



Jueves 4 de febrero de 2016

**Mesa redonda:
Problemática derivada del divorcio**

Conductora:

Narcisca Palomina Urda

Pediatra. CS. Las Flores. Granada.

■ **Papel del pediatra en la batalla del divorcio**

Carmen Martínez González

Pediatra. CS Villablanca. Madrid.

Profesora asociada de Pediatría.

Universidad Complutense de Madrid.

■ **Aspectos jurídicos del divorcio difícil**

Begoña González Martín

Abogada y mediadora familiar.

Servicio de Mediación Familiar de la Unión

de Asociaciones Familiares (UNAF).

■ **El trabajo con las emociones de las familias y los profesionales ante las situaciones del divorcio**

Miguel Garrido Fernández

Psicólogo clínico y psicoterapeuta familiar.

Profesor titular de Psicología.

Universidad de Sevilla.

**Textos disponibles en
www.aepap.org**

¿Cómo citar este artículo?

González Martín B. Aspectos jurídicos del divorcio difícil. En: AEPap (ed.). Curso de Actualización Pediatría 2016. Madrid: Lúa Ediciones 3.0; 2016. p. 39-44.

Aspectos jurídicos del divorcio difícil

Begoña González Martín

Abogada y mediadora familiar.

Servicio de Mediación Familiar

de la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF)

bgonzalezm@icam.es

RESUMEN

El divorcio, en ocasiones, tiene lugar en contextos de alta conflictividad entre los progenitores, cuyo abordaje es complejo y en el que se ven implicados diferentes servicios y profesionales.

Uno de esos profesionales involucrados en el divorcio difícil es el pediatra de Atención Primaria, en cuyas consultas se producen dos situaciones frecuentes: los desacuerdos de los progenitores sobre la salud de sus hijos y la solicitud de informes médicos con fines judiciales. Esas situaciones son resueltas por el pediatra, sin dificultades, atendiendo a sus conocimientos clínicos y a su capacidad de comunicación.

En esos pocos casos en los que el profesional ignore qué decisión debe adoptar, es útil que disponga de algunas nociones jurídicas básicas y que conozca que un buen recurso para conseguir y solventar las diferencias que mantienen esos progenitores divorciados es el de la mediación familiar.

INTRODUCCIÓN

El divorcio* es, hoy en día, una realidad socialmente aceptada, y su incremento –por causas, cuyo análisis excede del contenido de este artículo– es constante en las últimas décadas.

Más allá de las estadísticas y de la sociología, en la esfera personal, el divorcio es un acontecimiento estresante que conmociona la vida de sus protagonistas y la de sus hijos. Los divorciados se enfrentan a una serie de retos –el bienestar de los menores, el empeoramiento de su economía, una nueva vida y redes sociales, la búsqueda de un nuevo hogar y la satisfacción de necesidades afectivas y sexuales– que, aunque, al principio parecen inabordable, son superados con éxito en la mayoría de los casos¹.

En otras ocasiones, los divorciados se enzarzan entre sí en conflictos intensos y persistentes, y en pleitos enconados y duraderos con posturas antagónicas sobre la custodia de los hijos o por cuestiones económicas.

Esas situaciones complejas y dolorosas suponen un alto impacto emocional en los menores, y pueden conllevar consecuencias importantes en el desarrollo psicosocial del niño. Su prevención y tratamiento resultan, por tanto, cruciales.

El pediatra de Atención Primaria ocupa una posición privilegiada en esas familias al ser el profesional que, junto con el maestro, más cerca está del niño. Puede detectar en los menores esos síntomas que ocasiona el llamado divorcio difícil, y, si fuera necesario, derivar a otros especialistas, y también orientar a esos padres envueltos en el torbellino emocional que es el divorcio.

Al mismo tiempo, la atención a los niños de padres separados y las demandas de los progenitores puede generar en el pediatra dudas legales sobre su actuación.

