos que afectan a los pediatras en su práctica diaria, lo que provoca incertidumbre en estos profesionales a la hora de resolver estos problemas. Con nuestro estudio, seleccionado como línea de investigación preferente en atención primaria por el FFISS (Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria de la

región de Murcia)¹⁵², pretendemos contribuir a resolver esta carencia. Para ello hemos realizado una búsqueda sistemática en las principales bases de datos encontrando más de 150 artículos, de los que se han seleccionado 80 considerados como más relevantes. Tras estudiarlos, encontramos 40 dilemas éticos relacionados con algún principio de solución y que describimos a continuación.

Los grandes avances en la medicina infantil permiten hoy sacar adelante recién nacidos con gran inmadurez, pero quedando con deficiencias físicas y psíquicas importantes, también mantener con vida durante años a niños con enfermedades que antes les causaban rápidamente la muerte.¹⁵³ Al mismo tiempo los cambios sociales acaecidos en los últimos años generan, en la consulta diaria del pediatra, nuevos dilemas éticos para los cuales no han recibido formación. Hemos hecho una revisión bibliográfica exhaustiva buscando estos conflictos, pero debido a su gran número y complejidad solo haremos una descripción muy simplificada en las páginas siguientes.

4.2.1 Incapacidad

El niño, como paciente, no es consciente de su situación y carece de la capacidad necesaria para enfrentarse a ella, por lo que son otros (padres, tutores o los médicos en casos de extrema urgencia) los que tienen que tomar decisiones, que deberán ser adoptadas con *“suficiente conocimiento e información, imparcialidad, estabilidad emocional y de forma coherente y lógica”*¹⁵⁴.

Para resolver estos dilemas es muy útil el apoyo de los comités multidisciplinares de ética, que tienen funciones de “revisión prospectiva de problemas concretos, educación ética del personal sanitario de la comunidad y elaboración de normas ó recomendaciones para la discusión de problemas éticos”.

4.2.2 Estrés de los padres, por la carga afectiva que soportan al ser tratados sus hijos

Esta situación está muy influida por los cambios sociales de las últimas décadas, como es el caso de niños muy deseados fruto de TRA¹⁵⁵, familias con pocos hijos, etc., aumentando la exigencia hacia los profesionales, lo que conlleva mayor número de reclamaciones y demandas¹⁵⁶. La buena relación con los padres¹⁵⁷ es esencial, pues éstos *“pueden ser unos extraordinarios colaboradores o convertirse en la principal dificultad del trabajo que realiza el equipo pediátrico”*¹⁵⁸. Para

¹⁵² En el año 2012 el FFISS (Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria de la región de Murcia) del SMS selecciono los problemas relacionados con el divorcio como línea de investigación preferente en atención primaria de salud, dentro de los trastornos mentales y problemas de relación. (consultado 26/01/2014). <http://www.atencionprimaria.imib.es/docmanager/APLibro.pdf> página 27

¹⁵³ Martínez González C.

¹⁵⁴ Martínón, J.M.

¹⁵⁵ Técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁵⁶ Messner H, Gentili L.

¹⁵⁷ Sánchez Escartín, M.C.

¹⁵⁸ Gamboa Bernal, G. A.

conseguir su colaboración, el médico procurará tener con ellos un trato afable, comprensible con las posibles malas reacciones, paciente, prudente, sereno, y procurando dar una salida lo más amable posible a las situaciones difíciles.

4.2.3 Falta de formación del personal sanitario en comunicación y psicología infantil

Es muy necesaria pues el niño no comprende la finalidad que tiene la separación de sus padres al ingresar en el hospital, el dolor e incomodidad de los pinchazos, catéteres, cables, etc. Las terapias siempre requieren de la presencia de la familia “a pie de cama”.

4.2.4 Dilemas en los cuidados paliativos infantiles:

- **Analgesia en niños con enfermedades terminales y acortamiento de la vida.**

La investigación, en este área, es menor en niños que en adultos, aplicándose todavía algunos tratamientos “*de una forma anárquica y sin protocolos específicos*”¹⁵⁹ por lo que si unimos lo anterior a un cierto déficit en la atención que prestan revistas y tratados de pediatría a este problema, justifica la necesidad de emplear recursos para la creación de unidades específicas de medicina paliativa pediátrica.

- **Suspensión de medidas de soporte vital**

Es un serio dilema en los niños que tienen por delante una vida larga, por lo que lo más adecuado es recurrir como norma general a la reanimación¹⁶⁰.

- **Tomar la decisión de reanimar o no en neonatología**¹⁶¹.

Aquí el estándar del “**interés del menor**” sirve como norma de orientación para todas las partes implicadas: médicos, jueces y padres,¹⁶² pero al mismo tiempo es esencial **respetar el derecho a la objeción de conciencia de los médicos**¹⁶³.

El criterio general de “*no recurrir a medidas desproporcionadas*” vale también para el niño, pero antes de decidir no reanimar, es necesario “*un reconocimiento previo de la situación y de las posibilidades teóricas y evolutivas de la irreversibilidad*”¹⁶⁴, evitando caer en tratamientos fútiles o encarnizamiento terapéutico.

El médico debe estar formado para poder explicar a los padres la situación, concienciándoles

¹⁵⁹ Ibid., 155

¹⁶⁰ Fuentes Varela A.

¹⁶¹ Niebroj LT, Jadamus-Niebroj DJ.

¹⁶² Simeoni U, Vendemmia M, Rizzotti A, Gamerre M.

¹⁶³ Sauer PJ.

¹⁶⁴ Ibid., 155.

de los riesgos, sin responsabilizarles totalmente a ellos de la decisión. En esto no deberán primar criterios económicos ni de presión social.

Es importante ayudar a los padres y al niño a acceder a “una muerte digna”¹⁶⁵. Pero **nunca se retirarán las medidas de soporte vital al niño basándose en criterios utilitaristas como el de “calidad de vida”**. Si el niño puede vivir siendo capaz de interactuar con su entorno, aunque tenga una discapacidad grave, se aplicará el tratamiento necesario. No así si la probabilidad de éxito es nula¹⁶⁶

Un grave problema es decidir, cuando la situación actual de la ciencia no nos permite saber con exactitud el grado de deterioro¹⁶⁷. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el trato que se dé a una persona con discapacidad o la capacidad de integrarlo como ciudadano de pleno derecho, es la mejor prueba de madurez humana de una sociedad¹⁶⁸.

- **Niños con importantes minusvalías físicas y/o psíquicas.**

La mayoría sobreviven gracias a los grandes avances de la medicina pediátrica de los últimos años y masifican las unidades asistenciales infantiles. Estos niños suelen vivir casi aislados de la familia, siendo testigos de las dramáticas situaciones de su entorno y provocando que la familia no pueda atender sus obligaciones. Para solucionar esta situación es conveniente desarrollar la “*hospitalización domiciliaria*” de estos niños, adiestrando y responsabilizando a los padres de su cuidado. Para que no se convierta en una forma de “*pasar el problema a los padres*”, se crearan equipos médicos de asistencia domiciliaria para atender las urgencias y hacer el seguimiento habitual. Esta “*hospitalización domiciliaria*” debe consensuarse entre el equipo médico que cuida del niño y los padres.

4.2.5 Dilemas relacionados con el consentimiento informado en el niño

El CI genera, en el caso del niño, **dilemas éticos específicos** que resumimos a continuación:

- **Que el CI sea una fórmula burocrática de medicina defensiva**¹⁶⁹,

De esta forma se pretende que el paciente se sienta responsable de las decisiones tomadas o que deberán tomarse. El propósito principal del documento de CI no debe ser salvaguardar al médico frente a una posible demanda del paciente, sino conseguir una evidencia documental de que se ha dado la información y se ha obtenido el consentimiento del

¹⁶⁵ Grzona M. E.

¹⁶⁶ Silber T, Batshaw ML.

¹⁶⁷ Duffy LV.

¹⁶⁸ Sánchez Jacob M.

¹⁶⁹ Binetti, Paola.

paciente¹⁷⁰.

- **Que el CI sea una protección contra la autonomía del paciente con subordinación del médico.**

En este caso el médico emplearía el CI como un medio de protección legal frente a la decisión del paciente, sin que se pueda garantizar la eticidad de la actuación médica. **Esto se evita compartiendo con el paciente la decisión y la responsabilidad.** La persona deberá ser siempre el centro de la actuación, de otra forma se podría caer en el deseo ilimitado del enfermo de aplicar el principio de autonomía y del médico de aplicar una medicina defensiva, como ocurre hoy en los casos de aborto y eutanasia. El CI se debe aplicar, no como un documento, sino como un proceso en la relación médico-paciente que precisa una adecuada relación clínica, cuya premisa es “*el respeto a las personas.*”¹⁷¹

- **El consentimiento informado en menores de edad¹⁷².**

Hasta los 18 años los padres o tutores tienen la patria potestad para decidir “*siempre en beneficio del menor*”¹⁷³. Pero la legislación ha introducido varios estados:

- **Los 16 años permiten la emancipación.** En este caso, no es necesario que los padres o tutores firmen el consentimiento por representación, pues lo hace el propio menor. En el caso particular del aborto en jóvenes entre 16 y 17 años, el consentimiento les corresponde sólo a ellas, como si fuesen mayores de edad; la teórica obligación de informar de la decisión a uno, al menos, de los padres o representantes legales, desaparece si “la menor manifiesta que esto le provocaría un conflicto grave por el peligro de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”¹⁷⁴.
- **Para los 16 años se ha introducido el concepto de “menor maduro”¹⁷⁵** cuyo consentimiento es válido para todos los actos médicos generales, con las salvedades indicadas.
- **En las jóvenes entre 16 y 13 años que solicitan la píldora del día siguiente, el dilema**

¹⁷⁰ Vidal Casero, M.C.

¹⁷¹ Comité de Ética de la SECPAL.

¹⁷² León Vázquez F.

¹⁷³ Nuestra encuesta http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php indica la falta de atención que algunos padres prestan a los programas preventivos, como no acudir a las revisiones de los programas de atención al niño sano.

¹⁷⁴ Art. 13.4, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo

¹⁷⁵ Declaración de la OMC sobre “La ética médica en la atención del menor maduro.” Enero 2008

es respetar la confidencialidad^{176 177} de la asistencia o comunicarla a los padres. El médico deberá “informar sobre los riesgos de la píldora y su consumo repetido, incluir a la menor en programas formativos en material sexual, y que quede constancia de su petición voluntaria y de la información que ha recibido, asumiendo con su firma su propia responsabilidad”¹⁷⁸:

- **A los 14 años el Código Civil permite hacer testamento**, que implica el reconocerle capacidad de comprensión de las cosas y sus consecuencias.
- **Los menores de 13 años no pueden consentir**, por lo que los consentimientos a esta edad no son válidos. El Código de Derecho Penal considera, **cualquier relación sexual con persona de esta edad, un abuso no consentido y conlleva siempre un delito**. La consecuencia es que si una menor de esta edad solicita la píldora del día siguiente, esto es motivo de denuncia.
- El Centro de Estudios Biosanitarios, afirma que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”¹⁷⁹. Pero, cuando “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”¹⁸⁰, el consentimiento deberá darlo el representante legal del menor, después de escuchar su opinión si tiene 12 años cumplidos.

El médico resolverá estas situaciones individualizando cada caso, adaptándose al nivel intelectual, cultural, personal y familiar de cada menor. Se enfrentará con los representantes legales del menor, cuando considere que sus decisiones no favorecen al menor, recurriendo al Fiscal para que defienda al menor y le evite cualquier perjuicio.

- **Conflictos entre principio de Beneficencia y el de autonomía.**

Es cada vez más frecuente el dilema caracterizado por la **tensión en que muchas veces se encuentra el Principio de Beneficencia (por parte del médico) y el Principio de Autonomía (por parte del paciente)**. Aquí crece la importancia de aplicar bien el procedimiento del CI ya que ayuda al paciente para ejercer su capacidad de juzgar la situación.

¹⁷⁶ La confidencialidad es uno de los derechos que más valoran los médicos encuestados en nuestro estudio (4,38 sobre 10) http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php

¹⁷⁷ Ibid., 2

¹⁷⁸ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

¹⁷⁹ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

¹⁸⁰ Art. 9.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, derechos y obligaciones.

- **¿El consentimiento informado, debe estar siempre firmado?**

No, en las actuaciones ordinarias, el consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, pero es esencial que el facultativo deje constancia escrita en la historia clínica, algo de gran utilidad para directivos, médicos y los mismos pacientes en caso de reclamaciones u otro tipo de conflictos. Cuando las medidas propuestas por el facultativo supongan para el paciente un riesgo significativo, se obtendrá el consentimiento por escrito y firmado.

4.2.6 Dilemas relacionados con la información al paciente:

- **Información a niños con trastornos mentales.**

En España la Ley 41/2002 exige que el paciente sea informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal¹⁸¹. Si desaparece la autonomía del paciente, el médico también es el encargado de velar para que su representante actúe según el Principio de Beneficencia.

- **Renuncia del paciente a su derecho a ser informado.**

Si el paciente no quiere conocer los pasos en el proceso de su enfermedad, esto constará en el consentimiento informado y será respetado. No obstante, ante una intervención de alto riesgo, el médico debe informar al paciente y obtener el CI previo a la misma, aunque sin informarle de las consecuencias previsibles¹⁸². **En menores la información se dará a las personas legítimamente responsables**¹⁸³.

- **Veracidad de la información médica**¹⁸⁴.

Nunca se debe mentir al enfermo, ni inducirle a engaño con palabras o con gestos, pero se informará “*equilibrando veracidad y delicadeza*”¹⁸⁵. Utilizar frases del tipo “*verá como con esta medicación se irá mejorando...*” no es mentir, porque al enfermo conviene evitarle la información que le pueda deprimir y desanimar. Tampoco es obligado decirle siempre la verdad, apoyándonos en el denominado “**privilegio terapéutico**”; el médico dará al enfermo sólo aquella información que quiera saber, intentando descubrir en las entrevistas que tenga con él, la información que puede soportar.

¹⁸¹ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

¹⁸² Art. 9.1 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de autonomía del paciente.

¹⁸³ Ferrer Colomer, M.

¹⁸⁴ García-Miguel P, Plaza López de Sabando D, Sastre Urgellés A.

¹⁸⁵ Declaración de la Organización Médica Colegial Española.

Conviene preparar al enfermo gradualmente para informarle de la verdad, *“lo que algunos llaman ley de la gradualidad”*¹⁸⁶; sin embargo en el instante final de la muerte siempre debemos respetar el derecho del enfermo a ser informado de su situación.

Se ha acuñado el término de **“verdad soportable”** como *“aquella información cierta que puede asimilar y aceptar el paciente”*¹⁸⁷. La verdad es un fármaco de enorme potencia cuya dosificación supone *“prudencia, tacto, y discreción para detectar el modo, las circunstancias y el momento más adecuado y oportuno. La revelación no es instantánea ni inmediata, sino que, las más de las veces, surge a través de un proceso continuo de maduración”*¹⁸⁸.

- **Sobre la cualidad de la información que se da al niño o a sus responsables.**

La legislación española exige *“que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento”*¹⁸⁹. Esta información será *“puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva”*¹⁹⁰ e incluirá, *“como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”*¹⁹¹. Se incluye el derecho de acceso a su historia clínica completa¹⁹².

- **¿Es correcto informar de un tirón y dejar al enfermo?.**

No, el médico dejará pausas que permitan expresarse al paciente; se cerciorará de ser comprendido y de que, esa información, permitirá al paciente decidir conociendo *“las ventajas e inconvenientes de una u otra posibilidad diagnóstica y terapéutica”*¹⁹³. Asimismo, el médico advertirá sobre la baja calidad de las fuentes de información masiva (Internet).

- **¿Quién decide cuándo se debe dar la información?.**

Debe darse cuando lo solicite el paciente, pero si el médico estima que *“el momento no es oportuno habrá que decirle que reanudaremos la conversación en cuanto sea posible”*¹⁹⁴

¹⁸⁶ Ibid., 184

¹⁸⁷ Ibid., 184

¹⁸⁸ Ibid., 184

¹⁸⁹ Art. 10.5 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de Abril.

¹⁹⁰ STS, Sala 1ª, de 29 de mayo de 2003, F. J. 1º.

¹⁹¹ Art. 4.1º de la Ley 41/2002

¹⁹² Real Decreto 63/1995, 20 Enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del S. Nacional Salud. ANEXO 1: Servicios de información y documentación sanitaria, en el punto nº 6 refiere: *“La comunicación o entrega, a petición del interesado de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el centro sanitario”*.

¹⁹³ Osuna Carrillo de Albornoz, E.

¹⁹⁴ Declaración de la Organización. Médica Colegial Española.

- **La información se limitará a los aspectos de interés para el tratamiento.**

Se deberá omitir los datos, no relevantes, que afecten al derecho al honor o a la intimidad del paciente, legítimo y único titular de sus derechos como persona¹⁹⁵.

4.2.7 Dilemas relacionados con la prevención:

- **Vacunas**

El primer problema ético con las vacunas, es que se trata a niños sanos que después de tratarlos pueden tener repercusiones negativas, como el tratamiento contra el virus del papiloma humano (VPH)¹⁹⁶. Es un hecho evidente que se administra a niños con nula o limitada capacidad de decisión, planteándose una contradicción entre los intereses de los individuos y de las colectividades.

En segundo lugar, el coste que tiene la implantación de una vacuna, también genera un dilema, pues aplicar un gasto, en un programa de vacunaciones, va en detrimento de otros tipos de acción. Se debe analizar a fondo el coste/oportunidad, para satisfacer el principio ético de justicia y valorar los beneficios y detrimentos sociales que cada acción produce. De hecho antes de tomar la decisión de implantar un programa de vacunaciones se hacen estudios de coste / beneficio, siendo este tipo de acciones las más rentables de las políticas sanitarias.

- **Lactancia materna**

Su promoción está dentro de una exigencia ética de mínimos¹⁹⁷; no promoverla atenta contra los cuatro principios éticos de la medicina. Por lo que promocionar la lactancia artificial se identifica hoy con los nefastos planteamientos economicistas y feministas de los años 60-70 del siglo pasado que eran partidarios de ello.

Separación de padres con hijos en período de lactancia. Recomendaciones del Comité de Lactancia Materna de la Asociación Española de Pediatría.¹⁹⁸

Al aumentar el número de mujeres que dan el pecho a sus hijos, las situaciones de separación o divorcio coincidiendo con la lactancia, se han hecho cada vez más frecuentes

¹⁹⁵ Además estos, son derechos defendidos por la Constitución Española: Constitución Española 27 de Diciembre de 1978. Art. 18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Art. 18.4: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los Ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

¹⁹⁶ Gervas Camacho J, Segura Benedicto, A. García-Onieva Arlazcoz M.

¹⁹⁷ Fernández Crespo S.

¹⁹⁸ Separación de padres con hijos en período de lactancia.

y se han convertido en un tema importante de debate social.

La falta de información en nuestra sociedad en cuanto a la importancia de la lactancia prolongada afecta a todos, incluyendo abogados, jueces, psicólogos, trabajadores sociales, e incluso a muchos médicos, que con frecuencia expresan su desacuerdo ante un niño que lacta a los dos, tres, cuatro años o más. Por otro lado, en los trámites de separación, no es raro que un padre que desea la custodia o un régimen de visitas más amplio, esgrima argumentos en contra de la lactancia prolongada para conseguirlo. Incluso en algunas ocasiones los Servicios Sociales han dirigido intervenciones en las que se le ha retirado la custodia a una madre por amamantar prolongadamente, basándose en argumentos sin fundamento científico que presuponen que el amamantamiento prolongado constituye perjuicio para el menor, abuso o abandono.

En muchos países, entre ellos España, cuando los progenitores no han solucionado de mutuo acuerdo el régimen de visitas, al que no tiene la custodia, la ley le reconoce el derecho a visitar a los hijos y comunicarse con ellos, siendo habitual que por sentencia judicial, se le conceda el acompañamiento los fines de semana alternos y la mitad de los periodos de vacaciones, con la excepción de los “niños en periodo de lactancia”. En estos casos, se suele sustituir los fines de semana completos por varias tardes al mes.

El problema es que la ley no dice cual es el “periodo de lactancia”, ni tiene en cuenta lo que significa la lactancia, por lo que es fácil que el juez se acoja a la idea laboral del permiso de lactancia que suele durar nueve meses.

Hoy día, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y numerosas organizaciones sanitarias (entre ellas la Asociación Española de Pediatría) recomiendan y fomentan la lactancia materna exclusiva los seis primeros meses de vida y de forma complementaria durante dos o más años. España es signataria de los Objetivos para los Niños y el Desarrollo en el Decenio de 1990, suscritos en la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia (Nueva York, 09.1990), que en su apartado II.B.f propone: *"conseguir que todas las mujeres amamanten de forma exclusiva durante seis meses, y continúen amamantando, junto con alimentos complementarios, hasta bien avanzado el segundo año"*.

Nuestro país también ha aprobado **las Resoluciones de la Asamblea Mundial de la Salud** WHA47.5, de 1994, y WHA49.15, de 1996. **La primera** insta a los Estados Miembros a: “ *que se apoye a las madres en su decisión de amamantar a sus hijos, eliminando los obstáculos y previniendo las dificultades con las que puedan tropezar en*

los servicios de salud, en el lugar de trabajo o en la comunidad."

La segunda subraya la necesidad de aplicar la Declaración de Innocenti, en la cual, *"se reconoce el derecho de todas las mujeres a amamantar a sus hijos durante dos años o más."*

La Convención de los Derechos del Niño de la Organización Mundial de la Salud, señala, en su artículo 24, la importancia de la lactancia y sus ventajas para la salud de los niños, declarándola como un derecho. De ello son testimonio numerosas mujeres de nuestro país que se organizan para defender su derecho a lactancias prolongadas, que por otro lado, hace unos decenios eran normales (no se consideraban prolongadas).

Una lactancia de dos o más años no debería extrañar a nadie, y menos a un juez a la vista de las evidencias científicas que la apoyan. La alimentación al pecho mejora la salud física y psíquica de los niños y de las madres y disminuye el gasto sanitario, entre otras ventajas. También se ha constatado que los beneficios de la lactancia materna tiene una relación dosis-respuesta, es decir, a mayor duración de la lactancia, menor incidencia de enfermedades.

Hay que informar al juez, si éste no ha sido madre o padre de un niño amamantado, que para mantener la lactancia es necesario la continuidad de la misma. La lactancia no se puede interrumpir durante 24 horas para luego reemprenderla, porque perjudica el pecho de la madre (riesgo de ingurgitación, mastitis), puede disminuir el volumen de leche y afectar a la salud emocional del niño, pues muchos niños, además de alimento, buscan consuelo en el pecho de su madre, haciendo tomas cortas, pero numerosas a lo largo del día o de la noche.

Por todo ello, el Comité de Lactancia Materna de la Asociación Española Pediatría considera que: *"..la lactancia es motivo justificado para adaptar el régimen de visitas y que, para no perjudicar al hijo, ni que nadie pueda pensar que la lactancia se está empleando como arma contra el ex-cónyuge, sería recomendable negociar el cambio de los tiempos correspondientes a fines de semana o vacaciones, por periodos equivalentes más cortos (tardes o mañanas), que permitan al niño disfrutar de todo a lo que tiene derecho: por un lado el cariño, el calor y el pecho de su madre y por otro el afecto y el contacto con su padre."*

En los casos de divorcio o separación de los padres, los jueces tienen que garantizar que se cumplan los derechos de custodia y el régimen de visitas, prioritarios para el fin

primordial, que es el bienestar del menor. Los derechos de las relaciones paternofiliales tienen que protegerse, pero los padres han de ser los primeros que velen por el bienestar de su hijo, evitando poner obstáculos a la lactancia como forma de manipulación o castigo hacia las madres, ya que el daño lo sufre el niño. De igual manera las madres no deben usar la lactancia para restringir el derecho de los niños a recibir el cuidado y el cariño de su padre. Hay que permitir y potenciar que los niños establezcan una vinculación afectiva tanto con su madre como con su padre. Si alguna de las partes, por razones no válidas, quiere restringir este derecho, está afectando el desarrollo y bienestar del menor.

Siempre que sea posible, los jueces deberán fomentar que los padres lleguen a un acuerdo, de forma voluntaria, sobre el tiempo que el menor compartirá con cada uno de ellos. En el caso de que esto no sea posible, el juez tomará una decisión basada en “*el mejor interés del menor*”. Si se le presenta al juez la evidencia de que el niño está siendo amamantando, habitualmente se protege esa relación de amamantamiento, manteniendo al menor con su madre la mayor parte del día y la noche y otorgando al padre visitas cortas de dos a tres horas, preferiblemente diarias. Hay que tener en cuenta que las tomas nocturnas son frecuentes, necesarias y emocionalmente reconfortantes y su interrupción puede afectar la producción de leche y la duración de la lactancia, por lo que es recomendable que el niño que lacta pase las noches con la madre.

- **Sugerencias para los padres y las madres que están atravesando por una separación o divorcio:**
 - Los padres deben velar ante todo por el bienestar de sus hijos, anteponiendo el interés de los niños a los suyos propios, lo que incluye el mantenimiento de la lactancia materna.
 - Hay que evitar que los hijos se utilicen como un elemento de chantaje emocional, lo que suele terminar en largas y estresantes peritaciones y juicios. Todos estos son elementos perturbadores poco adecuados para el desarrollo afectivo y emocional del niño.
 - Una separación no precipitada y una relación “amistosa” que favorezca que las decisiones se piensen y acuerden, así como la presencia de ambos progenitores en la vida de los hijos, les permitirá asimilar mejor los cambios y que puedan crecer con los mismos problemas que el resto de los niños.
 - Es importante ofrecerles la máxima estabilidad y seguridad, conservando en la medida de lo posible, sus rutinas y manteniendo la casa y las relaciones sociales como puntos

de referencia permanentes cuando todo cambia.

- Se recomienda que las madres no impidan o dificulten el tiempo que el niño pasa con el padre, ni utilicen la lactancia como una excusa para restringir visitas; si bien debe hacerse de modo que la alimentación al pecho pueda seguir manteniéndose si lo desean madre e hijo.
- El horario de visitas debe ser flexible, frecuente y responder a las necesidades del menor.
- La mejor manera de que ambos padres protejan la lactancia y el buen desarrollo emocional de su hijo, es fomentar el vínculo con el padre sin afectar el vínculo con la madre y el amamantamiento.

- **Los programas de detección de enfermedades genéticas.**

Generan otro dilema pues dan información sobre el niño que está siendo estudiado, pero también sobre su familia que puede generar datos, en la historia clínica, capaces de llegar a compañías de seguros y que provoquen la denegación de asistencia sanitaria, o de un seguro de vida, para el individuo y toda su familia. Estos programas, con unos beneficios sanitarios incuestionables, presentan dilemas éticos que los incluyen dentro de los “principios de doble efecto”¹⁹⁹. En estos casos los profesionales de la salud pueden elegir entre ampararse en la técnica y desentenderse del resto de implicaciones de su diagnóstico (planteamiento minimalista) o valorar las consecuencias y asumir la responsabilidad de cada opción (planteamiento maximalista)²⁰⁰. Esto debe valorarse como un principio de doble efecto que está muy cerca del principio de no maleficencia: “lo primero, no hacer daño”.

- **La investigación:**

Aquí aparece **un dilema ético**, cada día más frecuente **que afecta a la relación entre el interés de la persona individual y el de la sociedad en que vive**. En la investigación médica debe primar siempre el bien de la persona²⁰¹. El Código de Nüremberg, la Declaración de Helsinki y las Pautas de Ginebra²⁰², ofrecen límites y pautas de actuación.

El médico exigirá el cumplimiento del Consentimiento Informado sobre el fin del ensayo, los efectos secundarios y riesgos posibles; el método utilizado; su desarrollo práctico, la

¹⁹⁹ Tervo RC, Wojda P.

²⁰⁰ Ibid.,200

²⁰¹ Eys JV.

²⁰² Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas (CIOMS). Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos. Ginebra, 2002.

posibilidad de rehusar a participar y de retirarse en cualquier momento del ensayo.

- **La creciente privatización de tratamientos:**

El coste de la autogestión en las Administraciones Públicas les hace incidir en el ahorro. La solución tomada es la progresiva privatización de servicios, que pese a la dialéctica en contra, favorecen las acciones terapéuticas frente a las preventivas²⁰³. En la actual crisis, las reformas, siguiendo las políticas y presiones del Banco Mundial, tienden a privatizar los servicios, bajo el modelo neoliberal exportado de EEUU (atención gerencial: managed care), una vez que las multinacionales de seguros en salud han visto saturado su mercado allí. En este modelo, el poder adquisitivo del paciente determina los tratamientos a los que puede acceder.

- **Rigidez en la aplicación de protocolos y el principio de justicia.**

Estos enfoques van en contra de las personas desfavorecidas, pues a estas se les aplicará el protocolo o nada, algo que es muy grave en la sanidad privatizada. El sistema repercutirá, por pagos o reducción de servicios o suministros, cualquier aumento de costos generado por medidas sociales, como las de bioseguridad²⁰⁴; lo que unido a la pérdida de credibilidad en los profesionales de la salud, por las repercusiones económicas de sus decisiones, darán lugar a mayores conflictos éticos²⁰⁵. Aumentarán así los riesgos de contagio de enfermedades, como es el caso del VIH/SIDA que se incrementa en proporción directa a la disminución de gastos preventivos, pues realizar más controles de seguridad en una sanidad privatizada, genera un aumento de costes, que afectará especialmente a los pacientes con menor poder adquisitivo.

4.2.8 Dilemas relacionados con la cirugía:

- **En la cirugía infantil, ¿es correcto aplicar innovaciones quirúrgicas?.**

En relación con esto, hay que valorar si es responsabilidad ética de los cirujanos apoyar la investigación de estas técnicas para perfeccionarlas²⁰⁶. Si la técnica quirúrgica no está bien avalada se debe dejar a los padres un amplio margen de decisión. Si no aplicarla genera problemas graves al niño, tendremos que apoyarnos en las guías de buena práctica clínica, informando de ello a los padres, actuando siempre “en beneficio del menor”²⁰⁷.

²⁰³ Abadía Barrero C.E.

²⁰⁴ Irribarra Mengarelli, R.R.

²⁰⁵ Triana Estrada J.

²⁰⁶ Nwomeh B.C; Caniano D.A.

²⁰⁷ Ibid., 158.

- **Donación de órganos de padre a hijo.**

Podría considerarse una coacción hacia el padre, pues no es fácil que sea libre para hacer o no la donación, *“muchas investigaciones muestran los sentimientos de algunos padres donantes que en realidad nunca llegaron a tomar la decisión de donar pues aceptaron la donación como algo automático, tras valorar las distintas opciones”, siendo muy difícil para ellos valorar objetivamente los posibles riesgos.*²⁰⁸

4.2.9 Dilemas relacionados con la endocrinología pediátrica:

Se plantean problemas con implicaciones éticas²⁰⁹ en enfermedades como: **obesidad, trastornos del crecimiento, alteraciones del desarrollo y de la maduración sexual, estados intersexuales, alteraciones hormonales (prolactina, cortisol, etc.).** Como son muchos los problemas de decisión clínica endocrinológica en los que pueden plantearse conflictos éticos y legales. Nos centraremos en los relativos a trastornos del crecimiento y la obesidad en los niños.

Las decisiones a adoptar se deberán basar en dos conceptos éticos: El del interés legítimo del menor y el del “menor maduro”. En endocrinología el papel de los padres o tutores es fundamental. Mayor problema es la imposición legislativa de las mayorías, cuando llegan a imponer, con la fuerza de la ley, las éticas propias subyacentes en las leyes.

1. **El tratamiento con la hormona del crecimiento (GH) a niños con talla baja²¹⁰ sin deficiencia hormonal** es el principal dilema médico. Aquí el conflicto se establece cuando se valora si existe indicación en la prescripción de hormona de crecimiento con el objetivo de aumentar la talla y los padres, deslumbrados por las nuevas opciones que ofrece la medicina actual intentan someter al niño a tratamientos para modificar su estatura. En este caso no hay una enfermedad real, la terapia presenta complicaciones, los riesgos y beneficios a largo plazo y las pautas terapéuticas son inciertos, por lo que no se aconsejan desde la ética pediátrica²¹¹. Además, de tener que asumirlo la administración, el costo del tratamiento generaría una injusticia porque, o bien solo podrían usarlo los económicamente capaces de adquirirla, o si es el caso que lo financie la sanidad pública se tendría que abandonar la atención de otros problemas mucho más importantes.

La utilización de hormona de crecimiento para corregir una estatura baja, también plantea problemas ante la ausencia de un protocolo preciso de aplicación cuando las condiciones

²⁰⁸ Ventura KA.

²⁰⁹ Ibid., 5

²¹⁰ Macklin R .

²¹¹ Lantos J, Siegler M, Cuttler.

biológicas son normales. Estados Unidos y la Comunidad médica europea han aprobado la aplicación de la hormona de crecimiento, aún en situaciones normales, con el objetivo de corregir las limitaciones del déficit de crecimiento, más que la causa que lo provoca; pese a ello no debe considerarse como una justificación universal.

Los problemas éticos en relación a la administración de esta hormona se relacionan con: su indicación injustificada cuando no hay enfermedad ni alteraciones biológicas, la ambigüedad o dudas de los resultados de las investigaciones, las dificultades de valorar riesgos y beneficios del tratamiento, y ¿quién debería decidir?²¹².

Estrategia: Recordar que la decisión de los padres se debe basar siempre en el interés legítimo del menor, y debe existir una proporcionalidad entre el riesgo y el beneficio que se espera obtener de la aplicación del tratamiento. La imposición al menor, de un tratamiento molesto y prolongado, su alto costo, y los resultados impredecibles en la mayoría de los casos, etiquetan estas alternativas terapéuticas como conflictos éticos. Como médicos debemos integrar la ética en nuestro quehacer profesional e involucrar a los padres en decisiones que afectarán al menor a largo plazo.

2. **La obesidad en el niño es un problema de salud pública**, y predice una condición futura de enfermedades crónicas que inciden con fuerza en la morbimortalidad a edades tempranas. A partir de los 10 años la obesidad infantil es un factor predictivo dominante de la obesidad del adulto, pues un 80% de los niños con un índice de masa corporal superior al percentil 95 serán adultos obesos²¹³.

Estrategia: Se recomienda realizar un screening desde los 6 años de edad y el establecimiento de medidas activas de intervención, tanto de consejo terapéutico como de modificación de conductas alimentarias para solucionar el exceso de peso. El pediatra debe informar a los padres de su papel fundamental en el abordaje terapéutico del problema, ya que al menor le suele faltar el control sobre su alimentación.

Cuando los padres declinan su deber de asegurar y controlar la alimentación del niño y la actuación médica no consigue motivarlos para la solución del problema, y éste trasciende nuestras posibilidades, puede ser necesario adoptar una decisión jurídica. Se requiere una reflexión ética sobre los riesgos que se asumen y el papel de los padres o tutores. En situaciones de indiferencia e inactividad de éstos, habría de plantearse si ¿puede el estado suspender la patria potestad y asumir la tutela argumentando el derecho de protección al menor?, como se ha producido recientemente en algunas Comunidades como la de Galicia.

²¹² Ibid., 211

²¹³ Govea J.

4.2.10 Dilemas en la atención neonatal.

El desarrollo tecnológico creciente en las últimas décadas ha permitido que la medicina neonatal haya conseguido avances importantes para reducir la mortalidad del prematuro y sus secuelas. A partir de este desarrollo se han formulado preguntas que tienen implicaciones éticas como: ¿quién es acreedor a los cuidados pre y postnatales?, ¿son aceptables los costos del cuidado intensivo?, ¿hay equidad en la atención?, en caso de pacientes muy enfermos o muy prematuros, ¿quién decide el cuidado? ²¹⁴.

Estrategia: No habiendo respuestas satisfactorias, sobre todo en la realidad de instituciones con recursos tecnológicos limitados, la actuación del pediatra neonatólogo deberá centrarse en ejecutar las intervenciones que tengan la mejor evidencia, manteniendo la comunicación con los familiares para compartir las mejores decisiones. Las guías clínicas internacionales que recomiendan la secuencia y validez de las intervenciones van a responder a los problemas éticos del neonato y facilitar la decisión de los padres sobre un cuidado estrictamente paliativo, o sobre cuándo no resucitar.

4.2.11 Dilemas en oncología pediátrica:

Algunos autores²¹⁵ señalan que el profesional no debe tomar decisiones con el menor, sino establecer comunicación con los padres para que éstos decidan las intervenciones. Sin embargo, esta teoría no siempre refleja la realidad clínica, particularmente con el paciente oncológico. Para comprender mejor este dilema pongamos el ejemplo de un menor de 12 años con osteosarcoma de mal pronóstico y larga evolución con metástasis pulmonares, que no ha respondido a la quimioterapia y que es ingresado en cuidados intensivos por cuadro de insuficiencia respiratoria grave. Es común, que la posición de los padres y de los oncólogos sea “*que se le haga todo lo que se pueda*”. Sin embargo, el paciente rechaza toda intervención, tanto el proceso de intubación como la instalación de respirador automático.

Estrategia: El pediatra deberá considerar en caso de menor maduro (caso del ejemplo), que aunque la decisión definitiva es dada por los padres, éstos también deberían considerar la capacidad del adolescente para participar activamente en la decisión. El desarrollo del niño como persona incluye la capacidad para participar en las decisiones paternas, en situaciones que no considera óptimas para su bienestar.

²¹⁴ Carter B

²¹⁵ Whitney S

4.2.12 Dilemas en niños de padres divorciados:

Las repercusiones en la salud de los niños afectados por el divorcio de los padres, que los pediatras cada día atienden con más frecuencia en sus consultas, ha creado la necesidad imperiosa de una reflexión ética, en el seno de sus asociaciones científicas, con el fin buscar soluciones a este tipo de problemas. Esta realidad hecha por tierra las opiniones de los partidarios de las corrientes divorcistas²¹⁶ que anunciaban los beneficios que vendrían a los hijos, al dejar de ver discutir a sus padres.²¹⁷

- **¿Qué hacer si discrepan los criterios de padres divorciados?.**

Cuando el médico prescriba un tratamiento al niño, bastará la conformidad de uno de ellos. Si la decisión es urgente y no admite demora, el pediatra actuará sin necesidad de CI “*en beneficio del menor*”. Si la urgencia lo permite, consultará al Juez de Guardia o a través del Fiscal. Si no es un problema urgente, pondrá el caso en manos del Juez para que decida.

- **¿Qué hacer si los exconjuges por separado buscan alianzas con el pediatra?.**

En esta situación el niño puede llegar a sufrir “*cuadros de depresión infantil*” que le dificultarán expresar sus sentimientos y emociones. Si la separación es debida a una patología crónica del niño, la situación se agravará. El pediatra intentará serenar el clima y crear espacios de reflexión, para que el niño sufra lo menos posible derivándolo al psicólogo si es necesario.

- **Dilemas en la solicitud de la historia clínica del menor por los exconjuges.**

En este supuesto hay dos derechos en conflicto. El de la confidencialidad de los datos de salud, protegidos por el secreto profesional que alcanza también a los menores de edad. Y por otro lado, el derecho de los padres a la información que les permitirá ejercer la patria potestad de una manera efectiva. El médico negará la solicitud: al padre privado de la patria potestad, si cree que esto puede perjudicar al menor y también si el menor tiene más de 14 años, pues deberá contar con su opinión. En el resto de casos se facilitará el acceso a la historia, salvo a los datos relativos a terceras personas o a los que el médico considere anotaciones subjetivas²¹⁸

²¹⁶ Martínez Pastor, A; Carrillo Navarro, F.

²¹⁷ Callabed Carracedo J.

²¹⁸ Ibid., 173

- **Dilemas psicosociales en pediatría:**

- **Fenómeno de la triangulación**

En la triangulación los padres subestiman o invisibilizan las necesidades emocionales de los hijos anteponiendo las suyas. Uno o ambos padres, van a pretender establecer alianzas con los profesionales sanitarios o el pediatra, para cumplir con su cometido de hacer daño a su contraparte²¹⁹. Cuando no logran establecer una alianza con el profesional tratante, y su conducta manipuladora queda expuesta, se produce enojo, rechazo, frustración y resistencia a la intervención (rechazo), obstaculización del trabajo profesional del pediatra, intimidación (desde lo sutil hasta amenazas personales), utilización de medios de comunicación y planteamiento de demandas legales contra los profesionales, con el fin de desacreditar o separarlos de su intervención en el proceso²²⁰.

Los menores inmersos en la triangulación sufren gran afectación emocional que los convierte en víctimas de abuso, perjudicando su integridad física, psicológica, sexual o espiritual, y obstaculizando su pleno desarrollo.

La triangulación puede ser identificada reconociendo en los padres, aún en los divorcios de mutuo acuerdo, o en la modalidad de custodia compartida, la existencia de un alto nivel de conflictividad y escasa o nula comunicación, con perpetuación de los conflictos de pareja aún después de producida la separación. Son frecuentes los falsos alegatos de abuso sexual de la madre hacia el padre o del padre hacia la nueva pareja de la madre, afecta generalmente a niños menores de 12 años (edad más usual 8 años). En los profesionales y el pediatra que intervienen en el tratamiento del menor, es frecuente que se genere un cuadro de agotamiento, debido a factores como la triangulación de los profesionales, y a lo absorbente de la atención, producto de la cantidad de gestiones necesarias para intentar desenmarañar el conflicto y extraer del triángulo al menor.

- Entre las estrategias para abordar la resolución de la triangulación se propone:

Coordinación con otros profesionales intervinientes, tanto dentro como fuera de la institución o centro de salud, para unificar criterios y prevenir triangulación del equipo y manipulación del tratamiento.

²¹⁹ Es posible que uno de los progenitores proyecte sobre el pediatra que lo atiende, sentimientos, vivencias y emociones que pueden ser positivas o negativas. Esta especie de “transferencia” si es positiva, tiende a elevar las expectativas del usuario(a) de establecer una alianza que le sea de utilidad en sus objetivos. Por el contrario, si es negativa, es esperable un rechazo de la intervención del pediatra.

²²⁰ Porras Villalobos H, et al.

- Realizar una confrontación individual de los progenitores y el equipo, incluyendo en algunos casos a otros familiares involucrados. Evidenciar contradicciones y utilización del menor. Valorar la participación de la persona menor de edad (casos de menor maduro) en una de esas sesiones, que le sirva de espacio para expresión de sentimientos. Redactar un acta de la reunión, con compromisos adquiridos por los progenitores.

Contextualizar el tratamiento bajo el enfoque de abuso emocional.

- **La depresión en el niño**

Entre las causas psicosociales de depresión en el niño figura la separación, pérdida o desamparo, y en general los acontecimientos estresantes. Ante las distintas situaciones, el niño expresa con dificultad sus sentimientos y emociones, presentando síntomas inespecíficos variables según la edad. La depresión deteriora el funcionamiento psicológico, social y académico. La depresión se puede expresar: como regresión en niños pequeños; en adolescentes como “aburrimiento”, irritabilidad, negatividad desafiante, arrebatos emocionales y somatizaciones. Se ha constatado que niños que han vivido un “apego inseguro” porque han sufrido negligencias o abusos por parte de sus cuidadores principales tienen mayor riesgo de sufrir depresión, ansiedad o trastornos de personalidad durante su adultez, así como otros problemas biológicos en su desarrollo.

- **Trastorno de ansiedad de separación**

Un cuadro frecuente que se encuentra en niños de padres separados es **el trastorno de ansiedad de separación o TAS**. Aparece en un 3-5% de niños: se caracteriza por miedo a separarse de la madre en una edad no pertinente. Las náuseas, vómitos o cefalea son somatizaciones inconscientes. Es más frecuente en prepúberes y en niñas.

Cuando acontece un conflicto psicológico en el niño como consecuencia de la separación de los padres, aún en régimen de custodia compartida, es frecuente que uno de los padres rechace la intervención de un psicólogo, y se niegue a acudir con su excónyuge a las visitas o que el menor acuda a ellas.

Estrategia: se aconseja realizar una entrevista estructurada con el niño y los padres y abordar la depresión con un tratamiento integral que incluya terapia cognitivo-conductual o psicoterapia emocional²²¹. Ambos padres deben acompañar al niño a las visitas del psicólogo o psicoterapeuta, e incluso puede ser necesario y deben estar dispuestos a recibir terapia, en caso de que el psicólogo así lo determine, ya que en

²²¹ La psicoterapia tiene eficacia similar a la terapia farmacológica pero sin sus efectos secundarios.

ocasiones es la mejor ayuda al problema psicológico que manifiesta el hijo.

Explicar a los padres lo que la separación supone para el niño, que eviten utilizarlo en su disputa, que cambie sus rutinas lo menos posible y advertir que la judicialización es un factor negativo. El pediatra no tomará partido por ninguno de los padres, salvo maleficencia al niño. Si existiese elevado riesgo de suicidio en el niño habría que plantearse el ingreso hospitalario.

Ante trastornos de ansiedad el pediatra debe animar al niño a hablar de lo que teme sin minimizar o ridiculizar. Informar a los padres que la sobreprotección empeora las cosas. La psicoterapia da muy buenos resultados.

En estos conflictos psicológicos, el pediatra puede contribuir a serenar el clima y crear espacios de reflexión con los padres para que el niño no sufra innecesariamente.

4.2.13 Maltrato infantil:

La sospecha de maltrato o de abuso obliga al pediatra a denunciarlo, tanto desde el punto de vista ético como legal²²².

4.2.14 Prescripción de pruebas o tratamientos innecesarios²²³.

Atiborrar de antibióticos o pedirle al niño pruebas sofisticadas, escudándose en “lo que pudiera sucederle al niño” o “al pediatra frente a los padres”, es tan falto de ética como imponer un tratamiento inadecuado, pues siempre el juicio clínico debe de ir acompañado del juicio ético. Evitar tratamientos innecesarios entra dentro del “principio de no maleficencia”.²²⁴

El pediatra deberá hacer gala de un alto nivel de dominio de las técnicas de comunicación, para poder consensuar con los padres la defensa del “interés superior del niño” y evitar emplear en el niño tratamientos fútiles o pruebas agresivas no justificadas.

En resumen.

La aplicación práctica de los avances médicos, conlleva ajustarse a unos principios éticos que servirán de orientación para los problemas que puedan surgir. Es casi imposible un acuerdo, sobre estos principios, entre las distintas visiones éticas, salvo que se partiese de principios con un valor universal. Descartado esto en la sociedad actual, la ética de mínimos queda como el recurso teórico para llegar al acuerdo, pues se basa en lo que el grupo social dominante está dispuesto a aceptar en

²²² Marcial Osorio F.

²²³ García Mendiola, J. J, et al.

²²⁴ Nuestra encuesta http://lactea.dyndns.org/dilemas_eticos/index.php indica la presión que se ejerce sobre los médicos para que prescriban al niño pruebas complementarias agresivas (3,92 sobre 10).

aras de la paz con el resto.

Es unánime el acuerdo en evitar el “encarnizamiento terapéutico” y los “tratamientos fútiles”, el problema es que la técnica actual no siempre puede predecir el final de un tratamiento, pues muchas veces se trabaja con el método ensayo-error, por lo que al final los criterios terminan siendo económicos. Tampoco es posible calcular, ante cada dilema ético, la importancia del coste del tratamiento, dada la inevitable “escasez de recursos”, pero la mayoría de las veces, a pesar de estar tratando a niños, el aspecto económico suele ser el problema.

Surge la pregunta: ¿no hay posibilidad de detraer recursos de otros capítulos menos “esenciales”? El caso que el periódico “*The Daily Mail*” destapó sobre el régimen eutanásico para niños en el “*Liverpool Care Pathway*”²²⁵, señala un nivel tal de gravedad que hace que, entre los dilemas de este estudio, este aparezca como el más preocupante y recurrente.

En cuanto a la **frecuencia con que los conflictos éticos se presentan en la práctica profesional pediátrica en general**, no hemos encontrado encuestas de estudios relativos a su frecuencia en atención primaria o especializada, de ahí la importancia de nuestro estudio. En nuestra investigación hemos encontrado que, los dilemas éticos más frecuentes que se presentan ²²⁶, están relacionados con: la confidencialidad, no acudir a las revisiones del programa de atención al niño sano, exigir al facultativo pruebas complementarias agresivas y no aplicar tratamientos curativos y vacunas.

²²⁵ Diarioya.es.

²²⁶ Ibid., 148

RESULTADOS

5. Resultados

5.1 Resultados de la encuesta a médicos del SMS.

Hemos entrevistado a 99 médicos del SMS con práctica pediátrica a lo largo de su carrera profesional. Cumplimentaron la encuesta **99 médicos** cuya edad media fue de **44,9 ± 5,6** años.

5.1.1 Análisis de los datos generales (Items 1-6).

5.1.1.1 Sexo:

Varones 50 (50,50%) y mujeres 49 (49,50%).

5.1.1.2 Especialidad médica:

- Medicina de familia - 44 (44,44%)
- Pediatría de atención primaria - 27 (27,27%)
- Cardiología Pediátrica / General – 3 (3,03%)
- Cirugía Pediátrica / General – 2 (2,02%)
- Endocrinología Pediátrica / General – 4 (4,04%)
- Intensivista Pediátrico – 1 (1,01%)
- Neonatología – 2 (2,02%)
- Neumología Pediátrica / General – 1 (1,01%)
- Neurología Pediátrica / General – 1 (1,01%)
- Odontología Pediátrica / General – 1 (1,01%)
- Oftalmología Pediátrica / General – 1 (1,01%)
- Oncología Pediátrica / General – 2 (2,02%)
- ORL Pediátrica / General – 4 (4,04%)
- Urgencias Pediátricas / General – 4 (4,04%)
- Otras – 2 (2,02%)

5.1.1.3 Lugar de ejercicio:

- Atención primaria 49 (49,49%)
 - Hospital 32 (32,32%)
 - Mixta 18 (18,18%)
-

5.1.1.4 Tiempo medio de ejercicio profesional:

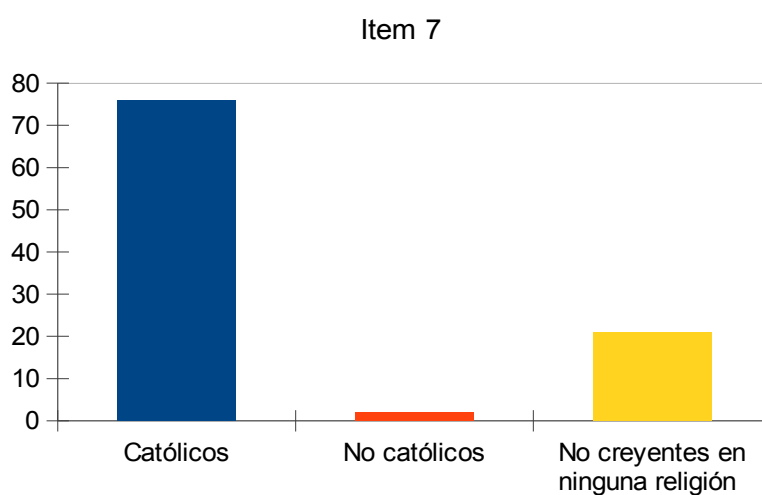
- 17,36 años.

5.1.1.5 Estado civil:

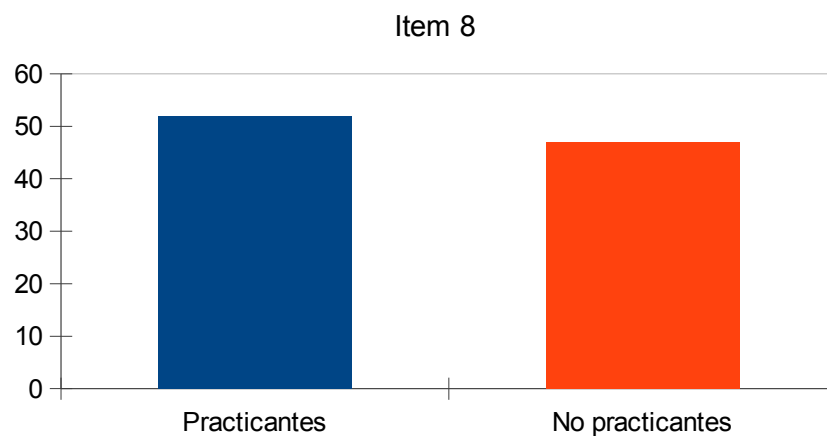
- Solteros eran 36 (36,36%)
- Casados 56 (56,56%)
- Pareja de hecho 7 (7,07%)

5.1.2 Análisis de la religiosidad (Items 7-8).**5.1.2.1 Religión declarada:**

- Católicos 76 (75,24%)
- No católicos 2 (1,98%)
- No creyentes 21 (20,79%)

**5.1.2.2 Práctica religiosa:**

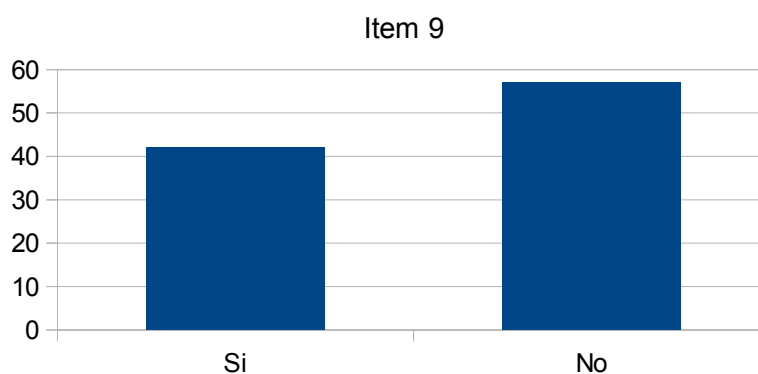
- Practicantes 52 (51,48%)
- No practicantes 47 (46,53%)



5.1.3 Análisis de conocimientos en bioética y derechos del niño (Items 9-12)

5.1.3.1 Cursos de formación específica en bioética.

- 42 (42,42%) habían realizado algún curso de formación específica en bioética.