*Nota de la autora: en este artículo se emplea el término divorcio como equivalente a cese de la convivencia, y separación judicial, excepto en el apartado "El cese de la convivencia, la separación judicial y el divorcio", en el que se explica el concepto jurídico

En este artículo nos centraremos en dos situaciones frecuentes en las consultas médicas: los desacuerdos de los progenitores sobre la salud de sus hijos y la solicitud de informes médicos con fines judiciales. Previamente, definiremos algunos términos legales básicos relacionados con las cuestiones anteriores y, finalmente, nos referiremos a la mediación familiar, una intervención eficaz para abordar la problemática derivada del divorcio difícil.

ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

Los padres divorciados utilizan a menudo en las consultas conceptos jurídicos como custodia, patria potestad, etc., siendo útil que el profesional conozca su significado para disipar la inseguridad que genera el desconocimiento de la ley.

El cese de la convivencia, la separación judicial y el divorcio

El cese de la convivencia supone la ruptura de una pareja no casada. La ley establece que todos los hijos son iguales; es decir, las obligaciones y derechos de los convivientes respecto de sus hijos menores de edad son idénticos a los de los progenitores que han contraído matrimonio, siendo indiferente que hayan convivido o no o que estén registrados o no como pareja de hecho.

La separación judicial es el cese de la convivencia de una pareja casada. El vínculo conyugal se mantiene y, por esa razón, los separados judicialmente no pueden contraer nuevo matrimonio.

El divorcio supone la disolución del vínculo conyugal y permite contraer nuevo matrimonio.

Los efectos jurídicos de las tres situaciones anteriores son similares y pueden regularse de común acuerdo o de forma contenciosa.

Si el procedimiento es de común acuerdo, los progenitores presentan al juez un documento llamado convenio regulador en el que se detalla la nueva organización fa-

miliar (custodia de los hijos, régimen de visitas, pensión alimenticia y uso de la vivienda familiar), y el juez dicta sentencia decretando el cese de la convivencia, la separación o el divorcio y aprobando el convenio.

En los supuestos contenciosos, el juez también dicta sentencia y, a falta de acuerdo, regula él mismo los efectos jurídicos de esa ruptura.

La patria potestad y la guarda y custodia

La patria potestad es el conjunto de los deberes y facultades que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores de edad o incapacitados. Comprende, como dice el artículo 154 del Código Civil²: “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes”.

Ambos progenitores son los titulares de la patria potestad, salvo que alguno de ellos haya sido privado de ella por un juez, que exige siempre causas muy graves (abuso sexual, maltrato, etc.). Por tanto, los separados y divorciados conservan la patria potestad de sus hijos, lo que significa que las decisiones trascendentales –la principal, la salud– que afecten a los menores deben ser adoptadas de común acuerdo.

La custodia es la posición que ocupa el progenitor respecto del hijo con el que convive. Tiene encomendado el cuidado directo del niño y desarrolla las funciones parentales que necesitan la inmediatez. Contrariamente a lo que muchas veces se entiende, no tiene mayor poder de decisión que el progenitor no guardador. Únicamente puede adoptar las decisiones cotidianas, rutinarias o poco trascendentes.

La custodia puede ser exclusiva, en los casos en los que los hijos viven la mayor parte del tiempo con uno de sus progenitores, o puede compartirse, cuando la convivencia con los menores se distribuye de forma alterna por periodos más o menos similares.

DESACUERDOS ENTRE LOS PROGENITORES SOBRE LA SALUD DE SUS HIJOS

Los desacuerdos sobre la salud de los hijos no son monopolio de los progenitores divorciados.

Sin embargo, en muchas ocasiones, como consecuencia de un mal divorcio, las relaciones entre los progenitores son inexistentes o la comunicación entre ellos está gravemente deteriorada, y los desacuerdos sobre los menores son constantes. De hecho, se ha acuñado el término “familia judicializada” para describir a esas exparejas que acuden intermitentemente a los juzgados para que el juez decida sobre cuestiones relacionadas con sus hijos (desde la prescripción de un tratamiento médico, a la elección de un colegio, o la realización de la primera comunión).

Un buen recurso para conseguir un acuerdo y solventar las diferencias que mantienen esos progenitores divorciados es el de la mediación familiar; a la que nos referiremos más adelante.

También es tranquilizador saber que en Atención Primaria “la mayoría de las consultas se resuelven sin dificultades recurriendo a nuestros conocimientos clínicos y nuestras habilidades comunicacionales”³.