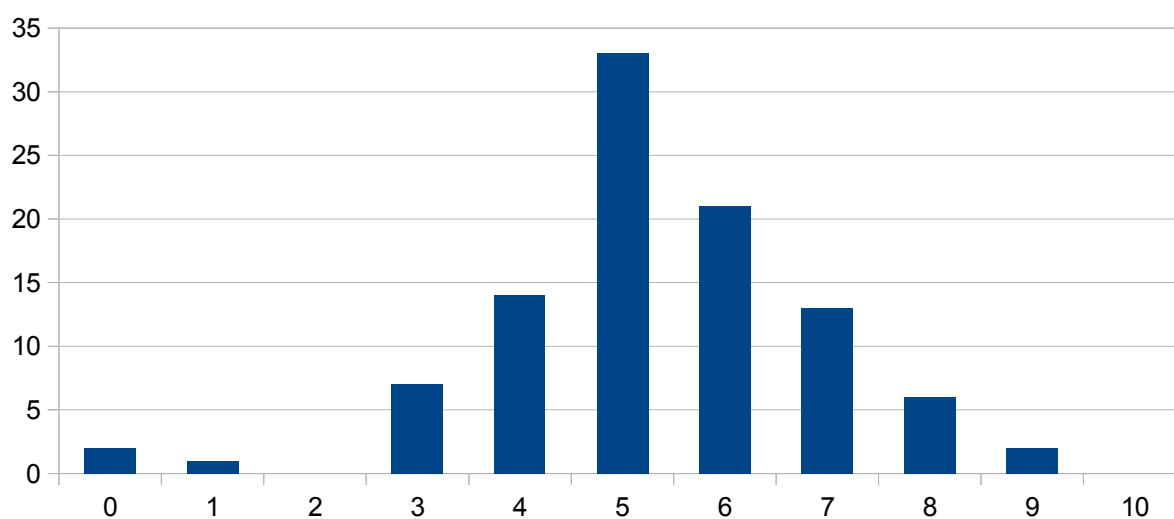


5.1.3.2 Conocimientos en bioética y ejercicio profesional.

- La valoración media sobre si profundizar en el conocimiento de la bioética aportaba algo al ejercicio profesional fue de 7,17 puntos.

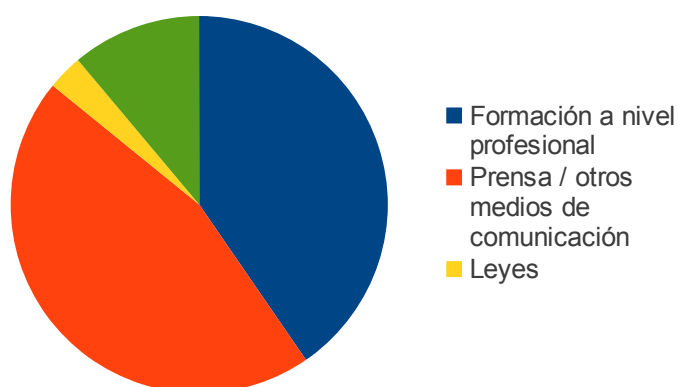
5.1.3.3 Valoración conocimientos de los médicos sobre los derechos infantiles.

- La valoración media de los conocimientos profesionales de los médicos sobre los derechos de la infancia fue de 5,08 puntos.



5.1.3.4 Origen de sus conocimientos sobre los derechos infantiles.

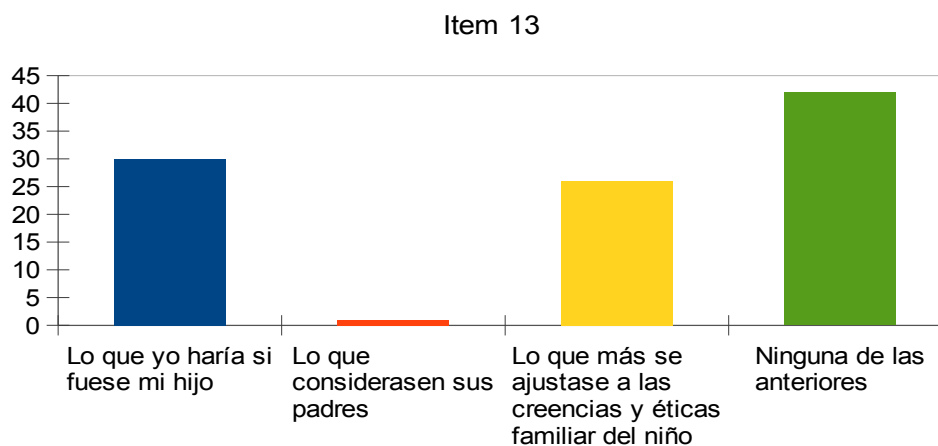
- 40 (40,4%) opinaban que provenían de su formación a nivel profesional.
- 45 (45,45%) de la prensa u otros medios de comunicación,
- 3 (3,03%) de leyes.
- 11 (11,11%) de otros.



5.1.4 Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios (Items 13-31).

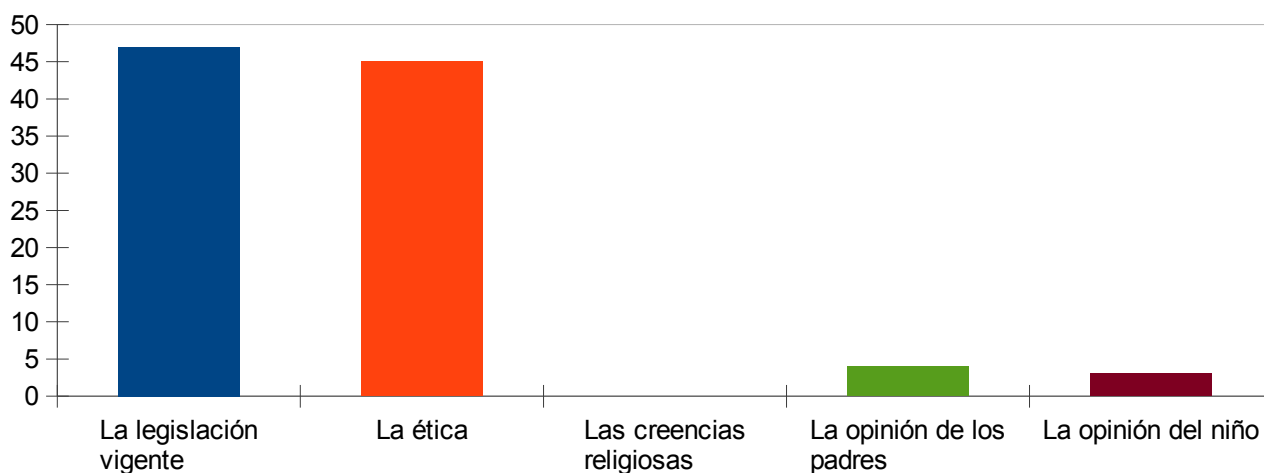
5.1.4.1 Respecto a la definición de lo que es mejor para el menor (Item 13):

- 30 (30,30%) afirman que es lo que harían si fuese su hijo.
- 26 (26,26%) lo que más se ajustase a las creencias y ética familiar del niño.
- 1 (1,01%) lo que considerasen sus padres.
- 42 (42,42%) ninguna de las anteriores.



5.1.4.2 El aspecto más importante para establecer el interés legítimo del menor (ítem 14):

- La legislación vigente en 47 (47,47%)
- La ética en 45 (45,45%)
- La opinión de los padres en 4 (4,04%)
- La opinión del niño en 3 (3,03%)

**5.1.4.3 Ante un conflicto en el que la decisión de los padres perjudica al menor (ítem 15):**

- 60 (60,60%) lo comunicarían al juez de guardia.
- 27 (27,27%) lo comunicarían al fiscal de menores.
- 12 (12,12%) otros.
- Ninguno se callaría para no complicarse la vida.

5.1.4.4 El papel que juega la ética en las decisiones habituales (ítem 16)

- Obtuvo una puntuación media de 7,75 puntos al ser valorado de 0 a 10.

5.1.4.5 Derecho más valorado por los médicos. Ítem 17.

- Derecho a la salud biológica (integral) con 9,71 puntos sobre 10.
- Derecho a una buena nutrición con 9,70.
- Derecho a la libertad con 6,53 puntos fue el menos valorado.

5.1.4.6 La respuesta a los ítems 18 a 23 aparece reflejada en la siguiente tabla:

Item	Si	No	Depende	No claro
18 Retirada tratamiento en niño con enfermedad grave por calidad de vida	23 (23,23%)	41 (41,41%)	-	35 (35,35%)
19 R. Mental. Derecho a Relaciones Sexuales	47 (47,47%)	0 (0%)	41 (41,41%)	11 (11,11%)
20 R. Mental. Derecho a Casarse	50 (50,50%)	4 (4,04%)	35 (35,35%)	10 (10,10%)
21 R. Mental. Derecho a Procrear	27 (27,27%)	15 (15,15%)	36 (36,36%)	21 (21,21%)
22 Discapacidad grave. No merece vivir	10 (10,10%)	66 (66,66%)	-	23 (23,23%)
23 Padres se equivocan. Médico obligación de intervenir	79 (79,79%)	2 (2,02%)	-	18 (18,18%)

5.1.4.7 Derivación al hospital por necesidades sociales. Item 24 .

- La puntuación media obtenida fue de 5,79 puntos sobre 10.

5.1.4.8 Causa de la derivación al hospital. Item 25.

- Contestan 58 (58,58%) por múltiples factores.

5.1.4.9 Valoración papel toma de decisiones niños maduros influenciados por padres. Item 26.

- Recibe una puntuación media de 6,29 puntos sobre 10.

5.1.4.10 Posibilidad de ejercicio profesional respetando el derecho a la información. Item 27.

- Se valora con 8,26 puntos sobre 10.

5.1.4.11 ¿A quién se suele informar principalmente. Item 28

- 12 (12,12%) al niño mayor de 12 años.
- 15 (15,15%) sólo a la madre.
- 1 (1,01%) sólo al padre.
- 71 (71,71%) a cualquiera de ellos incluyendo los abuelos.

5.1.4.12 Puntúe el acceso igualitario a la salud en su práctica profesional. Item 29

- Es puntuado de media con 7,97 puntos sobre 10.

5.1.4.13 Puede prestar atención amigable centrada en derechos y necesidades del niño. Item 30

- Es valorada con 7,77 puntos sobre 10.

5.1.4.14 Sobre si se suele implicar al menor maduro en las decisiones clínicas. Item 31

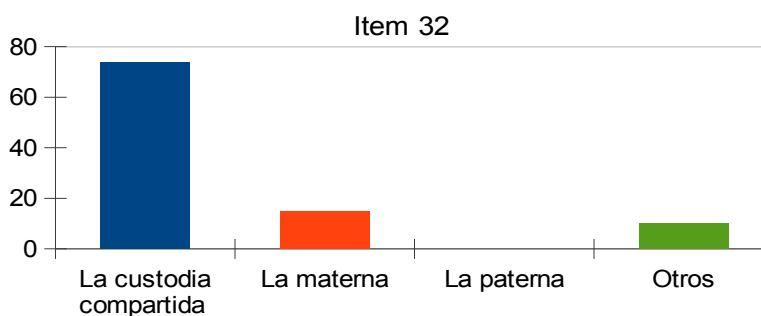
- Consideran que sí en 88 casos (88,88%) y que no en 11 (11,11%).

5.1.5 Análisis de opiniones sobre custodia monoparental y compartida (Items 32-39).**5.1.5.1 Qué custodia considera mejor para el niño en el divorcio. Item 32.**

- 74 casos (74,74%) la compartida.
- 15 (15,15%) materna.
- 0 (0%) paterna.
- 10 (10%) otros.

5.1.5.2 Qué opción considera mejor para el menor en caso de custodia compartida. Item 33.

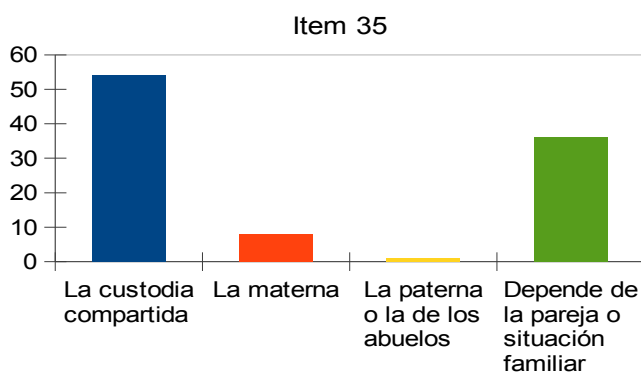
- Que ambos padres convivan con otra persona, preferido por 56 encuestados (56,56%).

**5.1.5.3 Niño 12 años custodia compartida y enfermedad grave, ¿a quien informaría?. Item 34.**

- 4 (4,04%) a la madre
- 92 (92,92%) de forma conjunta al padre y a la madre
- 3 (3,03%) primero al niño
- 0 (0%) al padre

5.1.5.4 Qué preferiría a nivel personal ante ruptura con hijos menores. Item 35.

- 54 (54,54%) la custodia compartida.
- 8 (8,08%) la materna.
- 1 (1,01%) la paterna o abuelos.
- 36(36,36%) depende de pareja o situación familiar.

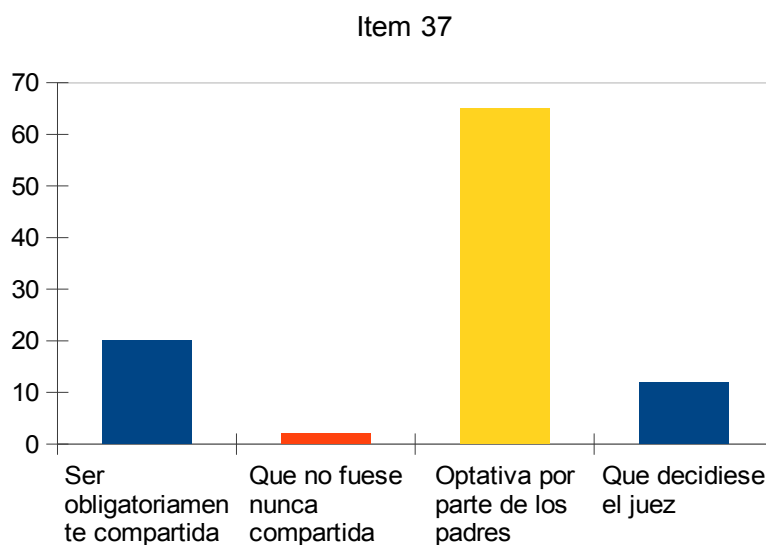


5.1.5.5 ¿Cómo considera la legislación vigente en la ruptura matrimonial?. Item 36.

- 24 (24,24%) la consideran injusta por favorecer a la madre.
- 0 (0%) la consideran injusta por favorecer al padre.
- 13 (13,13%) la consideran adecuada.
- 62 (62,62%) consideran debería ser consensuada por mediador o legalmente.

5.1.5.6 Cómo debería regularse la custodia de los hijos en la ruptura matrimonial. Item 37.

- 20 (20,20%) que debería ser obligatoriamente compartida.
- 2 (2,02%) que no fuese nunca compartida.
- 65 (65,65%) optativa por parte de los padres.
- 12 (12,12%) que decidiese el juez.



5.1.5.7 Conflictos éticos más frecuentes en niños de padres divorciados. Item 38.

Los tres problemas más importantes:

- (4,76 sobre 10) acusaciones mutuas de abuso/maltrato tras fin de semana.
- (4,75 sobre 10) problemas de confidencialidad.
- (4,64 sobre 10) exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas.

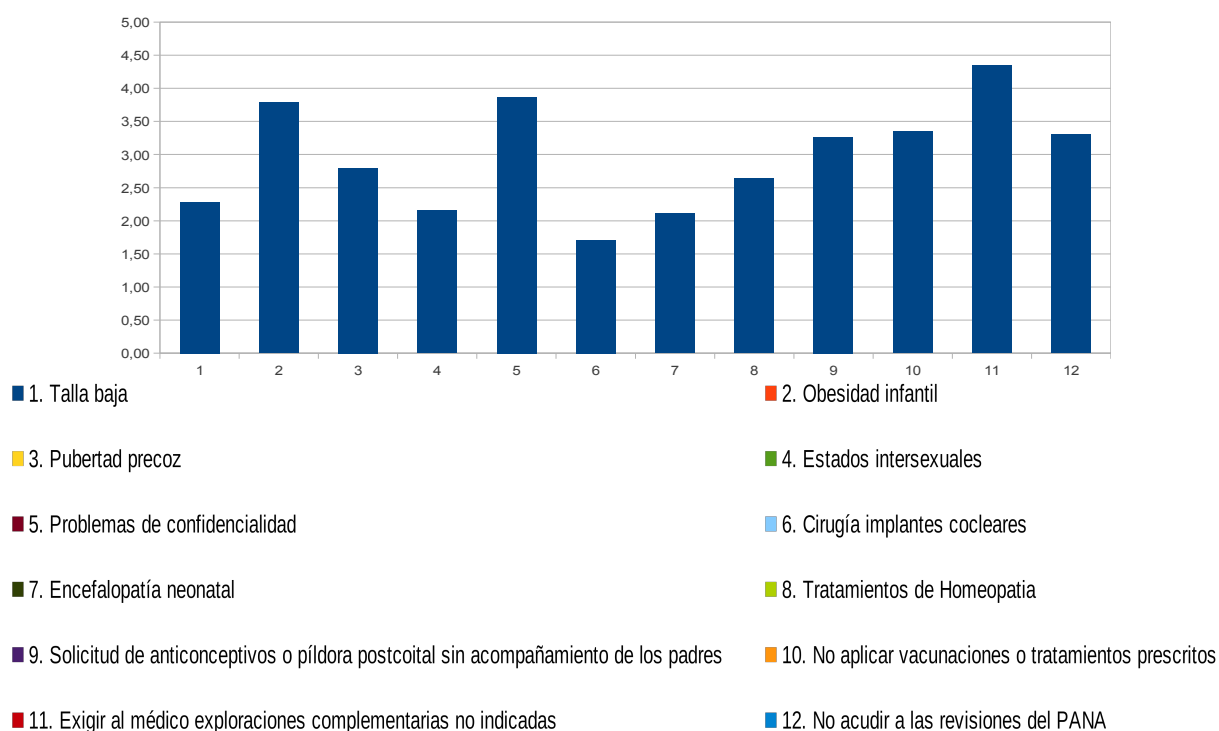
Tabla 2-ítem 38

Num.	Pregunta	Puntuación
9	Acusaciones mutuas de abuso/maltrato tras fin de semana	4,76
5	Problemas de confidencialidad	4,75
12	Exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas	4,64
2	Obesidad Infantil	3,78
13	No acudir a las revisiones del PANA	3,65
11	No aplicar vacunaciones o tratamientos prescritos	3,44
10	Solicitud anticonceptivos o píldora postcoital sin acompañamiento de padres	3,16
8	Tratamientos de Homeopatía	2,79
3	Pubertad precoz	2,37
1	Talla baja	2,31
7	Encefalopatía neonatal	1,99
4	Estados intersexuales	1,96
6	Cirugía implantes cocleares	1,68

5.1.5.8 Conflictos éticos más frecuentes en niños en general. Ítem 39.

Los tres problemas más importantes:

1. (4,34 sobre 10) exigir al facultativo pruebas complementarias agresivas.
2. (3,87 sobre 10) Problemas de confidencialidad.
3. (3,79 sobre 10) obesidad infantil.



5.1.6 Resumen de las opiniones de los médicos.

Sintetizamos e interpretamos las opiniones más relevantes de los médicos, sobre su atención a niños en general e hijos de padres divorciados con especial atención a los de custodia compartida:

1. La mayor parte de los médicos que intervienen en la atención a menores indican que los **criterios elegidos para determinar “lo que es mejor para el menor” (ítem 13 y 14) serían:** La legislación vigente (47,47%), la ética (45,45%), lo que harían si fuese su hijo (40%), las creencias y ética familiar del niño (26,26%) y **no toman en cuenta la opinión del niño o la de los padres .**
2. **Sobre como actuarían ante un conflicto en el que la decisión de los padres perjudica al menor (ítem 15),** Un 60% indican que lo comunicarían al juez de guardia, un 27,27% al fiscal de menores y un 0.00% se inhibiría y no iniciaría ninguna actuación para no complicarse la vida, lo que **resalta el compromiso ético de los médicos del SMS.**
3. **La importancia que otorgan los médicos a la cuestión ética en la toma de decisiones es elevada (ítem 16)** pues obtuvo una puntuación media de 7,75 puntos al ser valorado de 0 a 10.
4. **Sobre la “importancia de los distintos derechos del niño” (ítem 17),** la mayoría de los encuestados señalan **el derecho a una buena nutrición con 9.71 puntos sobre 10, seguido del derecho a la salud biológica o integral 9.70 puntos, como los más valorados** entre los distintos derechos del niño.
5. La mayoría de los encuestados, 79,79% expresan que ellos **intervendrían en nombre del menor** si piensan que el padre toma una decisión equivocada (ítem 23). **Manifestando estar muy implicados en la defensa del mejor interés del menor.**
6. Asignan una puntuación elevada de 8,26 puntos sobre 10, a la **posibilidad de ejercer en su consulta el derecho a la información,** durante el examen clínico, diagnóstico y el tratamiento (ítem 27).
7. **Sobre a quién informan habitualmente (ítem 28),** señalan el 71,71% que a cualquiera entre padre, madre o abuelos. El 1% contesta que solo al padre, y sin embargo un 15% que solo a la madre. Esto nos indica que **se le otorga mayor protagonismo cultural y social a la madre que al padre, en el cuidado de la salud de los hijos.**
8. **Sobre el tipo de custodia (compartida o materna) que consideran mejor para el niño en caso de separación de los padres (ítem 32),** un 74,74% opina que es mejor la custodia

- compartida**, frente a un 15,15% que señala la materna y un 10,10% otro tipo (ningún encuestado elige la custodia paterna).
9. **Sobre la opción que consideran mejor para el menor en la custodia compartida (ítem 33)**, la mayoría señala, **“que ambos padres convivan con otra persona en un 56,56%”**.
 10. **En el caso de un niño de 12 años de edad con custodia compartida en el que apareciese una enfermedad grave (ítem 34)** preferirían informar al padre o a la madre en un 92,92%, antes que al menor. **Indica que no asumen el concepto de menor maduro y el derecho a informarle.**
 11. Sobre qué preferirían a nivel personal si su matrimonio se rompe teniendo hijos menores (ítem 35), señalan: **la custodia compartida (54,54%)**, frente a un 8,% la materna. Es de destacar también la opción de “depende de la pareja o situación familiar” con un 36,36%.
 12. Respecto a cómo se considera la legislación vigente en caso de ruptura matrimonial (ítem 36), **solo un 13,13% la consideran adecuada**. El 24,24% la consideran injusta por favorecer a la madre y **la gran mayoría (62,62%) consideran que debería ser consensuada por un mediador o legalmente.**
 13. Sobre cómo cree que debería regularse la custodia de los hijos menores en caso de ruptura matrimonial (ítem 37), la mayoría, 65,65%, prefieren que sea optativa por parte de los padres.
 14. Cuando se les solicita (ítem 38), que ordenen por orden de frecuencia **los conflictos éticos que se presentan en la práctica profesional relacionada con niños cuyos padres están divorciados** independientemente del tipo de custodia, los **tres problemas más importantes que refieren son: las acusaciones mutuas de abuso/maltrato tras fin de semana, los problemas de confidencialidad y exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas.**
 15. Cuando se les realiza la misma pregunta pero **en niños en general (ítem 39)**, señalan en este orden: **Exigir al médico exploraciones complementarias no indicadas. Problemas de confidencialidad y obesidad infantil.**

5.2 Experiencia personal en dilemas éticos. Casos clínicos

En este apartado describiré, **utilizando el método citado en la introducción de la Tesis²²⁷**, una relación de algunos de los conflictos éticos más significativos seleccionados de mi práctica pediátrica en una consulta de atención primaria de un centro de salud urbano y en la puerta de

²²⁷ Ibid., 5

urgencias de un hospital comarcal, con el fin de ofrecer soluciones satisfactorias para todas las partes en conflicto:

5.2.1 Conflicto en lactante con padres divorciados con custodia compartida.

Descripción del escenario;

Acude una madre de 30 años con su hija de 9 meses durante el mes de agosto del 2013, viene desplazada de Madrid. Se le había atendido en mi consulta en 2 ocasiones por un proceso de GEA²²⁸ habiéndole recomendado en la primera visita que dejase a su hija solo con LME²²⁹ durante varios días. En la 2ª consulta viene alagando mi “trato esmerado” según ella, y me comenta que es hija de una compañera medico, que se ha separado de su marido y padre de su hija de 9 meses que vive en Madrid y que sufre de una enfermedad mental. Le presiona para que le suspenda la LME a la niña y así poder disfrutar de la custodia compartida conviviendo cada progenitor el mismo tiempo con la niña.

Le aconsejo que le plantee el problema a su pediatra habitual de Madrid pero me contesta que el pediatra le ha aconsejado que le suspenda el pecho y le ponga lactancia artificial y ella no está de acuerdo con su consejo. Al mes acude la abuela materna (médico de familia que trabaja en el SMS)²³⁰ entregandome algunos artículos sobre la lactancia materna y solicitándome un certificado de apoyo a la Lactancia materna dirigido al juez de familia para convencerlo de que dictamine a favor del mantenimiento de dicha Lactancia incluso más allá de los 2 años de vida de la niña y que adapte el régimen de tenencia y visitas del padre para que no interfiera con el hecho de poder darle pecho la madre.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Esta dando lactancia a la niña y no quiere suspenderla aduciendo que es por el mejor interés de su hija aunque puede existir la sospecha que emplee esto para negarle el contacto con el padre.
- **Padre:** Esta separado desde el nacimiento de la niña y esta sufriendo mucho porque no puede ver a su hija al estar con LME y no poder separarse de la madre nada mas que unas horas. No considera importante la lactancia materna para su hija y piensa que su exmujer está empleando esta situación para hacerle daño.
- **Abuela materna:** Esta viendo como su hija y su nieta están sufriendo por la mala relación

²²⁸ Gastroenteritis aguda.

²²⁹ Lactancia materna exclusiva.

²³⁰ Servicio Murciano de Salud

que ambas tienen con el padre pues el proceso de separación se ha judicializado y posiblemente tenga interés en que la madre sea la que tenga la custodia por lo que se ha informado sobre la lactancia materna y quiere ayudar a su hija y nieta.

- **Pediatra responsable de la niña:** No está muy convencido de la bondad de la lactancia materna de forma prolongada hasta los 2 años y no tiene inconveniente en que la madre se la suspenda para que se resuelva el conflicto con el padre, por lo que no está de acuerdo con la opinión de la madre.
- **Pediatra elegido por la madre:** Está muy convencido de la bondad de la lactancia materna de forma prolongada por lo que la madre y la abuela quieren pedirle ayuda para convencer al juez de que adapte la custodia del padre a la situación de la niña. Está dispuesto a informarse sobre el tema y al consultarlo descubre que hay indicaciones expresas sobre el tema del grupo de lactancia de la AEP.
- **Juez:** Tiene que dictar sentencia sobre la pertinencia o no de la custodia compartida y dilucidarlo asesorándose con la ayuda del peritaje de psicólogos, pediatras y asistentes sociales para poder tomar la decisión que mejor pueda ayudar al interés del niño.
- **Niña:** Tiene 9 meses, sin capacidad de decisión y está expuesta a las consecuencias de las posibles decisiones erróneas de los demás agentes.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Tanto el pediatra responsable de la niña como el elegido de forma transitoria por la madre tendrán que intentar descubrir cual es “*el mejor interés del menor*” asesorándose con publicaciones, protocolos y consultando recomendaciones de comités específicos, para defender al menor ante los padres, asesorando al mismo tiempo a los jueces o fiscales del menor. En este caso y tras consultar las recomendaciones del grupo de expertos sobre la lactancia materna de la AEP nos atendremos a sus conclusiones.²³¹

Explicación a los padres e intentar el consenso con mediación.

Ante las evidencias encontradas se tratara de actuar como mediador entre los padres para convencerlos de lo más adecuado para su hijo. Si no lo consigue, proteger el interés del menor:

Poniéndolo en conocimiento del fiscal de menores que es el encargado de ejercer la defensa del menor. Hacer **escritos aconsejando al Juez lo más adecuado** para el menor en el caso de que el proceso ya este judicializado.

²³¹ Ver apartado 4.2.7. de esta tesis sobre conflictos en la lactancia materna.

5.2.2 Niño con necesidades especiales y perdida brusca del progenitor que le cuida.

Descripción del escenario;

Son las 1:00 de la madrugada de un día de guardia de pediatría en una puerta de urgencias de un hospital comarcal. Acude un niño de 6 años porque la madre se ha caído desde un 2º piso teniendo en brazos a su hermano pequeño de 2 años de edad. El niño ha muerto aplastado en el acto y la madre con politraumatismo muy grave ingresa en la UCI del hospital de referencia. El niño de 6 años hacía un mes que había sufrido su primer cuadro **diabético** tratado con insulina y desde entonces le cuidaba su madre. **Los padres estan divorciados** y lo trae el 061 para valorar, porque la madre era la encargada de cuidarlo, administrándole la insulina subcutánea según controles tras un periodo de formación por parte del equipo de endocrinología infantil. El niño estaba durmiendo mientras había ocurrido todo. Como antecedentes además de la Diabetes Tipo I destaca que **es celiaco desde los 6 meses de edad** con seguimiento en Barcelona por un pediatra privado. **Intolerante a la lactosa**, come todavía en puré (6 años). **Retraso en el desarrollo del lenguaje** con seguimiento en el CSM Infantojuvenil desde Noviembre del 2011, por clínica compatible con **Trastorno Generalizado del Desarrollo sin especificación**, sin precisar tratamiento farmacológico. Vacunas sistemáticas no regladas pues los padres no le han puesto las dosis de los 6 años porque piensan que las intolerancias digestivas eran consecuencia de las primeras vacunas que le pusieron.

La exploración física es normal y ante la sospecha de haber recibido algún daño por parte de la madre, se le hace una analítica básica donde destaca una glucemia de 82 mg% y tras ingesta de zumo, 95 mg%.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Está ingresada con extrema gravedad en la UCI por sospecha de autolisis siendo la única cuidadora del niño por lo que lo traen al quedarse sin el cuidado materno especializado. **Un hermano de 2 años** ha muerto supuestamente aplastado por el cuerpo de la madre al caer desde un 2º piso.
- **Padre:** Esta divorciado y vive en otro domicilio y se presenta a la hora de ingresar el niño.
- **Pediatra:** Se le plantea **hacer un ingreso `por causa social** que se desestima, por no haber servicio de pediatría, falta de entrenamiento del personal de enfermería en el cuidado de niños diabéticos y no tener el médico experiencia en esta patología, muy infrecuente en atención primaria.
- **Niño:** Se encuentra clínica y analíticamente bien, pero su enfermedad requiere cuidados especializados.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Se investiga “*el mejor interés del menor*” planteándose la necesidad de su traslado a una unidad especializada hasta que se haga cargo de una forma efectiva la familia.

Explicación a los padres e intentar el consenso con mediación.

Al poco tiempo aparece el padre al que se le plantea la falta de cuidador y se le ofrece trasladar a su hijo a la unidad de endocrino, decidiendo quedarse el niño en su domicilio, asegurando que está preparado y formado por la unidad de diabetes para cuidar a su hijo diabético aunque falte la madre.

No es necesario ponerlo en conocimiento del fiscal de menores por no apreciarse desamparo aunque la situación que ha sufrido el menor es muy grave y traumática. Se informa al día siguiente a los Servicios sociales para que hagan un seguimiento del niño.

5.2.3 Entrometimiento familiar en la consulta del pediatra**Descripción del escenario;**

Hay veces en que determinados grupos culturales o étnicos tienen la costumbre de no cumplir las normas habituales para la asistencia en la consulta de los pediatras, caracterizándose porque no piden cita para ser asistidos en la consulta acudiendo reiteradamente de forma urgente por trastornos banales del niño e incluso venir sin cita una vez acabada la consulta del médico. Este comportamiento suele ser más frecuente en familias de etnia gitana aunque también se puede dar en otros grupos familiares. A la hora de entrar en la consulta suelen venir varios adultos: padre, madre y varios niños. Que interfieren en la asistencia del menor que necesita nuestra ayuda medica.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Suelen estar muy anuladas por la matriarca (una de las abuelas) que es la que decide.
- **Pediatra:** Se suele encontrar muy agobiado porque no le dejan trabajar tranquilo, ponen en duda sus decisiones y tratamientos, los niños están continuamente tocando todo el aparataje de la consulta: peso, tallímetro, libros, muestras. En ocasiones todavía no ha terminado de solucionar lo que le han pedido cuando ya le están exigiendo otra tarea.
- **Niño:** Se puede perjudicar por el malestar del pediatra por la presión familiar que influye a la hora de tratarlo con efectividad.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Se investiga “*el mejor interés del menor*” planteándose la ordenación de la asistencia sanitaria, no dejando entrar en la consulta nada mas que a la madre y en su caso el padre siempre y cuando se mantenga al cuidado del resto de hermanos.

Explicación a los padres e intentar el consenso con mediación.

Como suelen venir sin cita a mitad de la consulta y si se les contraría se ponen agresivos el pediatra decide ponerse en contacto con el guardia de seguridad para que se mantenga fuera de la consulta con la puerta abierta y expectante por si aprecia alguna amenaza al medico mientras el medico informa a la familia de las normas que deben de cumplir si desean permanecer con este pediatra.

No es necesario ponerlo en conocimiento de la autoridad salvo que los padres rechacen la regulación en la forma de ser atendidos por el profesional sanitario y se pongan violentos, pudiendo agredirlo, amenazandole o insultándolo.

5.2.4 Padres con problemas de comunicación con el pediatra por hablar otro idioma.**Descripción del escenario;**

Hay veces en que acuden padres con sus hijos y son emigrantes de países como China, Ucrania, Países árabes. Al hablar otros idiomas tienen dificultades para comunicarse con el médico y entender los tratamientos que les pone, por lo que el niño se perjudica a la hora de hacerle un seguimiento de enfermedades crónicas o revisiones.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Suelen aprender el idioma mucho mas tarde que los padres y que los hijos pequeños por lo que les cuesta mucho trabajo comunicarse con el médico y a veces lo hacen con la ayuda de los mismo niños que acuden a la consulta.
- **Pediatra:** Se encuentra con el conflicto de que no puede hacerse entender para realizarle la anamnesis y explicar las ordenes del tratamiento a los padres, por lo que se estresa bastante .
- **Niño:** Se puede perjudicar por las consecuencias de la incomunicación entre los padres y el medico a la hora del diagnostico de su enfermedad, por aplicar mal los padres los tratamientos del medico y las dificultades que tienen para realizarles el seguimiento de los controles del programa de atención al niño sano o de otra patologías crónicas como obesidad, asma, diabetes etc.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Se investiga “*el mejor interés del menor*” planteándose la ordenación de su asistencia sanitaria, debiendo acudir con interpretes de la misma familia, de asociaciones o vecinos que les entiendan.

Explicación a los padres e intentar el consenso con mediación.

Como no se puede entender el médico con los padres es necesario que vengan acompañados con interpretes o emplear el teléfono poniendo se en contacto con otras personas para poder comunicarse con los padres.

Hay veces que **por el bien del menor el médico debe ponerse en contacto con los servicios sociales** para que estos medien con las asociaciones de emigrantes y que puedan organizarse y solucionar estos conflictos que aparecen en su consulta por mala comunicación.

5.2.5 Conflictos a la hora de compartir la custodia de los hijos con los abuelos.**Descripción del escenario:**

Es el caso de 2 familias, con 1 pareja de niños cada una de distinto sexo, y uno de los progenitores de estas familias son hijos de los mismos abuelos.

Las 2 madres de los niños me comunican que la relación de sus hijos con el abuelo era excelente hasta que se murió la abuela y el abuelo al quedar viudo se caso con otra Sra. Desde ese momento, siempre según las madres y cónyuges, el abuelo les propuso que renunciasen a la parte de la herencia materna en beneficio de la nueva abuela, a lo que se negaron ellas argumentando el prejuicio que ello ocasionaría a los nietos. El abuelo les contestó que si no renunciaban a esta parte de la herencia, utilizando el derecho que tiene de poder ver a sus nietos, les coaccionaría y les haría la vida imposible a ellas y a los niños hasta que cediesen en su aptitud de no renunciar a la parte de la herencia de la abuela que había fallecido.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madres:** Un progenitor de cada familia son hijos del mismo padre y han formado su familia, cada uno tiene una pareja de niños (varón y hembra) y una de las 2 familias ha sufrido un divorcio. Se encuentra muy preocupados porque los niños cuando se los lleva el abuelo, que les esta coaccionando para que renuncien a la herencia que les corresponde, lo pasan muy mal por el trato que le dan a sus hijos, el abuelo y la madrastra. Los 4 niños han tenido que acudir a psicólogos y psiquiatras y se les ha puesto tratamientos de homeopatía y fitoterapia para los trastornos psicossomáticos que presentan como consecuencia de la situación de conflicto entre sus padres y el abuelo.

- **Padres:** Los padres de los niños los tratan muy bien según las madres, aunque no son sus hijos biológicos.
- **Abuelo materno:** No tenemos información por su parte, nada mas que la que nos han proporcionado las partes contrarias, pero sabemos que el tema esta en manos del tribunal de familia quien ha regulado las custodias y las visitas que corresponden a los abuelos y a los padres de los niños.
- **Abuela política materna:** Se casó con el abuelo tras enviudar este y las madres de los niños dicen que los 2 abuelos no tratan muy bien a sus hijos cuando se los llevan los fines de semana que le corresponden por decisión judicial.
- **Pediatra responsable de los niños:** Deberá valorar si los menores están siendo dañados por esta mala relación familiar entre abuelos maternos y sus padres, intentar la mediación entre las 2 partes, si detecta algún tipo de trastornos en los niños que afecte al interés de los menores con el fin de que los niños no sean instrumentalizados por los intereses del resto de familiares. Si no lo consigue deberá de informar al fiscal de menores para que defienda el mejor interés de los menores.
- **Juez:** Deberá de regular los tiempos de visitas de los niños y, tras comprobar la certeza de las declaraciones de los padres de los niños, tomar medidas al respecto para defender también el mejor interés de los menores, asesorándose a través de los peritajes de psicólogos, pediatras y asistentes sociales.
- **Niños:** Son 4 niños (2 varones y 2 hembras) sin capacidad de decisión y expuestos a las consecuencias de la mala relación entre los padres y los abuelos por tener intereses económicos contrapuestos.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Tanto el pediatra, como los psicólogos y el fiscal de menores tendrán que intentar descubrir cual es “*el mejor interés del menor*” para poder asesorar al juez a la hora de tomar sus decisiones.

El pediatra deberá intentar la mediación entre las 2 partes:

Si detecta algún tipo de trastornos en los niños que afecte a los menores deberá actuar de mediador entre las partes para que los niños no sean instrumentalizados en pro de los intereses del resto de familiares.

Informar al Fiscal de menores:

Si no lo consigue la mediación entre las partes en conflicto deberá de informar al fiscal de menores para que defienda el mejor interés de los menores.

5.2.6 Conflicto familiar que desencadena trastornos psicosomáticos en los niños.**Descripción del escenario:**

Acude la madre de urgencias a la consulta del pediatra, muy angustiada con su hijo de 11 años, porque presenta dolor localizado en hemitorax derecho, desde hace unos días, de forma esporádico, sin irradiación ni acompañarse de palpitaciones o sensación de ahogo, afebril, no tos ni síntomas catarrales. Presenta también trastornos gástricos con pirosis y meteorismo. Cuando le ve el pediatra en ese momento no tiene dolor. Como antecedentes personales presenta episodios de astenia acompañada de tristeza desde el 2012. La madre se recupero hace unos años de un cancer de mama y el hermano mayor de 20 años de un linfoma. Son 5 hermanos (4 varones y una mujer) todos adolescentes. La exploración física del niño es normal y no es necesario realizarle exploraciones complementarias.

Al preguntar al niño sobre conflictos en el colegio con los compañeros, maestros o en la familia, no refiere ninguno pero al insistir a la madre dice estar pasando una crisis familiar porque los adolescentes tienen un comportamiento inadecuado, muy desafiante, típico de esta edad y el padre todavía no ha podido asumir la relación con ellos y según la madre es algo intransigente. El niño ha empezado con todos estos síntomas después de que empezaron las discusiones familiares siendo bastante frecuentes.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Está muy angustiada por si el niño tuviese alguna enfermedad importante después de su experiencia personal con el cancer y la del hijo mayor. Se siente culpable por no haber sabido transmitir a sus hijos mayores unos valores adecuados para que respeten al padre y por otro lado al padre lo ve muy intransigente y poco conciliador en el trato con los adolescentes y rechaza sus consejos para cambiar de comportamiento, estando convencido de que él, es el único que tiene razón y al que se le debe de obedecer.
- **Padre:** Es un profesional altamente cualificado, tiene un negocio desde hace más de 20 años que le ha costado mucho esfuerzo levantarlo y con el que mantiene a su numerosa prole. Debido a la crisis de los últimos años le han bajado mucho los ingresos y está sometido a mucho estrés en el trabajo. No entiende a los adolescentes pues no le hacen caso en sus consejos y ve el futuro para ellos muy mal. Esta situación hace que en la difícil relación con

los adolescentes pierda la paciencia y los trate de forma intransigente y poco conciliadora, pero a pesar de que quiere mucho a sus hijos y esposa, cree que tiene toda la razón para exigirles. A la madre la ve muy débil y que no le apoya en la educación de los hijos.

- **Niño:** Esta muy asustado por las frecuentes discusiones familiares porque tiene miedo de lo que pueda pasar con los hermanos y los padres. Tiene esas molestias y esta preocupado por si le pasa lo mismo que al hermano mayor.
- **Pediatra responsable del niño:** Es consciente de que la situación conflictiva y la relación del padre y la madre con los hijos está afectando la salud del niño que acude a pedirle ayuda.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

Deberá valorar si los trastornos del menor son causa del conflicto familiar y aunque requiere un cierto conocimiento psicológico y de la dinámica familiar intentará solucionar el conflicto

El pediatra deberá intentar la mediación entre las 2 partes:

Si detecta que el conflicto familiar esta afectando al niño tratará de mediar entre el padre , madre e hijos y ofrecerles ayuda psicológica que pueda ayudar a solucionar este conflicto.

Informar al Fiscal de menores:

No es necesario llegar a eta situación pues se piensa que es suficiente la ayuda psicológica o psiquiátrica a la familia.

5.2.7 Niña de 5 años con custodia materna tras separación amistosa de pareja de hecho.

Descripción del escenario:

Se trata de una niña de 5 años, la madre y el padre tienen 27 años y vivieron como pareja de hecho 3 años acordando amistosamente, sin llegar a judicializarse el caso, que la custodia la tuviese la madre y el padre pasase la pensión de alimentos con derecho a visitas con la frecuencia habitual (fines de semana alternos, un día a la semana y la mitad de los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa). La madre y la niña viven en el domicilio de los abuelos maternos que se han hecho responsables de apoyarlos. Los abuelos paternos colaboran bastante bien en el cuidado de la niña teniendo buenas relaciones con la otra familia y apoyando al padre tanto física como psíquicamente. La niña desde los 2 años presenta problemas graves de rechazo de la comida y aptitudes de excesivo apegamiento con la madre y desde los 3 años un estrabismo por “*ojo vago*” negandose de forma terca al tratamiento de oclusión ocular.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** Cuenta que estuvo viviendo con el padre de su hija durante 3 años y estuvieron a punto de casarse pero al ser muy difícil la convivencia con el por sus problemas psicológicos decidió separarse y vivir con sus padres que le apoyan mucho económicamente y psíquicamente aunque tiene algún problema de convivencia con la madre. Tiene la custodia de su hija disponiendo de unos mínimos ingresos (trabajo a tiempo parcial) además de la pensión que le pasa el padre de la niña. Se le hace muy duro el cuidado de la niña a pesar de ayudarles bastante sus padres. Ha pensado en muchas ocasiones en la custodia compartida pero la situación con la niña, tras la separación es llevadera, ha sido de forma amistosa y al padre no lo ve preparado (pues padece de trastornos psicológicos), para cuidar de su hija de forma permanente como exige la custodia compartida. Ha intentado estudiar para conseguir un trabajo mejor pero no ha conseguido centrarse en el estudio. La relación con el abuelo materno es muy buena pero hay ciertas tensiones con la abuela por las tareas domésticas. Lo pasa muy mal a la hora de la comida pues pierde la paciencia por la situación de rechazo de la niña. Le ha aplicado las técnicas y consejos del pediatra, pero en varias ocasiones ha aguantado sin comer hasta 2 días rechazando la comida, por lo que están valorando llevarla a un psicólogo. El padre y los abuelos paternos cuando se la llevan le dan de comer muchas veces lo que más le gusta aunque no sea lo más adecuado para ella y la madre piensa que así no hay manera de conseguir nada con la niña ya que es muy inteligente y manipuladora, con un lenguaje y conversación muy avanzado para su edad y a veces consigue engañar a los mayores. Cuando le diagnosticaron el estrabismo por “ojo vago” el primer año, con muchas tensiones, se conseguía que aguantase algunas horas con los parches pero desde hace 1 año y a pesar de que le ha dicho el abuelo y el pediatra que se los ponga, tanto el padre como la madre han desistido de hacerlo por el carácter tan fuerte que tiene la niña y las reacciones tan intensas de rechazo y oposición a ponerse los parches oculares.
- **Padre:** Tiene problemas psicológicos y la madre de la niña le abandono por no ser capaz de cubrir las expectativas como esposo y padre que tenía de él. Cuando era un niño de 11 años sus padres también se separaron y además de otros trastornos no ha sido capaz de superar esta situación y madurar como adulto.
- **Niña:** Se encuentra en una situación de sufrimiento porque los padres se han separado hace 2 años y tiene miedo y obsesión porque su madre le abandone. Tiene comportamientos relacionados con un excesivo apego materno y se obsesiona con ser el centro de atención empleando la comida para ello por lo que le afecta a su comportamiento alimentario negándose a comer, si no se la dan como a un niño pequeño, en la mayoría de ocasiones.

- **Pediatra responsable del niño:** Deberá identificar los conflictos que se producen en la asistencia a esta niña en el entorno de la separación de los padres y ayudar a la niña solicitando sea atendida por los psicólogos tanto la niña como los padres.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

El interés del menor en este caso es que la niña pueda llegar a tener un comportamiento alimentario normal para que tenga una nutrición variada y equilibrada. También deberá ponerse los parches de forma regular y según las indicaciones del oftalmólogo para que se le pueda solucionar desde esta temprana edad el estrabismo por *el “ojo vago”*.

El pediatra deberá intentar la mediación entre las dos partes:

Tratará de mediar entre el padre y la madre, tras consultar al oftalmólogo, para poder solucionar los problemas que tiene la niña derivados de su comportamiento alimentario y el rechazo al tratamiento del problema ocular.

Informar al Fiscal de menores: No es necesario llegar a esta situación pues se considera que es suficiente la ayuda psicológica o psiquiátrica a la familia.

5.2.8 Niño de 1 mes afectado por ansiedad materna extrema por síndrome postaborto

Descripción del escenario: Acude a urgencias una madre de 26 años con su hijo de 48 días de edad que consulta por vómitos.

- **ANTECEDENTES:** **Madre:** 26 años, sana. GAV: 2:1:1. **Padre:** 27 años, HTA. **Embarazo** controlado de curso normal. **Parto** hospitalario, a término de 38 semanas de gestación. **Periodo neonatal:** sin incidencias. Peso al nacimiento: 3300 gramos. Screening de potenciales evocados auditivos normal. Screening metabólico normal. **Alimentación:** Lactancia materna exclusiva desde el nacimiento sin intolerancias. **Desarrollo psicomotor** adecuado a su edad. No **vacunas** por la edad. Ha engordado en 36 días 2.400grs²³².
- **ENFERMEDAD ACTUAL:** Acude por vómitos después de todas las tomas, desde hace unas 2 semanas, siendo abundantes y proyectivos, alimentado desde el nacimiento con LME²³³, no ha tenido diarrea ni fiebre. En la última semana ha hecho suficiente peso a pesar de los vómitos (180grs.) pues ha pasado de 5.700 grs a 5.880 grs. Hace 2 días fue a su pediatra y le dijo que los vómitos eran por meteorismo. Hace 12 días también acudió a urgencias infantil del H.G.U.V. Arrixaca con este mismo cuadro de vómitos, en nº de 2-3 al

²³² El incremento de peso de un lactante a esta edad, se considera normal de 150-250 grs. a la semana o 600-1000 grs. al mes.

²³³ LME: Lactancia Materna Exclusiva.

día, pero más pequeños. Ayer le empezó a dar, además del pecho, 2 biberones de 60 cc de leche y volvió a vomitar lo mismo que el resto de tomas de pecho. Aunque esta nauseoso se mantiene tranquilo. No presenta síntomas de cólico del lactante y la madre solo toma 2 vasos de leche al día.

- **EXPLORACION FÍSICA:** Peso 4.880 grs. Tª:36.7 °C. Buena coloración de piel y mucosas, excelente hidratación y nutrición. No dismorfias. Cráneo normoconfigurado. Cuello móvil, no adenopatías. Tórax normoconfigurado, no distres. Auscultación cardiaca rítmica sin soplos. Auscultación pulmonar con buena ventilación bilateral. Pulsos periféricos palpables y simétricos. Abdomen blando y depresible, pero muy abombado con gran timpanismo, no doloroso, no esplenomegalia, no hepatomegalia. Sistema nervioso, activo y reactivo, tono y fuerza conservados. Signos meníngeos negativos. Piel sin petequias ni otras lesiones. Locomotor sin alteraciones. ORL: Normal.
- **DIAGNÓSTICO:** Vómitos por sobrealimentación debido a ansiedad materna extrema.

Ubicación de los personajes en este escenario:

- **Madre:** La madre tuvo un aborto provocado a los 18 años por el supuesto de “daños psicológicos para la madre” pues no podía mantener el niño y junto con su pareja pensaron que lo mejor era abortar. Hace un año decidieron tener un nuevo hijo y desde entonces y más aún desde que nació el niño, se encuentra muy afectada y aunque no tiene creencias religiosas se siente muy culpable por la muerte que provoco a su primer hijo cuando tenía 18 años al abortarlo estando embarazada de 2 meses. Cuenta que tiene muy mala relación con su pareja, que su novio no le hace caso y no atiende al niño ni a ella. Viven juntos como pareja de hecho. Su padre le ha aconsejado que deje al novio y que se vaya a vivir con ellos, que le ayudarían en todo para que pueda seguir trabajando en la agricultura y cuidar a su hijo al mismo tiempo. Este sentimiento de culpa le hace estar obsesionada por si el niño se muere y no duerme ni vive tranquila desde que se quedo embarazada. Tras explicarle que su esfuerzo con la lactancia materna es muy efectivo, reconoce que está todo el día dándole el pecho a su hijo de 1 mes y desde hace 15 días el niño ha empezado con vómitos que aparecen a los pocos minutos de empezar la toma.
- **Padre:** Según cuenta la madre, no se preocupa en absoluto de ninguno de los dos por lo que no se siente querida. La madre viene sola a urgencias del hospital con el niño un domingo a las 9:30h de la mañana a pedir ayuda.
- **Niño:** Se encuentra aparentemente bien cuidado pero por el relato de la madre - muy difícil de recoger todos los datos de la anamnesis por ser la situación extremadamente delicada – el

niño parece estar siendo perjudicado por la ansiedad extrema que tiene la madre secundario a su sentimiento de culpabilidad.

- **Pediatra responsable del niño:** Deberá identificar los conflictos y el posible daño que se produce a este niño en el entorno de una relación conflictiva y una madre que puede tener un comportamiento perjudicial para el menor.

Establecimiento del “mejor interés para el menor:

El interés del menor en este caso es que la madre, que es evidente que quiere mucho a su hijo y desea su bien, pueda ser ayudada empleando gran empatía, cariño, respeto, comprensión y delicadeza por parte de los profesionales, y con todos los medios posibles que tenga la sociedad, a superar su sentimiento de culpabilidad por la pérdida de su primer hijo, más aun cuando ha sido planeada por la pareja buscando un bien mayor, algo que ha podido alterar el equilibrio de las relaciones futuras de la pareja, como evidencia la misma madre en este caso.

El pediatra deberá intentar ayudar a la madre, posible causa del daño del niño:

Este tema del aborto es muy delicado por la influencia de los valores religiosos, culturales y sociales y el distinto posicionamiento de los profesionales según la ideología. Pero lo que si esta claro es que la experiencia y la buena voluntad del profesional por ayudar a las personas sobrepasa los prejuicios ideológicos y este deberá tener libertad de conciencia para poder ayudar a estas madres que en su día tomaron decisiones erróneas, como así lo reconoce esta madre, sobre la vida de sus hijos.

En este caso puede haber varias opciones para poder ayudar a esta madre a superar su culpabilidad. Remitirla al servicio de psiquiatría o psicología donde a través de la terapia de grupo se puede beneficiar. Si tiene convicciones religiosas enviarla a sacerdotes especializados en estos temas que a través de determinadas practicas religiosas como sacramentos y terapias de grupos comunitarios pueden ayudar a reconstruir la autoestima y las ganas de vivir y luchar de esta madre, para superar su culpabilidad y los efectos perniciosos del síndrome postaborto. Por supuesto que la ayuda de la familia mas cercana es fundamental.