Sin embargo, en aquellos casos en los que las discrepancias no se resuelven mediante un acuerdo, ¿cómo puede actuar el pediatra?

Al respecto, el artículo 156 del Código Civil indica que: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

Añade que: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir

al padre o a la madre". Si los desacuerdos son reiterados, el juez puede optar por atribuir a uno de los padres el ejercicio de la patria potestad o distribuir entre ellos sus funciones por un tiempo limitado.

Finalmente, sobre la actuación de terceras personas, el citado artículo indica: "Se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro".

Por tanto, el pediatra debe tener en cuenta, en primer lugar, que no es necesaria la presencia de ambos padres, aunque estén divorciados, para atender a un menor. El divorcio no modifica la patria potestad sobre los hijos menores.

Si el profesional ignora que existe un desacuerdo sobre la salud del menor, su actuación está amparada por la buena fe y por la presunción de que cada uno de los progenitores está actuando con el consentimiento del otro.

Si, por el contrario, el pediatra es partícipe de la discrepancia entre los progenitores sobre la salud del hijo, y la situación es urgente, adoptará la decisión que proteja el interés del menor, como indica el artículo 9.2 de la ley 41/2002, de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴.

Si el acuerdo no es posible, y la actuación no es urgente ni grave, lo pondrá en conocimiento del juez, según dispone el precepto anteriormente citado. Ese juez será el Juzgado de Guardia o a través de Fiscalía⁵.

LA SOLICITUD DE INFORMES MÉDICOS COMO MEDIO DE PRUEBA

Es frecuente que los padres divorciados enfrentados en un juicio soliciten al pediatra la cumplimentación de informes médicos.

Lógicamente, el profesional puede albergar la duda de si debe dar esa información a cualquiera de los dos proge-

nitores, o solo al que tiene la guarda y custodia del hijo e, incluso, únicamente al menor de edad si tiene la madurez necesaria que, en el ámbito sanitario, es quien ha alcanzado dieciséis años.

Para resolver estas cuestiones disponemos de las normas ya citadas –el Código Civil y la Ley 41/2002, de autonomía del paciente (en adelante LAP)– y también de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter personal⁶, que consagra la confidencialidad de los datos personales y los relativos a la salud.

El acceso a la historia clínica corresponde, obviamente, a los profesionales al ser el instrumento fundamental para la adecuada asistencia al paciente, pero deben preservar el anonimato de los datos (artículo 16,3 de la LAP).

A su vez, el paciente tiene derecho a la información asistencial (artículo 4 de la LAP), y acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella, pero existen ciertas limitaciones a ese derecho de acceso. Concretamente, el artículo 18 indica que no pueden facilitarse datos de terceras personas que puedan estar incluidas en la historia clínica por interés terapéutico y también se permite al médico que sus anotaciones subjetivas queden excluidas de ese derecho de acceso.

El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse **por representación debidamente acreditada** (artículo 18,2 de la LAP), siendo este supuesto (relacionado con lo dispuesto en el Código civil) en el que encaja el acceso a la historia clínica de un menor de edad por parte de sus progenitores.

Recordemos que los padres son los titulares de la patria potestad de sus hijos menores de edad o incapacitados, que esa titularidad no se pierde con la separación o el divorcio y que la patria potestad supone, entre otros extremos, ostentar la representación legal de esos hijos.

Por tanto, el médico puede facilitar información médica a cualquier progenitor de un menor de edad bastándole que le conste que es el padre o la madre y, en los su-

puestos de separación, divorcio o cese de la convivencia, puede solicitar la sentencia, si tiene alguna duda.

Sobre el acceso a las historias clínicas de los menores, la Agencia Española de Protección de Datos ha emitido varios informes y, aunque en el año 2004 indicó que los padres debían recabar la autorización de sus hijos mayores de catorce años para acceder a sus datos médicos, sin embargo, en informes posteriores ha concluido que los progenitores tienen derecho a la entrega de los informes médicos de sus hijos menores de edad, es decir, menores de dieciocho años.