DISCUSIÓN

6. Discusión

Los resultados de nuestro estudio coinciden con la jurisprudencia actual en el tema que nos ocupa, ya que el 65% de los médicos encuestados **considera mejor la custodia compartida en caso de separación de los padres**. Si la separación ocurriese en la propia familia del facultativo, la preferencia por este tipo de custodia desciende al 50%, ya que el 35% consideran que dependería de la situación familiar. Eso sí, el 50% opinan que la custodia debería ser consensuada, por ley o con la ayuda de mediación familiar (herramienta inicial y complementaria al procedimiento judicial).

- Conviene destacar también, que el 82,5% de los encuestados se declaran católicos y el 67,5% practicantes, lo que implica una **alta religiosidad en la muestra analizada**. **Profundizar en el conocimiento sobre temas éticos es considerado importante** ya que se valora con 6,92 puntos sobre 10.
- También es necesario resaltar que en relación **a quién prefiere informar el médico, el 77,5% prefiere hacerlo al padre, madre y abuelos, pero muy poco (12%) al menor maduro**.

En conclusión, podemos afirmar que los encuestados manifiestan que **la ética tiene un valor intrínseco importante en sus decisiones clínicas habituales**, respetándose generalmente las normas y adaptándose a la situación particular de cada niño. **La custodia compartida es también la preferida por los profesionales sanitarios**.

Pasamos a discutir los aspectos mas importantes de nuestra investigación.

6.1 La patria potestad y la asistencia pediátrica

El pediatra debe de colaborar con los padres, no haciendo lo que los padres le solicitan sobre el menor, sino definiendo que es *“lo que el menor necesita”* o *“interés superior del menor”*, y actuando de esta forma como modulador para establecer los límites de lo que necesita el niño desde el punto de vista de su salud integral. **La patria potestad no se puede interpretar como un derecho de disposición de los padres sobre el menor si no que debe interpretarse como un deber de protección sobre el menor**.

Estas afirmaciones anteriores se corroboran con los resultados del ítem 23 de nuestra encuesta pues la mayoría de los encuestados (79,79%) expresan que ellos intervendrían en nombre del menor si piensan que los padres van a tomar una decisión equivocada, manifestando así estar muy implicados en la defensa del mejor interés del menor.

6.2 Estudio de la opinión y actuación ante dilemas éticos varios.

Resulta conveniente ante los conflictos y dilemas en la atención a menores, y mas aún si los padres están en proceso de divorcio, que tanto los profesionales sanitarios, como los jueces e intervinientes en el proceso de separación de los padres, tengan una formación específica en fundamentos éticos, estrategias de detección precoz de los dilemas y como utilizar las herramientas para resolverlos. Siempre en aras del interés del menor y teniendo en cuenta que en algunos conflictos para su resolución se necesita un abordaje multiprofesional (Jueces, abogados, peritos, psicólogos, trabajadores sociales y pediatras).

6.2.1 Dilemas en niños con custodia monoparental cuyo padre toma decisión inadecuada

- **Si el padre que no tiene la custodia solicita la historia clínica del menor para perjudicar al cónyuge que tiene la custodia.**

Aquí se produce un conflicto, muy frecuente en la clínica, donde se enfrentan dos derechos, **el de la confidencialidad** de los datos de salud, protegidos por el secreto profesional, que alcanza también a los menores de edad. Y por otro lado, **el derecho de los padres a la información** que les permitirá ejercer la patria potestad de una manera efectiva. El médico negará la solicitud al padre privado de la patria potestad, si cree que esto puede perjudicar al menor y también si el menor tiene más de 14 años, pues deberá contar con su opinión. En el resto de casos se facilitará el acceso a la historia, salvo a los datos relativos a terceras personas o a los que el médico considere anotaciones subjetivas²³⁴ Estos conflictos relacionados con la confidencialidad son muy frecuentes en la clínica y de hecho los médicos de nuestro estudio los refieren dentro de los dilemas éticos más frecuentes²³⁵, por delante de los de *“no acudir a las revisiones del programa de atención al niño sano, exigir al facultativo pruebas complementarias agresivas y rechazar la aplicación de tratamientos curativos y vacunas.”*

- **¿Qué hacer si los exconjuges por separado buscan alianzas con el pediatra?.**

En esta situación el niño puede llegar a sufrir “cuadros de depresión infantil” que le dificultarán expresar sentimientos y emociones. Si la separación es debida a una patología crónica del niño, la situación se agravará. El pediatra intentará serenar el clima y crear espacios de reflexión para que el niño sufra lo menos posible derivándolo al psicólogo si es necesario.

²³⁴ Ibid., 173

²³⁵ Ibid., 148

- **Si se produce el fenómeno de la triangulación** caracterizado porque los padres subestiman las necesidades emocionales de los hijos anteponiendo las suyas. Uno o ambos padres, van a pretender establecer alianzas con los profesionales sanitarios o el pediatra, para cumplir con su cometido de hacer daño a su contraparte²³⁶. Otras veces si no logran establecer una alianza con el profesional tratante, hacen demandas legales contra los médicos para intentar separarlos de su intervención en el proceso legal²³⁷.

Los menores inmersos en la triangulación sufren gran afectación emocional por lo que habrá que utilizar **estrategias para abordar la resolución del problema como:**

- **Coordinación con otros profesionales intervinientes**, tanto dentro como fuera de la institución o centro de salud, para unificar criterios y prevenir triangulación del equipo y manipulación del tratamiento.
- **Realizar una confrontación individual de los progenitores y el equipo**, incluyendo en algunos casos a otros familiares involucrados. De esta forma se podran evidenciar si hay contradicciones y una utilización del menor. Hay que valorar la participación del menor de edad (casos de menor maduro) en alguna de estas sesiones para que de esta forma le pueda servir de espacio para expresión de sus sentimientos. Se deberá redactar un acta de la reunión, con compromisos adquiridos por los progenitores.
- **Contextualizar el tratamiento bajo el enfoque de abuso emocional.**

6.2.2 Herramientas para comunicar el “interés legítimo del menor” a padres en conflictos

Si analizamos nuestra práctica pediátrica habitual podremos describir las siguientes herramientas :

6.2.2.1 Empatizar con los padres:

Cualquier médico que haya trabajado atendiendo la salud de los niños un mínimo de años, pronto descubrirá aspectos tan importantes como:

- **La gran ansiedad que acompaña a las madres** cuando van a su consulta para pedirle ayuda en la solución del problema de salud de sus hijos.

²³⁶ Es posible que uno de los progenitores proyecte sobre el pediatra que lo atiende, sentimientos, vivencias y emociones que pueden ser positivas o negativas. Esta especie de “transferencia” si es positiva, tiende a elevar sus expectativas de establecer una alianza que le sea de utilidad en sus objetivos. Por el contrario, si es negativa, es esperable un rechazo de la intervención del pediatra.

²³⁷ Ibid., 221.

- **Los padres y el médico, tienen unos valores éticos coincidentes**, adquiridos en el entorno de la cultura a la que pertenecen. Lo común a estos valores éticos es que les llevan a buscar el bien de su hijo o como lo expresamos los profesionales *“el mejor interés del menor”*.

Si el pediatra aprovecha esta coincidencia con los padres y deja claro desde el principio que lo que busca es el bien del menor, podrá empatizar con ellos para convencerlos de la necesidad de modificar sus conductas, aunque tengan que ceder parte de sus derechos, en beneficio de sus hijos.

6.2.2.2 Situación de superioridad del médico por tener una serie de conocimientos científicos médicos que los padres no tienen.

- El médico tiene unos conocimientos del entorno familiar mucho más objetivos que los que puedan tener los padres que además se encuentran en una situación de enfrentamiento.
- Conoce la evolución del menor y el equilibrio entre los padres, es decir, dispone de una información adicional desde una perspectiva inicialmente más objetiva que unos padres que han vivido un divorcio y se encuentran en una situación de custodia compartida.
- Puede hacer la estimación de la madurez del menor a través del estudio de:
 - La capacidad de comprensión del menor sobre su situación y consecuencias de su decisión.
 - La capacidad de explicar y comunicar sus decisiones y las informaciones recibidas.
 - La coherencia y firmeza de su decisión y la capacidad del análisis de la realidad.
- Disfruta de un alto nivel de valoración que la sociedad le otorga a la profesión médica.

6.2.2.3 Mantener una excelente relación de confianza con los padres.

6.2.2.4 Utilizar el miedo de los padres de forma controlada, venciendo la tentación de manipularlos para su propio provecho.

A la hora de afrontar determinados conflictos éticos, el profesional deberá reconocer los temores de los padres: *«tomar en sus manos sus miedos y mostrárselos»*. Mostrar el miedo o el dolor a unos padres que tengo enfrente puede causarles más sufrimiento, pero apoyándonos en el sentido común, en nuestra experiencia de vida y formación profesional, podremos ayudar a unos padres que nos piden consejo porque tienen dudas a la hora de tomar decisiones que la ciencia les permite, pero la ciencia no tiene alma ni voz propia, pero está representada por personas y esas personas somos los médicos.

6.2.3 ¿Como utilizar en la consulta el “interés legítimo del menor”?

El interés legítimo del menor se puede emplear en la consulta de forma operativa y práctica siendo un instrumento muy útil para la resolución de numerosos conflictos. El más común es cuando una madre, después de que el médico le ha hecho la anamnesis y exploración a su hijo y le ha puesto un tratamiento, le discute la eficacia de este. El médico en vez de optar por una actitud prepotente y orgullosa, deberá de transmitir a los padres de forma convincente, su coincidencia con ellos en la búsqueda “*del bien de su hijo*” y solicitando de forma sosegada su confianza, convencerlos de lo acertado del tratamiento que le ha prescrito a su hijo. De esta forma podrá desarmar la desconfianza y agresividad que algunos padres tienen hacia el sistema publico de salud y al mismo tiempo iniciar una buena relación con ellos que podrá ser útil en un futuro para el menor.

Con este método descrito, también podremos, ganándonos la confianza de los padres, tratar de mediar para poder resolver los numerosos conflictos que puedan aparecer en nuestra labor asistencial. En los casos clínicos de los resultados hemos descrito alguno de estos dilemas que se pueden beneficiar del empleo de este concepto en la comunicación con los padres o tutores de los niños.

La importancia del interés del menor para los médicos de nuestra encuesta es evidente pues:

- Casi la mitad consideran la ética factor clave para determinar el interés del menor, interviniendo el 90% de ellos a favor del menor ante una decisión equivocada de sus progenitores.
- Los aspectos más importantes para establecer el interés legítimo del menor (ítem 14): Contestan que son para ellos en un 93% la legislación y ética valorando muy poco la opinión del menor y la de sus padres.
- Se interesan mucho por defender el interés del menor ante un conflicto en el que la decisión de los padres perjudica al menor, pues en un 87 % lo comunicarían al juez o fiscal, negándose a actuar para no complicarse, en un porcentaje muy bajo.

6.2.4 El Consentimiento Informado en el Menor Maduro

La valoración de la competencia del menor frente a una determinada decisión sanitaria, es una labor muy compleja debido a la dificultad del proceso en sí mismo, ausencia de métodos estandarizados y porque es necesario un análisis de los factores asociados.

El menor maduro es capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de su propia autonomía, por lo que no debe considerarse como un objeto, sino un sujeto de derechos. *“Hay que dar valor a sus opiniones y elecciones y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas le produzcan un claro perjuicio a él mismo o a terceros.”* Esta sería la mejor forma de potenciar su autonomía y desarrollo personal.

Aunque la Ley de Autonomía establece los 16 años como mayoría de edad sanitaria y los 12 años para tener *“derecho a ser oídos”*, el sentido común nos aconseja emplear la competencia más que la edad como criterio primordial.

El menor debe ser siempre informado y escuchado, tomando nota de sus opiniones y respetándole en sus decisiones, siempre de forma prudencial, a la vez que se intenta favorecer la participación de sus padres o tutores de forma sugerida y no de manera impuesta.

Sería deseable disponer de metodologías útiles y estandarizadas en el ámbito clínico para valorar la madurez y capacidades del menor. Esto permitiría objetivar su competencia y por ello garantizar mejor el pleno respeto a su derecho de autonomía.

Aunque estas recomendaciones están muy bien en la teoría, en la practica no son muy aceptadas por los médicos, algo que se corrobora en nuestra investigación, pues:

- A la pregunta 28 *“a quien suelen informar habitualmente”* solo contestan un 12% al menor maduro, sin embargo la mayoría (71,71%) prefieren informar a cualquiera de ellos (padre, madre, abuelo o menor maduro).
- Al preguntarles si *“puede prestar atención amigable en su consulta centrada en derechos y necesidades del niño”*, Item 30, contestan con 7,77 puntos sobre 10.
- Si se les plantea sobre *“si se suele implicar al menor maduro en las decisiones clínicas.”*Item 31, consideran que si en 88 casos (88,88%) y que no en 11 (11,11%).

Luego tienen en cuenta al menor maduro en sus decisiones clínicas y valoran los derechos y necesidades del niño pero a la hora de informar, no prefieren informar al menor maduro si no a todos en general.

Mi opinión sobre los aspectos anteriores, es que a pesar de que los pediatras que empezamos a ejercer antes del año 1994, esperábamos la aparición de nuevos problemas relacionados con el menor maduro por el aumento de la edad pediátrica hasta los 14 años,²³⁸ esto no ha ocurrido.

²³⁸ El Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, reguló la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud. En su Artículo 3. Los usuarios, individualmente considerados, tienen derecho a la libre elección de médico de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente Real Decreto. En

Resolver esta interrogante sería motivo de una nueva investigación²³⁹, pero intuyo, basándome en mi experiencia personal y de otros compañeros en igual situación que yo, que **con la ampliación de la edad pediátrica hasta los 14 años, no se ha notado un aumento significativo del porcentaje de conflictos que se encuentran en nuestras consultas**, a pesar de que la ley 40/ 2002²⁴⁰ les dio mas atribuciones en su autonomia a los adolescentes, y del aumento de conflictividad por el incremento de separaciones que siguio a la reforma de la ley del divorcio en el año 2005.

Todos estos cambios descritos nos produjeron gran incertidumbre a los pediatras por la posibilidad de tener que tomar decisiones difíciles sin tener un apoyo y formación ético-legal suficiente ante la posible aparición de conflictos entre los menores maduros y sus padres. Como consecuencia de lo anterior nos planteamos el siguiente interrogante:

“El establecer los 12 años como frontera o edad del menor maduro, ¿Ha servido para algo?”. Habiendo vivido personalmente esta fase de transición que se inicio en los años 90 por la ampliación de la edad pediátrica y la aparición de la figura del “menor maduro”, no hemos notado en nuestra practica asistencial ningun aumento en los conflictos relacionados con estos pacientes.

El Ministerio de Sanidad ha elaborado un nuevo plan 2013-16 para la infancia y adolescencia²⁴¹ en el que se destaca que "aumentará la edad pediátrica a 18 años con atención en unidades hospitalarias". *¿Afectará este plan a los profesionales lo mismo que la ampliación del RD 1575 / 93?*

6.3 Estudio de la opinión sobre el tipo de custodia.

Las **reacciones de los niños ante el divorcio** son muy variadas, como es el caso del síndrome de alienación parental^{242 243 244}. La psicojudicialización de la vida del menor, sobre todo en las parejas que no logran el mutuo acuerdo, condiciona la adaptación del menor a la nueva situación.²⁴⁵

el caso de ser menores o incapacitados se llevará a efecto la elección por sus representantes legales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 162.1. del Código Civil. Para las personas menores de siete años de edad podrá elegirse pediatra de entre los existentes en su territorio de elección. Para aquellas con edades comprendidas entre siete y catorce años se podrá optar entre los facultativos de medicina general o pediatría existentes, asimismo, en su territorio de elección.

²³⁹ Sería motivo para realizar una investigación en el ámbito de un máster de bioética (TFM) o tesis doctoral donde se investigaría a pediatras mayores de 55 años que hubiesen vivido la ampliación de la edad pediátrica a partir del año 1994, fecha en que se empezó a aplicar el RD 1575/1993, de 10 de septiembre.

²⁴⁰ Ley 41/20002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
http://www.boe.es/boe_gallego/dias/2002/12/02/pdfs/A01594-01600.pdf

²⁴¹ II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013 -2016 (II Penia) aprobado por acuerdo del consejo de ministros de 5 de abril de 2013.
http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/PENIA_2013-2016.pdf

²⁴² Reparaz Goncer, B; Carrillo Navarro F.

²⁴³ Carrillo Navarro, F y col.

²⁴⁴ Bolaños, I (a)

²⁴⁵ Influyen en la adaptación del niño: el género (las niñas visibilizan menos sus problemas de depresión y ansiedad, los niños muestran más los problemas de irritabilidad o alteraciones en la conducta o rendimiento escolar), la edad (mayor impacto en niños con apego no bien establecido ej menores de 6 años), los recursos cognitivos del menor

- **Si aparece el trastorno de ansiedad de separación o TAS.** (3-5% de niños): se aconseja realizar una entrevista estructurada con el niño y los padres y abordar la depresión con un tratamiento integral que incluya terapia cognitivo-conductual o psicoterapia emocional²⁴⁶. Ambos padres deben acompañar al niño a las visitas del psicólogo o psicoterapeuta, e incluso puede ser necesario y deben estar dispuestos a recibir terapia, en caso de que el psicólogo así lo determine, ya que en ocasiones es la mejor ayuda al problema psicológico que manifiesta el hijo.

Hay que explicar a los padres lo que la separación supone para el niño, que eviten utilizarlo en su disputa, que cambie sus rutinas lo menos posible y advertir que la judicialización es un factor negativo. El pediatra no tomará partido por ninguno de los padres, salvo maleficencia al niño. Si existiese elevado riesgo de suicidio en el niño habría que plantearse el ingreso hospitalario.

- **Ante trastornos de ansiedad** el pediatra debe animar al niño a hablar de lo que teme sin minimizar o ridiculizarlo. También informará a los padres que la sobreprotección del niño empeora las cosas.

La psicoterapia suele dar muy buenos resultados contribuyendo el pediatra a serenar el clima en estos conflictos psicológicos y crear espacios de reflexión con los padres para que el niño no sufra innecesariamente.

El pediatra, en su ejercicio profesional se puede ver condicionado a tomar decisiones ante conflictos y dilemas éticos derivados del manejo de niños, hijos de padres en régimen de custodia compartida, aunque otros tipos de custodia como la mono-parental, tampoco están libres de conflictos, como ya se ha comentado, generando incluso mayor frecuencia de dilemas y conflictos éticos.

6.3.1 El médico en la custodia compartida como garantía de la salud integral del menor.²⁴⁷

El papel del médico en la custodia compartida debe ser **“garantizar la salud integral del menor”**, nunca será garantizar “el interés del menor” porque este no es un problema del médico, pues la función del pediatra es la de analizar aquellas circunstancias que determinan la salud integral del menor. Es verdad que cuando analiza ese hecho tendrá que diferenciar, desde el punto

(ideas acerca de la separación, sentimientos de abandono, estrategias de afrontamiento, son variables que determinan el estado del menor), los aspectos sociales (cambios en las redes de apoyo, de domicilio, colegio, amigos,...), y de forma destacada el nivel de conflicto parental. La conflictividad entre los progenitores se relaciona con dificultades en el ajuste emocional del menor, afectando más que la propia ruptura en sí.

²⁴⁶ La psicoterapia tiene eficacia similar a la terapia farmacológica pero sin sus efectos secundarios.

²⁴⁷ Ibid., 148

de vista del concepto de la salud, como se estructura y se interpreta el interés del menor y hasta que punto una intervención puntual en el desarrollo del menor puede ser más contraproducente que una intervención mucho más mantenida.

El médico en este proceso de resolución de conflictos no puede actuar como un mediador encargado de ver quien tiene más razón de los padres en los planteamientos que le hacen, sino que tiene que analizarlo desde la perspectiva de un profesional que evalúa la salud y analiza y **determina que es lo mejor para el menor desde el punto de vista de su salud.**

El pediatra al tomar decisiones en situaciones de conflictos, debe considerar en primer lugar, **la edad del menor.** Así, si estamos ante un **niño pequeño con inmadurez física y emocional**, las decisiones y acciones serán tomadas por los padres conjuntamente con el pediatra buscando siempre su bienestar y su desarrollo óptimo. Sin embargo para **el niño escolar y adolescente** se debe tomar más en consideración la capacidad del menor para decidir.

Hay conflictos en que colisionan **el derecho a la intimidad del menor** y el de los padres a ejercer la patria potestad. Otras veces es **el derecho a la autonomía en la decisión del menor (consentimiento libre y voluntario)** el que se enfrenta con la opinión de sus padres.

También puede ocurrir **que las decisiones de los padres vayan contra los intereses del menor**, a juicio del médico, o que existan **discrepancias de criterio entre ambos padres, separados o no.**

La mayoría de todos estos conflictos se podrán resolver sin dificultades recurriendo a nuestros conocimientos clínicos y habilidades comunicacionales. Pocas veces el conflicto puede llegar a bloquear la toma de una decisión y obligar a diferirla para realizar un análisis más detenido o incluso compartido (por ejemplo, con un comité de ética asistencial) o derivarlo hacia la vía judicial. Pero **en esos pocos casos en que hay una duda legal, al profesional se le genera una “desazón o incertidumbre” ante la decisión que tiene que tomar.** Acostumbrados a trabajar en un ámbito de incertidumbre clínica, **las incertidumbres legales las toleramos peor**, puesto que en este campo podemos sentirnos más ignorantes.

Entre las situaciones marcadas por esta incertidumbre se encuentran²⁴⁸: La ausencia de criterios científicos claros e incontestables, la posibilidad de más de una interpretación sobre la respuesta adecuada a la luz de valores contrapuestos, y la existencia de equilibrio entre diferentes opciones terapéuticas.

Aunque ya hemos dado algunas indicaciones específicas al describir los dilemas mas frecuentes con los que el pediatra se enfrenta, tenemos que resaltar que el principio ético de respetar y salvaguardar la vida nos impone el deber moral de cuidar la salud de los demás, y nos

²⁴⁸ Ibid., 5

involucra en el uso de los medios necesarios para lograr ese objetivo.

Puede aparecer **conflicto entre el médico y los familiares cuando éstos se niegan a procedimientos indispensables para el diagnóstico** (ej. padres que se niegan a una punción lumbar para descartar una meningitis) **y/o un tratamiento certero** (padres que se niegan a transfusiones necesarias para la vida del menor). Considerando que la negativa a un procedimiento, que los padres consideran arriesgado, obedece a un miedo o arrebato emocional del familiar, el médico tendrá que agotar todos los recursos de comunicación para convencerles de que para lograr la salud del niño es preciso aceptar cierto riesgo, en los casos en que la ecuación beneficio-riesgo sea clara y que, por tanto, debe ser asumido.

En definitiva, en la mayoría de los conflictos para su resolución, el pediatra debe aplicar el sentido común, no alejarse de las indicaciones clínicas y recordar que la decisión de los padres se debe basar siempre en el *“interés legítimo del menor”*, y el riesgo asumido ser proporcional al beneficio que se espera de la aplicación del tratamiento.

No existe excesiva bibliografía que aborde, de forma específica, los conflictos y dilemas que se presentan en niños en situación de custodia compartida, pues como hemos visto la custodia compartida supone un porcentaje muy bajo con respecto a la custodia monoparental. Sin embargo **en nuestro estudio los 3 dilemas mas importantes que hemos encontrado en hijos de padres divorciados son:** *Acusaciones mutuas de abuso/maltrato tras fin de semana, problemas de confidencialidad y exigir al medico exploraciones complementarias no indicadas.*

Ya hemos descrito en capítulos anteriores algunos de los conflictos identificados y las estrategias y herramientas que puede utilizar el pediatra en la resolución de estos conflictos, por lo que podremos resumir que:

1. La separación o divorcio genera gran ansiedad en el niño pero no necesariamente es traumática. Los **padres deben salvaguardar que los vínculos afectivos con el menor no se vean dañados.**
2. El **contacto continuado de ambos progenitores con el menor**, a pesar de la separación y/o divorcio, es la mejor garantía para el desarrollo del niño y **la custodia compartida favorece este contacto.**
3. Los pediatras encuestados consideran que la mejor modalidad de custodia es la compartida.
4. Los problemas derivados de la **separación o divorcio** de los padres, incluso en la modalidad de custodia compartida, **generan frecuentes dilemas y conflictos éticos en el pediatra** que

condicionan la salud del niño.

5. Ante determinados **conflictos que exceden de la capacidad de resolución del pediatra** deben **intervenir otros profesionales**, e incluso en interés del menor, recurrir a los procedimientos que la legislación y la justicia establezca.
6. El pediatra debe enfrentarse a los posibles conflictos y dilemas éticos con estrategias que le permitan abordar de forma satisfactoria las situaciones generadas, siendo herramientas útiles la **formación ética del profesional, la información y las habilidades de comunicación con padres y niños**.
7. La aplicación de los principios éticos se constituye en una vía para humanizar la atención a la salud del menor y cumplir con la justicia social.

6.3.2 ¿Qué pasa si tienen la tutela del niño los 2 progenitores?.

- En el caso que fuese **un matrimonio normal** el pediatra actuaría con un papel de mediador pero buscando el interés del niño desde el punto de vista de su salud integral.
- Si es un **divorcio con custodia compartida** con 2 frentes no conciliables. Se deberán establecer estrategias para gestionar el conflicto igualmente desde la visión de un profesional médico y no desde un mediador social.
- ¿Qué hacer si discrepan los criterios de padres divorciados?.

Cuando el médico prescriba un tratamiento al niño, bastará la conformidad de uno de ellos. Si la decisión es urgente y no admite demora, el pediatra actuará sin necesidad de Consentimiento informado “*en beneficio del menor*”. Si la urgencia lo permite, consultará al Juez de Guardia o a través del Fiscal. Si no es un problema urgente, pondrá el caso en manos del Juez para que decida.

En nuestro estudio, tanto los resultados de la revisión bibliográfica como la opinión de los médicos encuestados coinciden en que **el divorcio en la modalidad de la custodia compartida es más efectivo para proteger la relación del hijo con ambos progenitores**, al mejorar su calidad de vida, impedir el desarrollo del SAP y mantener una adecuada estructura familiar a pesar de la ruptura de la pareja.

6.3.3 Custodia Compartida y síndrome de Alienación Parental

Si el interés real de las partes inmersas en un proceso de separación fuera el bien del menor, **la custodia compartida** debería ser la más frecuente, pues es la que asegura el contacto con ambos progenitores. Tanto el padre como la madre son esenciales en la vida de los hijos, como base de la estructura familiar. Es verdad, que el nivel de conflicto puede llegar, como en el caso del **Síndrome**

de Alienación parental (SAP), a niveles desorbitados. Y esto dificulta mucho la posibilidad de una custodia compartida real.

El trabajo se debe centrar en lograr que el proceso de separación sea lo menos litigante y agresivo posible. Para ello proponemos lo siguiente:

- **Establecer la mediación familiar como herramienta inicial en todo proceso de separación**, antes incluso de comenzar los trámites legales. El proceso judicial y la mediación serían complementarios, los acuerdos tomados serían legitimados por el juez si fuese necesario y se evitarían la cronicidad de algunos litigios y conflictos.²⁴⁹
- **Sugerir la custodia compartida como algo habitual.**²⁵⁰ Y en los casos en los que no pueda ser, otorgar la custodia al progenitor más benevolente o generoso, esto es, el progenitor que tenga más capacidad para favorecer el vínculo de su hijo con el progenitor contrario²⁵¹. Aquellos padres y madres que entienden que el otro sigue teniendo un papel fundamental en la vida de su hijo y que van a colaborar siempre para que este vínculo no se rompa.
- **Una actitud favorable de los profesionales:** Los profesionales involucrados en el proceso de separación y divorcio son claves en la resolución de este tipo de problemáticas. Jueces, abogados, peritos, psicólogos, trabajadores sociales, deben estar formados para poder identificar síndromes como el SAP y colaborar en su resolución. Con sus intervenciones pueden alargar y agravar el problema o bien frenarlo en su avance permitiendo que el menor mantenga el contacto adecuado con ambos progenitores.

La ruptura familiar genera dolor pero no tiene porqué ser traumática. La capacidad de resiliencia del menor existe, pudiendo este salir fortalecido de un cambio en su familia. Pero ello dependerá en gran medida de la actitud de los padres que son los responsables de que dicho cambio se genere.

Como hemos visto, para un hijo, el vínculo afectivo con su padre y con su madre, es la base para un sano desarrollo personal. Si los padres deciden romper su unión sentimental deben velar para que estos vínculos no se vean dañados. El contacto continuado con ambos progenitores, a pesar de la separación y/o divorcio, es la garantía del mejor interés del menor y la custodia compartida es la que asegura esta continuidad.

²⁴⁹ Bolaños, I. (b)

²⁵⁰ En abril del 2013, el Tribunal Supremo estableció que “la custodia compartida no debe ser la excepción sino lo deseable”, puesto que salvaguarda “el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores”. Esta sentencia ha sentado jurisprudencia, y el Ministerio de Justicia está abordando una reforma del Código Civil que equiparará la custodia compartida a la monoparental en caso de separación o divorcio. El anteproyecto de ley que regulará la custodia compartida fue aprobado por el consejo de Ministros del 20 de julio último.

²⁵¹ Arch Marin, M.

En el extremo contrario estarían comportamientos alienantes como el SAP, que conduce necesariamente, a través de la manipulación del progenitor aceptado, a la destrucción familiar por la ruptura de relaciones con el progenitor rechazado. Devastadoras son también las consecuencias para la familia si los hijos, utilizados como medios para los fines rupturistas del progenitor aceptado, alcanzasen a comprender, ya como adultos, la manipulación a la que fueron sometidos²⁵². Es cuestión de los padres y de los profesionales el que se pueda llegar a un nivel de entendimiento y respeto con el que lograr el mayor beneficio real para los hijos.

6.3.4 El Interés del menor en la Custodia Compartida.

La custodia compartida es reconocida por los médicos de nuestra encuesta, como el mejor tipo de custodia en caso de separación de los padres, una opinión acorde con la jurisprudencia actual. Así mismo, opinan que la custodia debería ser consensuada, por ley o con la ayuda de mediación familiar, vista ésta como herramienta inicial y complementaria al procedimiento judicial.

En el momento de decidir qué tipo de custodia es la más pertinente, **el interés del menor es el eje en una situación de ruptura matrimonial.**

Aquellas personas a las que corresponde discernir en qué consiste el interés del menor (el propio menor, los progenitores y los Administradores de Justicia), deben procurar al menor una adecuada forma de vida:

“El interés del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad... a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, sanitarios o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana...”²⁵³.

La indeterminación del interés del menor exige que se especifique en cada caso en qué consiste dicho interés para poder precisar qué tipo de custodia debe implementarse, pues no podemos olvidar que cada niño y cada crisis matrimonial tiene sus propios matices, y que dicho principio tiene su fundamento en los derechos fundamentales previstos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

²⁵² Ibid., 110.

²⁵³ Ibid., 62.

La custodia compartida aparece como la más idónea porque puede satisfacer las necesidades del menor: necesidad de seguridad, de relaciones afectivas estables, de protección física, de experiencias adecuadas a la etapa de desarrollo, etc.; también el derecho que tiene de mantener el vínculo con ambos padres por igual. Si durante la convivencia familiar, la relación de los hijos con los padres fue normal, entendiendo por normal la existencia de comprensión, de amor, de diálogo, lo más probable es que los hijos quieran mantener una relación estable con los dos progenitores. Pero para que la aplicación de la custodia compartida se haga efectiva por parte de los progenitores debe existir un espíritu de colaboración máximo entre los cónyuges, aún cuando entre ellos siga habiendo discrepancias²⁵⁴.

Una vez que los progenitores han decidido establecer el régimen de custodia compartida, el Juez únicamente interviene para asegurarse que efectivamente eso es lo mejor para el niño. Pero en los casos en que no sucede que los cónyuges se pongan de acuerdo con respecto a la custodia, si el Juez, una vez valorado el caso, entiende que lo más adecuado para el menor es la custodia compartida, ha de fundamentar que dicha elección ha sido imparcial y es consecuencia de la ponderación y balance racional de los intereses en disputa²⁵⁵. Guilarte²⁵⁶ defiende que la custodia alternada y sucesiva cultiva y fortalece el principio de igualdad que debe regir entre ambos progenitores. En este sentido, en la elección de la modalidad de la custodia compartida, se debe tener en cuenta el hecho de que permita a los padres participar en las decisiones que son inherentes a la formación y desarrollo del menor. No obstante, comprobada la bondad de la custodia compartida, hay casos en los cuales esta opción será inviable²⁵⁷.

A pesar de las críticas a la Ley 15/2005, de 8 de julio, la regulación de la custodia compartida como una vía de defender los intereses del menor, supone un paso adelante en el proceso de cambio de la sociedad. En palabras de Guilarte²⁵⁸, “ *este modelo es el que mejor responde a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer que comparten durante su vida una serie de funciones y responsabilidad, cuando se produce la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad les alcanzarán por igual.*” Por lo que podemos concretar que:

- Teniendo en consideración las distintas situaciones de crisis familiares, **es conveniente que haya más de una modalidad de custodia**, que permita adoptar la mejor y más óptima elección en interés del menor.

²⁵⁴ Lorca, A. y Dentici, N. M.,

²⁵⁵ Hart, H L. A.

²⁵⁶ Guilarte, C. (a)

²⁵⁷ “La custodia compartida al contrario de lo que se piensa en muchas ocasiones, no es sino un traje a medida para cada relación parental”. Aguilar, J. M. (b).

²⁵⁸ Ibid., 257.

- **El principio del “interés del menor” será el criterio que prevalezca en las situaciones de ruptura** familiar, por encima del interés de los progenitores en caso de existir intereses opuestos. Así lo establece la legislación vigente (art. 2 de la Ley Orgánica Jurídica del Menor de 1996).
- **La indeterminación del principio del “interés del menor” debe basarse en los Derechos Humanos** inherentes a las personas, dado que el menor es persona.
- El **convenio regulador** realizado de mutuo acuerdo por los cónyuges **es la mejor forma** de implementar la custodia compartida.
- **Si el acuerdo de los progenitores no se realiza, el Juez debe establecer la modalidad de custodia** que conlleve a la determinación del interés del menor. Para concretar este interés del menor, no es aconsejable aplicar sin más unos criterios fijos, puesto que los seres humanos constituimos una individualidad irrepetible y singular; en este sentido, el Juez debe considerar el apoyo de especialistas para complementar su formación.
- **La participación del menor en la determinación de su propio interés debe constituirse** en una práctica habitual en los procesos de ruptura matrimonial, **considerando la edad y la madurez** del menor, y accediendo a su voluntad siempre que sus deseos coincidan con su mayor beneficio.
- **Los médicos de nuestro estudio consideran que la custodia compartida es la más adecuada** en la ruptura matrimonial y que debe ser consensuada por ley o mediación familiar. **Consideran fundamental el interés del menor a la hora de elegir el tipo de custodia** y que el bien del menor se debe de establecer a través de la legislación y la ética.

6.3.5 Análisis de la actuación médica ante los dilemas en la custodia compartida.

El sistema familiar se mantiene estable a través de mecanismos de homeostasis y de regulación interna, y las relaciones entre sus miembros están sometidas a influencias^{259 260}.

Tradicionalmente, se atribuye a las madres mayor responsabilidad en el cuidado de los hijos, y está claro en las primeras etapas de la vida, aunque la figura paterna puede ser igual de sensible ante necesidades y demandas del niño²⁶¹. **La separación y/o divorcio²⁶² de la pareja tiene un gran**

²⁵⁹ *Influencias directas*, de cada miembro, a través de las relaciones padre-madre, padre o madre e hijo y entre hermanos; *influencias ambientales*, del entorno físico y social en el que la familia está inmersa (tipo de vivienda, barrio de la ciudad, región, país, religión, etc.); y con gran influencia en la infancia las *influencias indirectas*, por ejemplo: la manera en que el padre se relaciona con la madre (p.ej. como es y como se muestra el afecto entre padre y madre) y cómo esto influye en los hijos.

²⁶⁰ Aguilar, JM.

²⁶¹ Vallejo, et al.

²⁶² Aun siendo conceptos diferentes (el divorcio implica la disolución de la unión legalmente establecida), en esta

impacto en el menor que percibe como su entorno seguro resulta amenazado, condicionando su desarrollo biopsicosocial. ²⁶³

Al médico, durante su formación se le instruye en la función de cuidar y conservar la vida y la salud como los bienes humanos más preciados. Sin embargo, en su práctica asistencial, se enfrenta a situaciones clínicas en las que se pone en juego dos o más valores morales y tiene que decidir por una alternativa en favor del paciente. A esto se le llama **dilema o problema ético-clínico**²⁶⁴. Ante la separación de los padres el pediatra se enfrenta a nuevos dilemas éticos y conflictos para los que no está preparado, por lo que debe conocer las estrategias de manejo de los conflictos que se presentan.

En 2012, los juzgados españoles registraron más de 127.000 separaciones, concediéndose en el 81% de los casos el cuidado a las madres y solo un 10-12% de las custodias fueron compartidas. La causa de esta diferencia era que sólo se contemplaba esta custodia si había acuerdo entre los padres o si lo reclamaba uno de ellos con un informe favorable del fiscal (artículo 92 del Código Civil), algo que, en la práctica, ataba de pies y manos a los jueces y contra lo que se ha pronunciado el T. Constitucional y el Tribunal Supremo. Todo estos aspectos han cambiado recientemente con la sentencia 257 de Abril del 2013²⁶⁵.

Ya se han estudiado en capítulos anteriores los distintos tipos de custodia por lo que nos limitaremos a comentar que **en la custodia conjunta o compartida**²⁶⁶, padre y madre se encargan de forma equitativa en tiempo, conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los hijos; repartiéndose el tiempo de permanencia de los hijos y las aportaciones económicas. Los dos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El progenitor con el que el niño reside en cada momento toma las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc. **Lo esencial en esta custodia es la equidad de ambos progenitores en el ejercicio de los derechos y deberes sobre los hijos.**

La custodia compartida permite que el menor disfrute de la influencia de ambos padres como medida de protección a su desarrollo armónico²⁶⁷.

Entre los **inconvenientes que se adjudican a la Custodia Compartida**, destacan:

investigación me referiré a ellos indistintamente ya que lo fundamental ante el menor es la ruptura familiar que ambas situaciones implican.

²⁶³ Carrillo Navarro, Fco; Leal Hdez, M; Alcolea Pina, M.D; Carrillo Cañaveras, E;

²⁶⁴ Pérez Pico, V M

²⁶⁵ Sentencia (257 / 2013) de 24-4-2013 del Tribunal Supremo Sala de lo Civil.

²⁶⁶ Definida como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos.

²⁶⁷ Ibid., 124

- **El continuo cambio de domicilio** (cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna). Los detractores de la custodia compartida argumentan que perjudica la estabilidad emocional del menor, el hecho de tener que realizar maletas y cambios de domicilio con frecuencia.
- **Existe mayor exigencia y necesidad de entendimiento entre ex-cónyuges**, que en algunas situaciones resulta complicado debido al deterioro de la relación de pareja.

Los que realizan críticas a esta modalidad de divorcio olvidan que la custodia individual, también tiene una problemática específica, derivado de que el progenitor al que se le otorga la custodia permanece un mayor tiempo en contacto con el hijo/os, y en la práctica la posibilidad de seguimiento y el control de un hijo es casi inexistente en el que no tiene la custodia. Aunque la calidad del tiempo dedicado al hijo es más importante que la cantidad en las relaciones paterno-filiares, hay que reconocer que un mayor tiempo de contacto con el hijo favorece la calidad de dicha relación al tener contacto con todas las cuestiones fundamentales en la vida del menor: problemas escolares, preocupaciones, alegrías, amistades, enfermedades, alimentación, espacios de ocio, etc. Si un padre tiene asignado 2 fines de semana al mes, el tiempo que va a pasar con su hijo es tan escaso y fragmentado que no abarca todos los ámbitos de desarrollo del menor. Por el contrario, el progenitor que tiene la custodia, tiene una mayor carga y responsabilidad, y con frecuencia se siente desbordado por ser, casi en exclusiva, el que toma las decisiones y asume el cuidado diario de los hijos. Autores²⁶⁸ como Kelly y Wallerstein manifestaron con relación a las investigaciones sobre la custodia individual: “...los conocimientos teóricos (sobre dicha custodia) deberían haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tendría para el niño el hecho de ver a uno de sus padres solamente cuatro días cada mes...”

Para algunos expertos la guarda y custodia compartida no parece la opción más adecuada cuando implica frecuentes cambios de residencia y de los entornos para los hijos (es el caso de las custodias alternativas a uno y otro padre) o cuando los padres tienen hábitos de cuidado y/o criterios educativos muy diferentes y cuando hay mucho enfrentamiento entre los padres²⁶⁹. Sin embargo otros expertos²⁷⁰ dicen que ante el reparto igualitario de tiempos, derechos y responsabilidad, el nivel de cumplimiento de los convenios aumenta²⁷¹. Considerar la custodia compartida únicamente en aquellos casos en los que ambos progenitores están de acuerdo, hace que se constituya el derecho a veto de una de las partes, por lo que la parte que tiene la guarda, solo tiene que potenciar el

²⁶⁸ Ibid., 125

²⁶⁹ Ramírez, M.

²⁷⁰ Aguilar J.M.

²⁷¹ Callabed Carrecedo J.

conflicto y minar los acuerdos alcanzados para lograr sus objetivos²⁷².

Una revisión metaanalítica realizada por Bauserman, 2002, sobre la adaptación de los hijos de familias divorciadas a las diferentes situaciones de custodia, aporta resultados en la línea de que los niños en situación de custodia compartida aparecen mejor adaptados, utilizando múltiples tipos de medida, que los niños de custodia exclusiva. En definitiva, la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños en un amplio rango de áreas: familiar, emocional, comportamental y académico.

La ley 15/2005²⁷³, de 8 de julio refleja por primera vez la figura de la guarda y custodia compartida y desarrolla el tema en los apartados siguientes:

Apartado 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Apartado 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, de los miembros del Equipo Técnico judicial, o del propio menor. Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Apartado 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Más recientemente, con fecha 29 Abril 2013 el Tribunal Supremo ha establecido por sentencia (257/2013)²⁷⁴ **que la custodia compartida debe de dejar de ser una excepción**. El tribunal señala que este tipo de custodia debe considerarse “*normal e incluso deseable*” porque salvaguarda el derecho de los hijos a “*relacionarse con ambos progenitores*” y ha sentado jurisprudencia. En el

²⁷² Bonet de Luna C, Fernández M, Chamón M.

²⁷³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE 9-7-2005.

²⁷⁴ Sentencia (257 / 2013) de 24-4-2013 del Tribunal Supremo Sala de lo Civil.

fallo se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones 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 los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, *habrá de considerarse normal e incluso deseable*, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

En la encuesta realizada a nuestros médicos del SMS:

- Al preguntarles “*la custodia que consideran mejor para el niño en el divorcio*”, contestan el 74,74% la compartida. Item.32
- Si les interrogamos sobre “*la opción que consideran mejor para el menor en caso de custodia compartida,*” prefieren en el 56,56% que ambos padres convivan con otra persona. Item.33
- El 92,92% de los casos “*prefieren informar de forma conjunta al padre y a la madre*” en el caso de un niño de 12 años con custodia compartida. Item.34
- Si trasladamos las preguntas al terreno de su vida privada y les preguntamos “*el tipo de custodia que preferiría para sus hijos*” si su matrimonio se rompe el 54,54% contestan la compartida. Item.35
- El 62,62% consideran que la legislación vigente en la ruptura matrimonial “*debería ser consensuada por mediador o legalmente.*” Item.36
- El 65,65% que debería regularse la custodia de los hijos en la ruptura matrimonial “*de forma optativa por parte de los padres.*” Item.37

En el apartado de Resultados describimos 8 casos clínicos que ilustran estas situaciones, las de un matrimonio normal, (caso clínico 6) y las de una pareja divorciada con 2 frentes irreconciliables (caso clínico 1). En ellos describimos un método muy adecuado para la gestión de estos conflictos.²⁷⁵

²⁷⁵ Ibid., 5

6.4 ¿Es suficiente la formación del pediatra para afrontar estos conflictos?.

Como hemos descrito en el apartado anterior, aunque **los médicos murcianos valoran mucho el papel que juega la ética en sus decisiones** (7,75 puntos sobre 10), solo el 42,42 % de ellos habían realizado algún curso de formación específica en bioética, sin embargo el hecho de profundizar en el conocimiento de la bioética lo consideran importante para su ejercicio profesional (7,17 puntos sobre 10).

Al mismo tiempo ven insuficiente su formación en los derechos infantiles (5,08 puntos sobre 10), identificando el origen de sus conocimientos un 86% de encuestados procedente de la formación profesional, prensa u otros medios de comunicación.

CONCLUSIONES

7. Conclusiones.

1. La opinión mayoritaria de los médicos estudiados por nosotros coinciden en **preconizar la custodia compartida, siempre y cuando sea posible.**
 2. Sobre el **interés legítimo del menor**, la mayoría de los médicos estudiados lo consideran muy importante:
 - Casi el 50%, que **la ética es un factor clave para determinar el interés del menor.**
 - El 90% manifiesta estar a favor del menor ante una decisión equivocada de los padres.
 - Con respecto a los aspectos más importantes para establecer el interés del menor (ítem 14): opinan en un 93% que son la legislación y ética valorando muy poco la opinión del menor y la de sus padres.
 - Se interesan mucho por defender el interés del menor ante un conflicto en el que la decisión de los padres perjudica al menor, pues en un 87 % lo comunicarían al juez o fiscal del menor, negándose a actuar para no complicarse en un porcentaje muy bajo.
 3. La mayoría de los pediatras destacan la **importancia que tienen los aspectos ético-jurídicos para su práctica clínica** pues valoran en 7,17 puntos sobre 10 el hecho de profundizar en el conocimiento de la bioética para su ejercicio profesional. Haciendo una valoración media de los conocimientos profesionales de los médicos sobre los derechos de la infancia de 5,08 puntos /10.
 4. Consideramos de interés:
 - La necesidad de **organizar y ofertar cursos y actividades que favorezcan el desarrollo de competencias de los pediatras en este terreno.**
 - Dada la conflictividad que se genera en estos contextos, consideramos también importante el **promocionar reuniones conjuntas entre pediatras y juristas** (jueces y fiscales) para la puesta en común de temas de interés y una mejor comprensión mutua de las actividades de cada uno.
 5. Es necesario resaltar la importancia que tienen los procesos de comunicación en la relación familiares-pediatra-equipo sanitario en la gestión y resolución de los conflictos, por lo que también **es fundamental aumentar la formación de los pediatras en Habilidades de Técnicas de Comunicación** pues la mayoría de conflictos al final se resuelven si el profesional explica bien las cosas a los padres.
-

GLOSARIO DE TÉRMINOS

8. Glosario de términos relacionados:²⁷⁶

Las decisiones éticas están presentes en toda la práctica clínica. También en el campo de la asistencia pediátrica donde se plantean, con frecuencia, conflictos éticos.

Un problema frecuente es la confusión terminológica cuando se hace referencia a la aplicación de los conceptos bioéticos a la práctica de la pediatría.²⁷⁷ La falta de uniformidad en la terminología no ayuda a la deliberación bioética por lo que es conveniente y muy útil reunir los términos más frecuentemente usados en esta disciplina.²⁷⁸ Cada término se acompaña de una breve definición, descripción o comentario sobre el sentido principal en el que se emplean. Entre paréntesis se expone también su denominación en inglés, por ser esta lengua la más empleada en la literatura científica médica.

Acto médico (*medical act*): Acto en que el médico actúa como profesional de la Medicina, sea para prevenir, diagnosticar, pronosticar, tratar, etc. Su significado corriente se suele circunscribir a sus actuaciones para diagnóstico y tratamiento de un paciente individual. El acto médico está cargado de responsabilidad, dado que su influencia en el modo de vida del paciente se refiere no solamente a cuestiones meramente sanitarias, sino que, como toda relación humana, influye decisivamente en el modo de concebir la vida humana, y más si se tiene en cuenta el prestigio profesional del médico.

Alimentación e hidratación (*feeding and hydration*): La alimentación es la administración de nutrientes, generalmente por vía natural. Hidratación es la administración de agua y otros fluidos, para mantener un adecuado contenido total de agua en el organismo. Son necesidades básicas de todo paciente; sólo es correcto omitirlas cuando hacen muy molestos al paciente terminal sus últimos momentos.

Autonomía (*autonomy*): Entendemos por autonomía “saber pensar y actuar por uno mismo, con capacidad crítica y la convicción suficiente para no dejarse arrastrar por el ambiente externo o por las propias pasiones o prejuicios”. Es la capacidad para tomar decisiones y gestionar el propio cuerpo por parte de los seres humanos. Capacidad de decisión del paciente en el contexto de su relación con el médico. El enfermo no es un simple objeto de la manipulación por parte del médico, sino parte constitutiva de una relación terapéutica en la que debe participar como persona y sujeto moral. La expresión práctica del ejercicio de la autonomía en el ámbito de la salud es el consentimiento informado.

²⁷⁶ Moreno-Villares J. M. y cols.

²⁷⁷ De los Reyes López, M.

²⁷⁸ Gracia D, Júdez J, eds.

Beneficencia (*beneficence*): Parte de la amistad que lleva a realizar acciones a favor de la persona que se estima. En sentido liberal, realizar las acciones que el otro desea que le sean realizadas, con independencia de lo que considere el agente sobre su corrección o incorrección. En el ámbito médico es la parte de la amistad terapéutica que lleva al médico a actuar para ayudar al paciente. Desde el punto de vista de la bioética liberal, las acciones realizadas por el médico para satisfacer las decisiones autónomas del paciente, entendidas estas como desligadas de cualquier baremo moral; según esta consideración, el médico estaría obligado a realizar una intervención si la quiere el paciente, aunque considere que no es la más conveniente. La expresión práctica del principio de beneficencia son las indicaciones correctas, lo que implica una adecuada capacitación del profesional sanitario y unos recursos materiales suficientes.

Bioética. (*Bioethics*): (De *bio-* y *ética*). 1. f. Aplicación de la ética a las ciencias de la vida.²⁷⁹ Disciplina que estudia los aspectos éticos de la Medicina y la Biología en general y las relaciones del ser humano con los restantes seres vivos. En la actualidad también se define con referencia a las Ciencias de la Salud o biosanitarias. Sin embargo, la Bioética, como toda ética aplicada, es el intento de analizar racionalmente los deberes que como individuos y como miembros de la comunidad humana tenemos para con nosotros mismos y para con todos los demás, en lo relativo a la vida biológica, salud, enfermedad, gestión del propio cuerpo, etc. Se trata de ligar hechos biológicos y valores. Este neologismo ha gozado de una cierta indefinición o de una cierta polisemia, lo que explica que se la disputen diversas disciplinas o áreas: de la deontología profesional y el bioderecho a la ética médica, de la investigación a la clínica, de la Medicina a la ecología, de las éticas civiles a las religiosas. No obstante, la acepción (Bioética) usada para los fines de este documento es la de un gran espacio de debate racional, civil, plural y crítico de los problemas morales surgidos en torno a la vida o en torno al cuerpo.

Bioética clínica (*clinical Bioethics*): Parte de la Bioética (microética) que se ocupa de los problemas éticos de la aplicación de la ciencia y la tecnología médica a las personas, sanas o enfermas.

Ética de las organizaciones sanitarias: parte de la Bioética (mesoética) que se ocupa de la deliberación sobre los valores relevantes para una organización sanitaria y de su aplicación a todos los procesos (clínicos y de gestión) que realiza, en orden a convertirla en una institución de excelencia. Más precisamente, se debería decir que es una parte de la ética, ya que se incluye habitualmente en el campo de la ética de las organizaciones, en general, o en el campo de la ética empresarial.

²⁷⁹ Diccionario de la Real Academia Española (DRAA). <http://lema.rae.es/drae/>

Calidad de vida (*Quality of life*): Conjunto de aspectos que pueden dar idea del grado de limitación de la vida personal que produce una enfermedad. Sería la medida del grado en que una persona o una sociedad tienen acceso al disfrute de bienes y servicios físicos, sociales y culturales. Puede entenderse de modo objetivo o de modo subjetivo, como conjunto de factores deseados para la vida personal sin referencias objetivas que están satisfechos en la presente condición de salud. En este segundo modo sería la percepción subjetiva de un individuo de vivir en condiciones dignas. Este modo de entenderla, permite establecer, erróneamente a nuestro entender, vidas que no merece la pena vivir. Las consideraciones sobre la calidad de vida pueden ser fundamentales en la toma de decisiones. No obstante, se han diseñado cuestionarios y métodos para tratar de evaluarla objetivamente con la mayor fiabilidad posible.

Calidad de la asistencia sanitaria: Asegurar que cada paciente reciba el conjunto de servicios diagnósticos y terapéuticos más adecuado para conseguir una atención sanitaria óptima –teniendo en cuenta todos los factores y conocimientos del paciente y del servicio sanitario– y lograr el mejor resultado con el mínimo riesgo y la máxima satisfacción del paciente durante el proceso.

Capacidad (*capacity*): La capacidad de obrar es la aptitud de las personas para gobernarse a sí mismas y ejercer eficazmente sus derechos y obligaciones. La capacidad jurídica es la cualidad que tienen las personas, por el hecho de serlo, de ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar legal implica el reconocimiento jurídico de la aptitud anterior.

Coacción (*coercion*): Forma de influencia intencionada en las decisiones de otro mediante la presentación de una amenaza creíble de daño, evitable si se accede a los deseos de quien ejerce dicha influencia.

Código de conducta (*Code of Conduct*): conjunto de normas escritas (principios, guías o directrices) que la organización o institución elabora, y que pretende los siguientes fines: clarificar las relaciones que establece, determinar las diversas responsabilidades, orientar el trabajo profesional, integrar a las personas en un proyecto de cooperación y regular las conductas de quienes trabajan en ella.

Código Deontológico (*Code of Ethics*) (en referencia a los Colegios profesionales): normas deontológicas establecidas por un colectivo profesional determinado, para regular las actividades que realizan sus miembros en el desarrollo de su ejercicio profesional específico. Puede incluir procedimientos disciplinarios porque los Colegios tienen facultades delegadas para ello.

Comités de ética (*Ethics Committees*): Comisiones de diversa composición encargadas de estudiar los aspectos éticos de la práctica clínica, la investigación básica o clínica, los experimentos con animales, etc. Con gran frecuencia, sobre todo en el ámbito anglosajón, se limitan a dar un

consejo que orienta sobre la responsabilidad legal, esquivando el análisis propiamente ético de los problemas que se les plantean. Dentro de los Comités de ética en nuestro país hay que distinguir los Comités Éticos de Investigación Clínica (CEIC, *Institutional Review Boards*), cuya finalidad es velar por la calidad de la investigación en sujetos humanos y su protección, de los Comités de Ética Asistencial o para la Asistencia Sanitarias (CEAS) propiamente dichos.

Comités de ética para Asistencia Sanitaria (CEAS, *Institutional Ethics Committee*): Comités de ética formados por un grupo interdisciplinar de carácter consultivo que se encargan del estudio de los aspectos éticos de los casos clínicos que se les remiten, así como de la formación continuada de los médicos en cuestiones éticas y de la elaboración de documentos sobre cuestiones médicas de especial relevancia ética. La función en Estados Unidos es dictaminar resoluciones, en Europa tienen carácter exclusivamente consultivo; ofrecen su punto de vista, para ayudarle en la toma de decisiones a las instituciones, profesionales sanitarios, pacientes y usuarios sobre problemas éticos asistenciales, públicas o privadas, para mejorar la calidad asistencial y proteger los derechos de los ciudadanos. El método propio de los CEAS es la deliberación.

Comité de Ética para la Investigación Clínica (*Ethics Committee for Clinical Research*) (CEIC). Es un grupo interdisciplinar que se encarga de ponderar los aspectos metodológicos, éticos y jurídicos de los ensayos clínicos, a través del análisis de los protocolos de los mismos y del balance de riesgos y beneficios para los sujetos de investigación.

Competencia (*competence*): Hace referencia a la aptitud psicológica de un paciente para ejercer su autonomía personal y tomar sus propias decisiones sobre su salud.

Confidencialidad (*confidentiality*): Derecho del paciente a que todos los profesionales que por su relación con el mismo lleguen a conocer sus datos personales, respeten su intimidad y cumplan con el deber de secreto y sigilo.

Conflicto de intereses (*Conflict of interest*): Este término se aplica a aquellas situaciones en las que un interés secundario y siempre de tipo personal –generalmente económico, pero también ideológico o profesional– se antepone a un interés primario –sea el bienestar de los pacientes atendidos, la obtención de conocimiento válido generalizable en investigación, el interés de la ciencia o de la sociedad– condicionando la capacidad de juicio presuntamente independiente del profesional. El interés secundario no tiene por qué ser ilegítimo, incluso puede ser deseable, pero lo que se cuestiona es el peso relativo de esos intereses sobre el interés primordial. Los conflictos de interés en las relaciones sanitarias se deben declarar siempre. Si ese concepto se extiende al ámbito de relaciones entre instituciones o entidades hay que contemplar también otras consideraciones

(véase Valores éticos).

Consentimiento informado (*informed consent*): Aquiescencia prestada por un enfermo, donante, o sujeto de investigación a los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se van a efectuar sobre él, después de haber recibido la información relevante al respecto. La legislación actual exige que dicho consentimiento se dé por escrito, con el fin de disponer de una prueba documental de que se ha dado tanto la información del médico como la autorización del paciente. En lo posible, dicha información debe ser completa, y debe proporcionarse de modo que no presione indebidamente la legítima autonomía del paciente. El consentimiento del paciente no exime al médico de la responsabilidad en los resultados de su intervención, por lo que, sopesando los riesgos y beneficios que conlleva, puede no efectuarla aunque el enfermo la desee. En el caso de menores o incapacitados, el consentimiento queda delegado en los padres o responsables legales.

Cuidados paliativos (*palliative care*): Conjunto de medidas médicas encaminadas a aliviar enfermedades, bien porque carecen de tratamiento curativo bien porque las molestias que acaranean son difícilmente tolerables sin tratamiento específico. Correctamente practicadas, permiten que los enfermos puedan vivir en condiciones dignas y con un sufrimiento físico reducido a límites perfectamente tolerables.

Deliberación (*deliberation*): Proceso de ponderación de los factores que intervienen en un acto o situación concretos a fin de buscar la solución óptima o, cuando esto no sea posible, la menos lesiva para los valores en juego. Se delibera sobre lo que es susceptible de cambio y permite diversos cursos de acción, en orden a la búsqueda del más adecuado de éstos, intentando preservar de forma equilibrada los valores presentes en cada situación. La deliberación puede ser individual o colectiva.

Deliberar (*To deliberate*): considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos. Resolver una cosa con premeditación.

Derecho natural (*Natural law*): El derecho natural es una teoría ética con un enfoque filosófico, (especialmente en el derecho) que postula la existencia de derechos del hombre fundados o determinados en la naturaleza humana, universales, anteriores y superiores (o independientes) al ordenamiento jurídico positivo y al Derecho fundado en la costumbre o Derecho consuetudinario.

Derecho constitucional (*constitutional Law*): El derecho constitucional es una rama del derecho público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluidas las relaciones entre los poderes públicos y ciudadanos.

Derechos del niño (*Rights of the child*): Los derechos del niño son un conjunto de normas de derecho internacional que protegen a las personas hasta determinada edad. Todos y cada uno de los derechos de la infancia son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. Varios documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, entre ellos la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Derechos de la personalidad (*Personality rights*): Se habla mejor de derechos fundamentales (constitucionales), o más aún de derechos humanos, al referirnos a los derechos básicos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Algunos derechos básicos reconocidos son: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral de la persona, el derecho a la protección de la salud, entre otros.

Deuda alimenticia (*debt food*): En sentido general la deuda alimenticia es aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para la subsistencia. Ahora bien, esta obligación puede nacer de un acto jurídico (contrato o disposición testamentaria), de un hecho ilícito o de un precepto legal que la impone entre personas unidas por un determinado vínculo de familia, o por otras razones (1314º y SS de la LEC.). Estos alimentos entre parientes son los especialmente regulados en el título VI del libro I del CC, bajo el epígrafe “*de los alimentos entre parientes*”, si bien, el art.153º ordena que las disposiciones de dicho título son aplicables a los demás casos en que por este código, por testamento o por contrato se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate. Se ha discutido acerca de cuál sea el fundamento de la deuda alimenticia entre parientes, existen diversas teorías: derecho a la vida del alimentista. vínculos parentales.

Dignidad humana (*human dignity*): En su sentido primario, bondad ontológica intrínseca a todo hombre, que le hace merecedor del respeto y la atención de los demás. En sentido secundario, bondad ontológica accidental que adquiere un hombre con un comportamiento adecuado a su naturaleza racional. Se entiende como dignidad del paciente la dignidad intrínseca peculiar del mismo, derivada de su estado de debilidad y dependencia. El término “dignidad” se emplea como sustantivo (la dignidad del paciente), como adjetivo (muerte digna) o en su forma adverbial (tratar al paciente dignamente) y puede variar su significado notablemente de un contexto a otro. Existe una dignidad común a todos los seres humanos en cuanto humanos que no puede perderse ni admite gradación alguna y otra que puede variar o incluso desaparecer (dignidad como mérito, dignidad como estatura moral).

Directriz o directiva anticipada (*advanced directives*): Conocidas también como **instrucciones previas o declaraciones de voluntad anticipadas**. Son las declaraciones que una persona competente afirma para sí en referencia a sus preferencias, fines y valores, anticipando un posible futuro de incapacidad para tomar decisiones respecto a su atención sanitaria.

Dilemas éticos-clínicos. (*Ethical-clinical dilemmas*): Son situaciones clínicas a las que se enfrenta el médico en su práctica clínica donde se ponen en juego dos o más valores morales debiendo decidir por una alternativa en favor del paciente.

Endocrinología 1.f.Biol. Estudio de las secreciones internas.

Equidad (*equity*): Forma de aplicación del **principio de justicia** con arreglo a **dos criterios, el de universalidad y el de corrección de las diferencias**. Se puede formular del modo siguiente: “a igualdad de necesidades corresponde igualdad de acceso a la atención disponible e igual calidad de asistencia para todos”. Según estos criterios equitativos, los recursos se deben distribuir de forma que lleguen a todos por igual, o en caso de desigualdad tengan preferencia los más desfavorecidos. En este contexto, es muy relevante considerar el llamado **criterio de suficiencia**, según el cual: “*la salud es un bien primario que se debe repartir equitativamente, ya que las necesidades sanitarias desatendidas dificultan la igualdad de oportunidades para alcanzar los propios fines*”. Hay unas obligaciones básicas de justicia que, indudablemente, tienen un límite. Este límite suele hacerse coincidir hoy con lo que se ha dado en llamar el “**mínimo decente**” o “**mínimo decoroso**” de **asistencia sanitaria**. Éste debería hallarse cubierto por igual para todos los ciudadanos, y por tanto en él debería ser considerado injusto cualquier tipo de discriminación, segregación o marginación. El mínimo decoroso ha de tener unos límites que vienen marcados en los llamados catálogos de prestaciones sanitarias. El principio de justicia, pues, es el que se utiliza para establecer los criterios de distribución de “recursos escasos”.

Principio de Justicia (*Principle of Justice*): deben distribuirse de forma equitativa entre los miembros de una sociedad las cargas y los beneficios. Las diferencias sólo se pueden justificar si van en beneficio de todos o de los más desfavorecidos. De entre los varios sentidos del término justicia –conmutativa, distributiva, legal, social– se suele emplear este último para establecer los criterios de distribución de los recursos limitados. Se trata de saber cuáles son las prestaciones de asistencia sanitaria que deben estar cubiertas por igual para todos los ciudadanos, y por tanto tuteladas por el Estado. El máximo nivel de justicia (llamada postconvencional) sería aquel donde las decisiones que se tomen también contemplan “el ponerse en lugar del otro”, lo que excluye que se entienda por justo si sólo se satisfacen las necesidades de un grupo. En otro orden, colaborar en la elaboración de las leyes que nos han de regir y en su cumplimiento también forma parte del

contenido del principio de justicia.

Estado de necesidad (*Necessity*): Situación en la que una persona, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que:

- a) El mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar;
- b) La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto; y
- c) El necesitado no tenga, por su oficio o su cargo, obligación de sacrificarse.

Ética (*Ethics*): Término de origen griego que significa estudio de las costumbres o hábitos de los seres humanos. Actualmente, se refiere al estudio filosófico de los juicios morales, más atento a los problemas formales de fundamentación y coherencia lógica que a las cuestiones de contenido (el término **moral** es complementario de éste). Sin embargo va más allá, tratando de evaluar la idoneidad de ciertos valores o principios en su aplicación a los campos concretos. Un ejemplo típico es la **Bioética**, ya que se trata de una ética aplicada.

Ética de máximos (*Ethics maximum*): Todo ser humano aspira a la perfección y felicidad y, en consecuencia, al máximo, a lo óptimo. Lo que sucede es que este óptimo no es idéntico para todos, sino que depende del sistema de valores religiosos, morales, culturales, políticos, económicos, etc., que cada uno acepte como propio. Por tanto, los máximos son distintos para cada cual, que a la vez debe tener libertad para gestionarlos privadamente. De ahí que, este nivel de máximos se halle regido por los principios bioéticos de autonomía y beneficencia. En este nivel, cada uno es autónomo para ordenar y conducir su vida de acuerdo con sus propios valores y creencias y, por tanto, autónomamente, buscando su propio beneficio, es decir, su perfección y felicidad de acuerdo con su propio sistema de valores.

Ética de mínimos (*Ethics minimum*) : En cuanto miembro de una sociedad, todo ser humano tiene que aceptar y respetar un conjunto de reglas y valores comunes. Esos valores pueden establecerse por dos vías: mediante la imposición o la fuerza, y mediante la búsqueda de consensos racionales o al menos razonables entre todos o la mayoría de los ciudadanos. Esto supone que todos y cada uno, partiendo de sus propios sistemas de valores y, por tanto, de sus respectivas éticas de máximos, han de buscar el establecimiento de un conjunto de valores comunes que rijan la vida social de esa comunidad. Esos valores comunes toman las formas de usos, costumbres y normas jurídicas. Estas últimas definen las actividades de obligado cumplimiento para los ciudadanos y su garante es el Estado, que para hacerlas cumplir puede utilizar la fuerza. Las principales áreas que ha de cubrir ese espacio de ética mínima son: la protección de la integridad física, psíquica y espiritual de los individuos (principio de no maleficencia) y la protección de la integridad interpersonal y

social, evitando la discriminación, la marginación o la segregación de unos individuos por otros en las cuestiones básicas de convivencia (principio de justicia).

Estado vegetativo persistente (*persistent vegetative status*): Pérdida crónica e irreversible de todas las funciones cognitivas, conservando la vigilia, que se puede observar en pacientes que han sufrido lesiones encefálicas muy graves.

Excelencia (*excellence*) : Superior calidad o bondad que hace digno de singular aprecio y estimación algo (DRAE).

Eutanasia (*euthanasia*): Acción u omisión que pretende como objetivo la muerte del paciente, normalmente por compasión, para terminar con sus sufrimientos o con los de la familia. La Asociación Médica Mundial condenó esta práctica en 1987 como contraria a la ética médica. Se practica, más que por sufrimientos físicos del enfermo, por la existencia de limitaciones crónicas o por la carga psicológica que supone para la familia el tener que sufrir viendo a su ser querido cada vez más limitado y decaído.

Futilidad (*futility*): Cualidad de una actuación médica que, o bien es inútil para conseguir un objetivo beneficioso, o bien lo consigue, pero a costa de molestias o sufrimientos desproporcionados del paciente o a costa de serios inconvenientes económicos, familiares o sociales. Las acciones médicas fútiles no deben iniciarse. En la práctica clínica, un tratamiento fútil es un tratamiento no indicado.

Guarda y custodia (*Custody*). Hecho por el cual los progenitores u otras personas, están habitualmente en la compañía del menor, realizando con él los actos diarios que suponen su vida cotidiana, vigilando su comportamiento, protegiéndolo y defendiéndolo de cualquier mal que pudiera llegar a acontecerle²⁸⁰

Huelga de hambre (*hunger strike*); Negativa de una persona a alimentarse, hecha notoria con objeto de llamar la atención sobre un problema personal o injusticia que desea que sea subsanada. Puede plantear un problema de salud serio al huelguista, del que el médico no se debe inhibir. La Asociación Médica Mundial hizo en 2006 una declaración en la que se recomienda evitar todo tipo de alimentación involuntaria.

Interés superior del menor (*Best interests of the child*) . Más allá de definiciones legales podemos decir que es: “*anteponer la protección del menor a los deberes, derechos e intereses de los padres*”

Justicia (*justice*): Hábito moral que lleva a actuar conforme a lo debido a la naturaleza de cada

²⁸⁰ González Orviz, Eloina.

cosa. Sin embargo, en el campo de la bioética hace referencia al sentido de justicia social. Se trata de saber cuáles son las prestaciones sanitarias que deben estar cubiertas por igual para todos los ciudadanos y, por tanto, tuteladas por el Estado. **Implicaría también el concepto de equidad**, igualdad de acceso a la asistencia sanitaria y lleva implícita la no discriminación en razón de condicionantes como el sexo, la raza, la religión, etc.

Lex artis: El Derecho acepta como norma o ley lo que la ciencia determina en cada momento como actuación correcta; por tanto, acepta como conducta médica correcta aquella que la Medicina tiene por tal. Eso significa que la Medicina debe definir en cada momento los criterios científicos generales de actuación o de buena práctica clínica; y a esto se le llama *lex artis*. Por consiguiente, es un criterio valorativo de la corrección de un determinado acto médico o de un comportamiento profesional ya que tiene naturaleza instrumental o de medio. Pero, dada la diversidad de situaciones clínicas, de pacientes y de contextos sanitarios, es imprescindible establecer criterios prudentes de actuación en determinadas circunstancias, es decir, en cada caso concreto; por eso, la *lex artis* siempre debe ser *ad hoc*.

Limitación del esfuerzo terapéutico (*Termination of life-sustained treatment*): Es la decisión de restringir o cancelar algún tipo de medidas cuando se percibe una desproporción entre los fines y los medios terapéuticos, con el objetivo de no caer en la obstinación terapéutica. El concepto de limitación del esfuerzo terapéutico no implica abandono del paciente; sino que deben establecerse todas las medidas encaminadas a obtener su máximo bienestar y el de su familia.

Manipulación (*handling*) : Forma de influencia intencionada en las decisiones de otro mediante la distorsión, el sesgo o la falsificación deliberada de la información necesaria para tomar dichas decisiones, o mediante la inducción de procesos mentales que pueden alterar o condicionar el desarrollo normal del procedimiento de decisión.

Mayéutica: Método socrático con que el maestro, mediante preguntas, va haciendo que el discípulo descubra nociones que en él estaban latentes (DRAE).

Medicina basada en la evidencia (*Evidence-Based Medicine*): Es la Medicina basada en pruebas objetivas de eficacia, efectividad y eficiencia. La Medicina basada en la evidencia se ha definido como la integración de la experiencia personal con la mejor demostración externa disponible y procedente de la investigación sistemática; se trata, pues, de una evaluación crítica. O también, como la utilización consciente y juiciosa de las mejores demostraciones provenientes de la investigación clínica para la toma de decisiones, tanto en el cuidado de cada paciente en particular como en la gestión de los servicios sanitarios.

Evidencia (*evidence*): la palabra evidencia suele tomarse con diferente significado en inglés (*evidence*, prueba que apoya una tesis, testimonio) respecto del empleado en español (certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar; DRAE). Su traducción literal (*evidence*, por evidencia) puede confundir los conceptos, aunque esté ya acuñada por el uso debido a cierto desdén en la precisión del lenguaje.

Nivel de evidencia: en la lógica de probabilidades significa grado de certidumbre; es decir, de conocimiento seguro y claro de algo.

Menor maduro (*mature minor*): La expresión hace referencia a aquel sujeto menor de edad, desde el punto de vista de la plena capacidad jurídica (en España los 18 años), que posee un grado de madurez psicológica y humana que le permite disfrutar de los derechos de la personalidad en grado mayor o menor.

Medios ordinarios/extraordinarios (*ordinary/extraordinary means*): Terminología en desuso ya que desde un punto de vista ético es difícil discernir su significado según el contexto en el que se utilicen. La distinción clásica de medios ordinarios como aquellos frecuentes, rutinarios y habituales frente a extraordinarios resulta poco útil en la práctica.

Moral (*moral*): Término de origen latino para designar el estudio de las costumbres o hábitos de vida de los seres humanos. Etimológicamente significa lo mismo que ética; sin embargo, con el tiempo han pasado a ser términos complementarios. La moral suele definirse como el estudio de las costumbres o hábitos de vida –tanto en su realidad empírica (moral descriptiva) como en su dimensión prescriptiva (moral normativa)–, a diferencia de la ética, que se ocupa con preferencia de las cuestiones de fundamentación. La moral responde más bien a opciones de valor personales o grupales que determinan una norma de conducta asumida.

Objeción de conciencia (*conscientious objection*): Negativa de raíz ética a la práctica de alguna actuación que se exige al médico. Es el último reducto de defensa de la conciencia del médico cuando, a pesar de las objeciones meramente técnicas y de su posible sustitución por un colega, es presionado para hacer algo que, en conciencia, no puede admitir como bueno. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocida tanto en la Constitución como en los convenios internacionales (por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Obstinación terapéutica (*therapeutic obstinacy*): Decisión de mantener tratamientos ya instaurados o de iniciar nuevos tratamientos en situaciones clínicas en las que no es previsible que consigan un beneficio razonable. Se designó también como ensañamiento terapéutico, término actualmente en desuso.

Oncología. (Del gr. ὄγκος, tumor, y -logía). 1. f. Parte de la medicina que trata de los tumores.

Paciente incapaz (*incapable patient*): Sujeto que, debido a la enfermedad que padece, no puede ser adecuadamente informado ni prestar su aquiescencia a los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se emplean sobre él.

Patria potestad: (Del lat. *potestas,-ātis*). Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo. **Patria~.** Conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados.

Persuasión (*persuasion*): Forma de influencia intencionada en las decisiones de otro mediante la presentación abierta de argumentos racionales que impelen al persuadido a aceptar libremente la opinión del que persuade, tras un proceso de discusión crítica de dichos argumentos.

Prudencia (deliberación moral) (*Prudence.moral deliberation*): Es la virtud intelectual que permite tomar decisiones racionales, o al menos razonables, en condiciones de incertidumbre. Las decisiones prudentes no aspiran tanto a ser ciertas cuanto a ser razonables; por eso, han de ser el resultado de un proceso de deliberación. Diferentes personas pueden tomar ante un mismo hecho decisiones distintas, que no por ello dejen de ser prudentes. También, se entiende por prudencia la virtud de valorar en cada situación clínica los riesgos de actuar o no actuar. La prudencia pone un límite a nuestros actos basándose en el riesgo de infringir mayores daños de los que tratamos de paliar.

Principios de la Bioética (*Bioethics principles*): Criterios a raíz del informe Belmont para establecer los referentes que debían guiar la experimentación con seres humanos, con el tiempo pasaron a convertirse en una herramienta para el análisis de los problemas éticos en el ejercicio de la medicina. **Los cuatro principios son: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.**

Principio de autonomía (*Principle of autonomy*): Principio de la bioética que postula el respeto absoluto a las decisiones autónomas del paciente, de las que el médico sería un mero servidor. Cabe aceptar una versión moderada, que considera la existencia de unos límites naturales a las peticiones del paciente.

Principio de beneficencia (*principle of beneficence*): Principio de la bioética que postula el deber de dar a los demás lo que desean y pagan en un intercambio económico justo. Cabe aceptar una versión moderada, que equivaldría al deber de atender que, como todo deber positivo, es variable dependiendo de las situaciones concretas y no puede deducirse racionalmente.

Principio de no maleficencia (*principle of non-maleficence*): Principio de la bioética que afirma el deber de no hacer a los demás algo que no desean. En la bioética liberal, este principio se entiende como no hacer lo que los demás no desean de hecho, independientemente de todo baremo. En la ética médica hipocrática, este principio se entiende como no hacer a los demás algo que es razonablemente inadecuado para el hombre.

Principio de justicia (*principle of justice*): Principio de la bioética que intenta hacer frente al problema de asignación de recursos escasos mediante la aplicación de reglas de reparto, variables según los autores, desde un liberalismo a ultranza hasta una socialización completa de los medios sanitarios.

Proporcionalidad (*proportionateness*): El principio de proporcionalidad indica que un tratamiento médico está indicado, desde un punto de vista ético, si es probable que proporcione al paciente más beneficios que inconvenientes.

Psicosomático, ca. (*psychosomatic*) (De *psico-* y *somático*). **1.** adj. *Psicol.* Que afecta a la psique o que implica o da lugar a una acción de la psique sobre el cuerpo o al contrario.

Sacralidad o santidad de vida (*life sanctity*): Concepción que sostiene que la vida humana biológica tiene un valor fundamental y es, en principio, inviolable.

Síndrome de alienación parental. (*Parental Alienation Syndrome*): Trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres (progenitor alienado o rechazado) por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres (progenitor alienador o aceptado) y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de la campaña.

Soporte nutricional (*nutritional support*): Toda técnica de nutrición artificial, bien sea a través de una sonda al aparato digestivo (nutrición enteral) o al torrente circulatorio (nutrición parenteral).

Soporte vital (*vital support*): El término incluye todos los tratamientos y técnicas que se realizan para tratar de mantener las funciones vitales.

Testamento vital (*anticipate directives*): Denominación inadecuada de las decisiones anticipadas, pues el testamento implica la muerte del testador. Es aquel documento en que un paciente, en pleno uso de sus facultades mentales, expresa de forma anticipada su deseo de cómo vivir situaciones posibles o previsibles.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio. Este Convenio es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (Todos los Estados europeos salvo Bielorrusia y Kazajistán) han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias. La ejecución de las sentencias del Tribunal por los Estados miembros que han sido condenados está supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro. No tiene ninguna relación con la Unión Europea. El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia). Los derechos humanos y libertades fundamentales tipificados en el Convenio, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en la Convención Europea de Derechos Humanos son, en sustancia, los mismos.

Utilitarismo. (*utilitarianism*): Teoría consecuencialista basada en maximizar la utilidad o el mayor beneficio para el mayor número de personas. Se distingue un utilitarismo “de acto” y otro “de regla”. El primero afirma que lo justo o equivocado de una acción debe juzgarse sólo por la bondad o maldad de sus consecuencias. El segundo acepta que la experiencia reiterada sobre las consecuencias de un mismo acto permite deducir una regla, de acuerdo con la cual todo el mundo debería ejecutar la acción en circunstancias análogas.

Valor de la vida humana (*human life value*): Apreciación subjetiva de la dignidad humana. Si esta apreciación es correcta, se atribuirá a la vida humana un valor máximo, que no puede ser equiparado con ninguno de otra índole.

Veracidad (*veracity*): Es la conformidad entre lo que se dice y lo que se piensa con los datos disponibles.

Valores éticos. (*ethical Values*): Cualidades que se estima presentan los seres, en virtud de las cuales unas resultan más apetecibles o preferibles frente a otras. En la estimación de los valores

morales, la preferencia se traduce en deber de respeto y, además, genera principios de conducta. Se habla también de valores éticos orientados a la acción, es decir, los “mínimos morales” imprescindibles para generar y afianzar la confianza en las relaciones institucionales que proporcionan credibilidad y legitimidad social. Sirvan algunos como ejemplo: integridad, confianza, independencia, libertad, veracidad, transparencia, sinceridad, dignidad, respeto, diálogo, compromiso cívico, eficiencia, equidad, responsabilidad cooperativa, legalidad, liderazgo, etc.

Vulnerable; Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente (DRAE). Se aplica aquí a los sujetos, tanto en el ámbito de la investigación como de la asistencia clínica.

Vulnerar: transgredir, quebrantar, violar una ley o un precepto, dañar, perjudicar (DRAE).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

9. Bibliografía general

- Abadía Barrero C.E. “Pobreza y desigualdades sociales: un debate obligatorio en salud oral”, en *Acta Bioethica*, Director F. Lolas Stepke, Continuación Cuadernos Programa Regional Bioética OPS/OMS Año XII N°1 (2006) 9-22.
- Acondroplasia. <http://www.infogen.org.mx/Infogen1/servlet/CtrlVerArt?clvart=9143> [Publicación en línea]. Consultado 23/04/2012.
- Aguilar B. «Conceptos claves sobre la patria potestad». [Publicación en línea]. Consulta:23/03/12 <http://enfoquederecho.com/conceptos-claves-sobre-la-patria-potestad/>
- Aguilar Cuenca, J.M. (c) «Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro». Ed. Almuzara. (2007)
- Aguilar Cuenca, J.M. Con mamá y con papá. Ed. Almuzara. (2009).
- Aguilar, J. M. «Con papá y con mamá». Almuzara. Córdoba, 2006, 94.
- Alascio, L. “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”. *InDret*, 2, (2011), 1-25.
- Alascio, L. y Marín, I. “Juntos pero no revueltos: Custodia compartida en el art. 92 CC”. *InDret*, 3, (2007), 1-23.
- Alonso, M. “La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”. *Actualidad Civil*, 2, (1997), 24.
- Arch Marín, M. “Interferencias parentales versus otras problemáticas: La importancia del diagnóstico diferencial.” Separación y Divorcio: Interferencias parentales. ASEMIP (Asoc. Esp. Multidisciplinar Investigación Interferencias Parentales). (2010)
- Aristóteles. Ética a Nicomaco. Madrid: Bioética Clásica. Gredos, 2006.
- Armando G, Cristina R, Gabina O. “Consentimiento informado en Pediatría. La autonomía del niño en discusión”. *Revista Mexicana de Pediatría*. (2001); 68 (3); 108-111.
- Beauchamp TI, Childress JF. El respeto de la autonomía. En: Principios de Bioética Médica. 4º ed. Barcelona. Masson, (1999).
- Binetti, Paola. “Más allá del consentimiento informado: La relación consensual” *C.Bioética*. XXII, (2011/3º) 509-516.
- BOE número 313 de 31/12/1990.
- BOE número 15 de 17 de enero de 1996.
- Bolaños Cartujo, I.(a) “El síndrome de Alienación parental. Descripción y abordajes psicolegales.” *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* Vol. 2, nº 3. 2002. pp 25-45.
- Bolaños Cartujo, I.(b) Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas. Colección mediación y resolución de conflictos. Ed. Reus. 2008.
- Bonet de Luna C, Fernández M, Chamón M. “Depresión, ansiedad y separación en la infancia. aspectos prácticos para pediatras ocupados”. *Rev. Pediatría Atención Primaria* 13, (2011), 471-489.
- Bonet, J. “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, en Villagrasa, C. (coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, CEDECS, Barcelona, 1998, 87-88.
- Caballero, J. A. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho*.

- Acogimiento y adopción. Violencia de Género. Pensión impagada.* Dykinson, Madrid, 2005, 176.
- Callabed Carracedo J. “La separación y el divorcio: responsabilidades hacia los hijos y reflexiones éticas”. En: M de los Reyes López, M Sánchez Jacob. *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena.* Madrid, Ergon, 2010, p. 275-80.
 - Cancian M, Meyer DR. “Who gets custody?”. *Demography* 35-1998;147-57.
 - Cantero Martinez J. “Capacidad legal del menor y rechazo al tratamiento”. *Bioética y Pediatría.* Sociedad de Pediatría de Castilla La Mancha. Madrid 2010. 42: 375-388.
 - Carlsund A, Eriksson U, Löfstedt P, Sellström E. “Risk behaviour in Swedish adolescents: is shared physical custody after divorce a risk or a protective factor?” *European Journal of Public Health* 23, (2013),3-8.
 - Carlsund A, Eriksson U, Sellström E. “Shared physical custody after family split-up: implications for health and well-being in Swedish schoolchildren.” *Acta Paediatrica* 102, (2013):318-23.
 - Carrillo Navarro, Fco; Leal Hdez, M; Alcolea Pina, M.D; Carrillo Cañaveras, E; Problemas de salud relacionados con alteraciones de la estructura familiar. ¿Qué evidencias nos ofrece la bibliografía actual? Comunicación al VI Congreso Mundial de las familias. Madrid. Mayo 2012.
 - Carrillo, F., Leal, M., Carrillo, E., Carrillo, I y Luna, A. ¿”Que opinan los profesionales sanitarios sobre "el interes del menor"? Comunicación oral al Congreso Nacional de AEBI. Pamplona 26-27 octubre 2013.
 - Carter B. “Ethical Issues in Neonatal Care.” www.emedicine.Medscape.com
 - Castan Vazquez, J.M. «Comentarios a los artículos 153 a 171». En *Comentarios al Código civil y compilaciones forales.* Dir. ALBALADEJO, T. III. Vol. 2º, 2ª Edic. rev. Madrid, 1982.
 - Catalán, M. J. La custodia compartida. *Rev.Derecho y Criminología, Anales* 2011,(1),57-82.
 - Catalán, M J; García, Mª B; Alemán, C; Andréu, P; Esquivia, A; García, Mª D; Marín, C; Matás A. Mª; Soler, C. “Custodia compartida: Solicitudes de esta modalidad de custodia en procedimientos amistosos y contenciosos, desde la entrada en vigor de la nueva ley del divorcio (15/05).” *Psicología Jurídica: Familia y Victimología.* Colec.Psicología y Ley nº 6. Ed.Univ. Oviedo. (2008)
 - Chacón Fuertes, F. “El conceptualismo de Guillermo de Ockham y el debate sobre la existencia del síndrome de alienación parental (SAP)”. *Guía del psicólogo*, nº 284. Agosto-Septiembre. (2008).
 - Cillero, M. “El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño”, en García, E. *Infancia y Democracia en la Argentina.* Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004.
 - Clavijo, J.H. [Publicación en línea]. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2008. [Consulta 08/09/2013]. <http://www.monografias.com/trabajos71/interes-menor-legislacion-internacional/interes-menor-legislacion-internacional.shtml>.
 - Comité de Ética SECPAL, Consentimiento Informado en Cuidados Paliativos. *Documento aprobado por el Comité Directivo de la SECPAL en Madrid el 15 de Febrero del 2002.*
 - Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos “El Consentimiento Informado en la práctica médica”. *Cuad. Bioét.* XXIII,(2012/3ª) 745-753
 - Cortés Arboleda, María del Rosario. “Adaptación psicológica de los hijos al divorcio de los padres.” *Separación y Divorcio: Interferencias parentales.* ASEMIP (A. E. Multidisciplinar Investigación Interferencias Parentales). (2010)
 - Couso, J. “Más allá del interés superior del niño”, en García, E. *Infancia y Democracia en la Argentina.*

- Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Couso, J. “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”. http://peritajeschile.cl/wp-content/uploads/2012/09/El_ni%C3%B1o_como_sujeto_de_derechos_y_la_nueva_Justicia_de_familia.pdf [Consulta 09/02/2014].
 - Cutter L, Whitaker J.L. y Kodish E. D.: The overweight adolescent: Clinical and ethical issues in intensive treatments for pediatric obesity *Journal of Pediatrics*, 2005; 46:559-564.
 - Declaración O. M.C. “Cómo dar bien las malas noticias” *Cuadernos de Bioética Vol. XXI, (2010/3ª)* 393-95.
 - De los Reyes López, M. “Introducción a la Bioética. Metodología para tomar decisiones en Ética clínica”. [Publicación en línea]. http://sepeap.org/imagenes/secciones/Image/_USER_/Ped%20Int%2011-10.pdf#page=9 . [Consulta 12/01/2014]. *Pediatr Integral* 2007;XI(10):863-872.
 - Diarioya.es. [Publicación en línea]. « Horror en hospitales ingleses: se mata de hambre y sed a bebés y niños con problemas». 24-04-2013. www.diarioya.es/content/horror-en-hospitales-ingleses-durante-semanas-se-mata-de-hambre-y-sed-a-beb%C3%A9s-y-ni%C3%B1os-con-problemas [Consulta: 24/06/2013].
 - Drane JF. Métodos de ética clínica. En: Cruceiro A(ed). *Bioética para clínicos*: Madrid: Edit. Publishing, 2008.
 - Duffy LV. “The nurse's role in treatment decisions for the child with neurological im”. *Journal Neurosci Nursing* Oct; 41 (5) (2009) 270-76. Revisión PMID: 19835240.
 - Duque Quintero J.R ¿Tienen los padres derecho a decidir por los hijos? [Publicación en línea]. [Consultado 23/04/2012]. www.sccp.org.co/plantillas/Libro%20SCCP/Lexias/etica/decision%20hijos/decision_padres_hijos.htm
 - Durán, A. “La protección de los menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, Calvo, A.L. Blanco-Morales, P. (Coord.), *Globalización y Derecho*. Colex, Madrid, 2003, 217.
 - Dworkin G. El paternalismo. En: *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Betegón J, Ramón de Páramo J (coord) Barcelona: Ariel, 1990.
 - Esquerda M, Pifarré J, Viñas J, El menor maduro : “Madurez cognitiva, psicosocial y autonomía moral”. *Bioética y Pediatría. Sociedad de Pediatría de Castilla La Mancha*. Madrid 2010. 40: 359-365.
 - Esquerda M., Miquel E. “El consentimiento informado en el menor de edad: evaluación de la competencia. *Bioética y Pediatría. Sociedad de Pediatría de Castilla La Mancha*. Madrid 2010. 41: 367-372.
 - Eys JV. “Ethical and Medicolegal Issues in Pediatric Oncology”. *Hematology/Oncology clinics of North America* 1 (4) (1987) 841-848
 - Fernández Crespo S. « Promoción de Lactancia Materna y Bioética». [Publicación en línea]. http://gaptalavera.sescam.jccm.es/web1/gaptalavera/IIjornadabioetica_publicacion.pdf [Consultado 25/02/2013].
 - Ferrer Colomer, M. “La verdad ante el enfermo”, en Pastor García L.M. y León Correa, F.J.. *Manual de Ética y Legislación en enfermería. Bioética de Enfermería*. Elsevier España (1997) Cap.16.
 - Fuentes Varela A. “Problemas éticos al tomar decisiones en neonatología: La incertidumbre clínica y la esperanza humana”. En: *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena. M de los Reyes López, M Sánchez Jacob (ed.)*. Madrid: Ergon, (2010), 219-225.
 - Gamboa Bernal, G. A. “Bioética y atención pediátrica-Algunos aspectos éticos de la atención pediátrica” *Persona y Bioética* (2006). 108-120.

- García-Garnica MC. El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen. Navarra:Thomsom-Aranzadi, 2004.
- García Mendiola J.J; Chi Gil G; Piñeiro Barreiro M; Callejas Sánchez N. “Dilemas éticos y bioéticos de la práctica pediátrica en la Atención Primaria de Salud”. *Revista Electrónica de Ciencias Médicas Cienfuegos ISSN: 1727- 897X Medisur* (2010) 8(2).
- García-Miguel P, Plaza López de Sabando D, Sastre Urgellés A. “El niño con cáncer: la información y la verdad”. En: *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena. M de los Reyes López, M Sánchez Jacob (ed.). Madrid: Ergon, (2010), 559-574*
- Gardner, H. frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences. New York: Basic Books, 1993.
- Gervas Camacho J, Segura Benedicto, A. García-Onieva Arlazcoz M. “Ética y vacunas: más allá del acto clínico”. En: *Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena. M de los Reyes López, M Sánchez Jacob (ed.). Madrid: Ergon, (2010), 229-236*
- Goleman D. Emotional Intelligence: Why it can Matter More Than IQ. New York: Bantam Books, 1995. (Traducción al español: Inteligencia emocional. Barcelona: Kairos, 1996)
- González Martín, Nuria. “Convivencia paterno-materno filial en el panorama internacional: Un acercamiento en torno a la sustracción de menores, Alienación parental y mediación familiar internacional.” En Alienación Parental. Comisión Nacional Derechos Humanos de México. 2011.
- González ME. Modelos de guarda y custodia. Síndrome de Alienación parental. Biblioteca básica de práctica procesal. Madrid, Ed. Bosch, 2010. [Publicación en línea].
<http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E1/P1-E1-S9-A2.pdf> . [consultado 23/04/2012.]
- Govea J. Ethical Concerns Regarding Interventions to Prevent and Control Childhood Obesity. *Prev Chronic Dis* (2011);8(5):A91.
- Gracia D, Júdez J. Ética en la práctica clínica. Fundación Ciencias de la Salud. Edit. Triacastela. Madrid, 2004.
- Griso T, Appelbaum PS. Assessing competence to consent to treatment. A guide for physicians and other health professionals. New York: Oxford University Press, 1998.
- Grzona M. E. “Muerte Digna en Neonatología”; *Revista médica Universitaria. Facultad de Ciencias Médicas de Uncuyo. Vol. 4 n° 1* - (2008)
- Guido B.”El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales”. *Congreso ALAPE 2000*. Montevideo.
- Guilarte, C. (a) comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en Guilarte, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*. Lex Nova, Valladolid, 2005, 153.
- Guilarte, C. (b) “La custodia compartida alternativa”. *InDret* 2, (2008), 1-33.
- Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, 253.
- Ibáñez, V. “El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados”. *Boletín de Derecho de Familia*, 4 (2004), 40-41.
- Irribarra Mengarelli, R.R. “La bioética como soporte de la bioseguridad”, en *Acta Bioethica* , Director Fernando Lolas Stepke, *Continuación de Cuadernos Programa Regional de Bioética OPS/OMS Año XII – N° 1* - (2006). 29-34
- Jarne Esparcia, Adolfo; Arch Marín, Mila. “DSM, Salud Mental y Síndrome de Alienación Parental”. Papeles

- del psicólogo 2009, Vol. 30(1), pp86-91.
- Lantos J, Siegler M, Cuttler . “Ethical issues in growth hormone therapy.” *L. JAMA*. (1989) Feb 17; 261(7):1020 -4. PMID: 2644454
 - La patria potestad en el derecho romano y contemporaneo». [Publicación en línea] Consultado 23/03/2012. http://html.rincondelvago.com/patria-potestad_2.html
 - Lauroba, E. “Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7257)”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 84, (2010), 1495. Citado por Alascio, L. en “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”. *InDret*, 2 (2011), 3.
 - León Vázquez F. “Escenarios legales con el menor en Atención Primaria”. *En: AEP ap eda. Curso de Actualización Pediatría 2013. Madrid: Exlibris Ediciones*; (2013). 193-198
 - LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE 9-7-2005.
 - Lorca, A. y Dentici, N.M. *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*. Edit. Inst.Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005, 65.
 - Luna Maldonado A; Conflictos ético-legales en endocrinología pediátrica. *Rev Esp Endocrinol Pediatr* 2010; 1 (Suppl). <http://www.endocrinologiapediatrica.org/revistas/P1-E1/P1-E1-S9-A2.pdf> [Publicación en línea]. Consultado 03/11/2013.
 - Macklin R. Ethical dilemmas in pediatric endocrinology: growth hormone for short normal children. *J.Pediatr Endocrinol Metab*. (2000); 13 Suppl 6:1349-52.
 - Mann L, Harmony RV, Power CN. Adolescent decision making: the development of competent. *J Adolescence* 1989; 12: 265-78.
 - Marcial Osorio F. “Ética en pediatría”, *en prensa J.P. Beca y C. Astete Editores. Bioética Clínica. Editorial Mediterraneo*, (2012).
 - Martínez Pastor, A; Carrillo Navarro, F. “Estrategias ante dilemas éticos en pediatría relacionados con la custodia compartida.” Trabajo fin de Master Bioética. Catedra Medicina Legal. Facultad. Medicina. Univ. Murcia (2013).
 - Mason, M. A. “¿Una Voz para el Niño?”. *Rev. de Derechos del Niño*, 2 (2003), 115-137.
 - Martínez González C. “Encuesta de ética en las UCIP españolas. Luces y sombras” *An Pediatr* 66 (1) (Barcelona). (2007) 87-106.
 - Martínón, J.M. "Aspectos éticos de la atención pediátrica" *Mesa redonda: Solución de Dilemas Éticos en práctica Clínica-Ponencias Hospital Univ. Santiago de Compostela*.
 - Messner H, Gentili L. “Reconciling ethical and legal aspects in neonatal intensive care”. *The Journal of Maternal Fetal and Neonatal Medicine*, (2011), Vol.24, No.S1, 126-128.
 - Mirando, C.R. “Síndrome de Alienación Parental: Aportes para la reflexión” *Alienación Parental*. Comisión Nacional Derechos Humanos México. 2011.
 - Moreno-Villares J. M. y cols. “Glosario de términos y expresiones frecuentes de Bioética en la práctica de la Nutrición Clínica”. [Publicación en línea]. Grupo de Ética de la SENPE. *Nutr Hosp*. 2010;25(5):543-548. <http://www.nutricionhospitalaria.com/pdf/4723.pdf> Consultado 12/10/2014.
 - Niebroj LT, Jadamus-Niebroj dj. “Do not resuscitate order' in neonatology: authority rules”. *J.Physiology and*

- Pharmacology* (2007), 58, Suppl 5, 485-492.
- Nooman JA. "Ethical Considerations of Some Biologic Dilemmas". *Southern Medical Journal* 66, (1973); 936-939.
 - Nwomeh B.C; Caniano D.A. "Emerging ethical issues in pediatric surgery". *Pediatr Surg Int* (2011) 27:555-562 Epub 2011 Apr 22. Review. PMID: 21512808
 - Ochoa Sánchez P; Carrillo Navarro F; Luna Maldonado A. *El interés del menor en la custodia compartida*. TFM curso 2012-13. Master de Bioética. Catedra Medicina Legal y Forense. Facultad Medicina Murcia.
 - Ogando, B. y García, C. "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro". *Pediatría integral* XI, 10, (2007), 877-888.
 - OMS: Enseñanza en los colegios de las habilidades para vivir. División salud mental. (Life Skills Education in Schools, 1993). Disponible en: < <http://www.habilidadesparalavida.net/es/documento.aspx?id=30209>> [Consulta: 31/05/2011]
 - Ortuño, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Civitas. Navarra, 2006, 60.
 - Osuna Carrillo de Albornoz, E. "Calidad de la información sanitaria como requisito para el consentimiento informado". [Publicación en línea] <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5n1/art10.pdf> [consulta: 12/03/2012]
 - Pacheco, S. *Derechos de Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*. Alexander. Bolivia 2004. Citado en Clavijo, JH. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. 2008.
 - Pearce J. Consent to treatment during childhood. The assessment of competence and avoidance of conflict. *Br J Psychiatr* 1994; 165: 713-6.
 - Pérez-Cárceles MD, Pereñíguez JE, Osuna E, Pérez-Flores D, Luna A. Primary care confidentiality for Spanish adolescents: fact or fiction?. *J Med Ética*. 2006 Jun; 32 (6) :329-34
 - Perez-Pastor EM, Metcalf BS, Hosking J, Jeffery IAN, Voss LD, Wilkin TJ. Assortative weight gain in mother-daughter and father-son pairs: an emerging source of childhood obesity. Longitudinal study of trios (Early Bird 43). *International Journal of Obesity* 2009; 33: 727-735.
 - Pérez Pico, VM. [Publicación en línea]. "Dilemas éticos en Pediatría". *Rev. Cames*. [Consulta: 25/06/2013]. <http://primumnonpecuniam.wordpress.com/revistas/revista-cames-no-22/dilemas-eticos-en-pediatria/>
 - Piaget J, Inhelder B. *The psychology of the child*. New York: Basic books, 1969
 - Piaget J. *El criterio moral en el niño* (2ªed). Barcelona: Fontanella, 1974. (Traducción de *Le jugement moral chez l'enfant*. París : París 1932).
 - Porras Villalobos H, Quesada Morales A.V. Personas menores edad involucradas en conflictos de pareja: implicaciones psicosociales. *M. Legal*. Costa Rica. (2009).26-2.
 - Pous de la Flor, Mª Paz. [Publicación en línea]. «Igualdad conyugal y custodia compartida en la legislación española». <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-196s.pdf> [consulta: 25/03/2012.]
 - Protocolo Detección de TDAH del Servicio Murciano de Salud. [Publicación en línea]. consultado 21/04/2012 http://orientamur.murciadiversidad.org/gestion/documentos/protocolo_tdah_completo.pdf.
 - Pruett MK, Hoganbruen K. "Joint custody and shared parenting. Research and interventions". *Children Adolescent Psychiatric Clinic* 7,(1998), 273-94.
 - Ramírez, M. *Cuando los padres se separan: Alternativas de custodia para los hijos*. Madrid, editorial Nueva

- Biblioteca, 2003.
- Reder P, Fitzpatrick G. What is sufficient understanding? *Clin Child Psychol Psychiatry* 1998; 3: 103-13.
 - Reparaz Goncer, B; Carrillo Navarro F. “Síndrome de Alienación Parental y custodia compartida.” Trabajo Fin de Master Bioética. Cátedra Medicina Legal. Facultad. Medicina. Univ. Murcia (2013).
 - Rivero, F. *El interés del menor*. Dykinson. Madrid, 2000.
 - Rojina Villegas, R. Compendio de derecho civil, “Introducción, Personas y Familia”, Porrúa, México, 1979, T. I, p. 667. Por su parte, Albaladejo la define como “el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”, en Ob. Cit, MORANT VIDAL, Jesús, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho Civil/>.
 - Roth LH, Meisel A, Lidz CW. Test of competency to consent to treatment. *AJ Psychiatry* 1977; 134: 279-84
 - Ruiz Carbonell, R. [Publicación en línea]. «El principio de igualdad entre hombres y mujeres. Del ámbito público al ámbito jurídico-familiar. <http://hdl.handle.net/10201/17585> 20/12/2010.Tesis doctoral Universidad de Murcia. [Consulta:26/03/2012].
 - Ruther M. Research and the family justice system: what has been the role of research and what should it be? *News Nat Council Family* 1999; 15: 2-6.
 - Sánchez Escartín, M.C. “Reflexiones éticas y recomendaciones para la toma de decisiones clínicas en la atención al RN sano”. *An Pediatr (Barc)*. (2012);77(6):413.e1---413.e5
 - Sánchez Jacob M. “La discapacidad en la infancia: problemas éticos y sociales. La diversidad funcional del ser humano”. En: Bioética y pediatría. Proyectos de vida plena. M de los Reyes López, M Sánchez Jacob (ed.). Madrid: Ergon (2010), 259-264
 - Sariego Morillo J.L; “Estudio Custodia Compartida en España. [Publicación en línea] [Consultado 10/01/2014] http://www.asociacionambos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=98:estudio-custodia-compartida-en-espana&catid=1:latest-news&Itemid=58
 - Sauer PJ. “Ethical dilemmas in neonatology: recommendations of the Ethics Working Group of the CESP” *Confederation of European Specialists in Paediatrics. Eur J Pediatr* (2001)160:364-368
 - Sentencia (257 / 2013) de 24-4-2013 del Tribunal Supremo Sala de lo Civil.
 - Sentencia Tribunal Supremo. [Publicación en línea] http://www.elderecho.com/actualidad/Tribunal-Supremo-Sala-rec_EDEFIL20130527_0001.pdf (consultado 03/06/2013)
 - Separación de padres con hijos en período de lactancia. Comité de Lactancia Materna. Asociación Española de Pediatría. [Publicación en línea] <http://www.aeped.es/comite-lactancia-materna/documentos/separacion-padres-con-hijos-en-periodo-lactancia> . Consultado 26 /01/2014.
 - Seuba JC. Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios. Materiales del Master en Derecho Sanitario y Bioética Facultad de Derecho de Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha (VI edición), 2009.
 - Silber T, Batshaw ML. “Ethical dilemmas in the treatment of children with disabilities”. *Pediatr Ann. Nov*; 33(11):(2004) 752-761.PMID:15559701.
 - Simeoni U, Vendemmia M, Rizzotti A, Gamberre M. “Ethical dilemmas in extreme prematurity: recent answers; more questions”. *European Journal Obstetric and Gynecology and reproductive biology* (2004); 117S: S33-S36
 - Soletto, M. A vueltas con la custodia compartida.[Publicación en línea].[consultado 09/02/2014].

- http://elpais.com/diario/2005/06/06/sociedad/1118008811_850215.html
- Soto Lamadrid, Miguel Angel. “Sínd. Alienación parental y Justicia Restaurativa”. Alienación Parental. Comisión Nacional Derechos Humanos de México. 2011.
 - Stamatakis E, Wardle J, y Cole TJ: Childhood obesity and overweight prevalence trends in England: evidence for growing socioeconomic disparities International Journal of Obesity 2010; 34:41–47.
 - Tervo RC, Wojda P. “El Principio del Doble Efecto, pruebas genéticas, y retraso psicomotor global”. *Journal of Child Neurology* (2009); 24 (8) 1030-1036.
 - Tichenor V. “Fathers”. *Fathering* 8, (2010);181-202.
 - Triana Estrada J. “La ética: un problema para el odontólogo”, *Acta Bioethica, Fdo Lolas Stepke, Cont. Cuadernos Programa Regional Bioética OPS/OMS Año XII – N°1* (2006)75-80.
 - Vallejo Orellana R, Sánchez-Barranco Vallejo F., Sánchez-Barranco Vallejo P. [Publicación en línea]. «Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en padres e hijos». http://scielo.isciii.es/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S0211-57352004000400006&lng=es
<http://dx.doi.org/10.4321/S0211-7352004000400006>. [consultado 30/04/2013].
 - Vasinova M. “Ethical dilemmas in pediatrics”. *Med Law* 19, (2000) 569-589
 - Vázquez Alonso M. G, Carrillo Navarro F. El Menor y el Consentimiento Informado. Trabajo Fin de Master Bioética. Cátedra Medicina Legal. Facultad. Medicina. Univ. Murcia. 2011.
 - Velasquez, V. I. “El principio del interés superior del niño contenido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como principio rector en los procesos de separación y divorcio”. *Tesis doctoral*. (2007). También en Clavijo, J.H. “Interés del menor en la custodia compartida”. *Tesis doctoral*. (2008).
 - Vidal Casero MC. La problemática del consentimiento informado. Cuadernos de Bioética. 1998;33(1):12-24. [Publicación en línea] <http://aebioetica.org/revistas/1998/1/33/12.pdf> [26/01/2014].
 - Villalta Suarez, R.J. “Descripción del Síndrome de Alienación Parental en una muestras forense”. *Psicothema* 2011. Vol 23. N°4. pp-636-641.
 - Ventura KA. “Ethical considerations in live liver donation to children”. *Ventura KA. Prog Transplant*. 2010 Jun; 20(2):186-90. PMID:20642178
 - Verdugo, M. y Soler-Sala, S. *La Convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*. Univ. Salamanca, 1996, 21.
 - Verweij M. and Kortmann F: Moral assessment of growth hormone therapy for children with idiopathic short stature. *Journal of Medical Ethics* 1997; 23: 305-309.
 - Whitney S. Et al. “Decision Making in Pediatric Oncology: Who should Take the Lead?. The Decisional Priority in Pediatric Oncology Model.” *J. Clin. Oncol* (2006); 24 (1):160-165.
 - Zornoza del Hoyo, R. “Orientación psico-jurídica del Síndrome Alienación Parental. Buscando soluciones”. En Separación y Divorcio: Interferencias parentales. ASEMIP (Asoc. Española Multidisciplinar Investigación de Interferencias Parentales).(2010).