A ese acceso por parte de los padres no puede oponerse el menor al entender aquel organismo que "disponer de la información sanitaria de los hijos es fundamental para poder velar adecuadamente por la salud de los mismos"⁷, y que "las obligaciones establecidas en el Código Civil, en tanto el menor no sea emancipado, permanecen durante toda la minoría de edad del afectado"⁸.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR, UN RECURSO PARA LOS PADRES DIVORCIADOS

Los padres divorciados suelen necesitar orientación en esa etapa vital en la que se encuentran, embargados por los sentimientos de dolor, incertidumbre o temor, que provoca la ruptura. Apoyar a esos padres contribuye a ayudar a los hijos a adaptarse al divorcio.

El pediatra puede tranquilizar a los adultos, preocupados por el impacto emocional del divorcio en los menores, y explicarles que ciertas reacciones que los hijos experimentan ante la ruptura de sus progenitores, como alteraciones en el sueño o en la alimentación, disminución en el rendimiento escolar; regresión, enfado o agresividad, tristeza, culpabilidad o miedo, son fruto de la adaptación intensa y rápida a la situación nueva que supone el divorcio, y son normales durante las semanas o meses siguientes a la separación.

Si esos síntomas se agudizan o persisten con el tiempo, el facultativo puede derivar a los niños a un especialista

en salud mental porque "la atención y el tratamiento precoz de los problemas emocionales y de conducta de los hijos es una medida preventiva de trastornos psiquiátricos más relevantes en la edad adulta"⁸.

En los casos de divorcios difíciles, el pediatra puede informar de los servicios de mediación familiar públicos y privados existentes en prácticamente todo el territorio nacional.

La mediación familiar parte de la idea de que el divorcio no ha de suponer para los hijos la pérdida de alguno de sus progenitores y de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental es un factor de estabilización emocional de primera magnitud para los menores.

En mediación, los progenitores, con la asistencia de un profesional imparcial que no tiene poder de decisión, pero sí capacidad de comunicación y negociación, tratan con detalle todos aquellos aspectos afectados por la ruptura (las decisiones sobre los hijos, su salud, educación, la vivienda, las necesidades económicas, etc.) para alcanzar acuerdos que satisfagan los intereses de los menores y de ellos mismos.

Esa intervención mediadora también puede tener lugar si, una vez divorciados, surgen diferencias de criterio entre los progenitores o dificultades o, incluso, incumplimientos de los acuerdos.

La práctica de la mediación ha demostrado ser un instrumento útil en la gestión de los conflictos familiares y, específicamente, para abordar la ruptura de la pareja. Atiende los aspectos legales del divorcio y, sobre todo, las emociones intensas que acompañan a la ruptura, que están en el origen de muchos conflictos.

Los acuerdos alcanzados en mediación, al ser decididos y negociados por los propios protagonistas, son más satisfactorios y se cumplen con más frecuencia.

El beneficio es, aún, mayor para los menores. Estos perciben que sus progenitores siguen actuando como padres y que los mantienen al margen de sus diferencias.

CONCLUSIONES

El divorcio es un acontecimiento estresante que, en la mayoría de los casos, es superado con éxito.

En otras ocasiones, el divorcio se da en un clima de conflicto en el que se ve implicado el pediatra de Atención Primaria, que es requerido para entregar informes o para dirimir discrepancias entre los progenitores sobre la salud de sus hijos.

Una gran parte de esas demandas pueden resolverse fácilmente por el profesional y, en los casos de dudas, existen criterios legales para adoptar una decisión.

La atención de los menores afectados por el divorcio difícil de sus progenitores es fundamental para la prevención y el tratamiento de problemas emocionales y conductuales.

Un buen recurso para abordar la ruptura de la pareja es la mediación familiar que atiende no solo los aspectos legales del divorcio, sino también las emociones intensas que acompañan a la ruptura, origen de muchos de los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- González Martín B. Divorcio y separación. Madrid: Acento Editorial; 2003.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.
- León Vázquez F. Escenarios legales con el menor en Atención Primaria. En: AEPap (ed.). Curso de Actualización Pediatría 2013. Madrid: Exlibris Ediciones; 2013. p. 193-8.
- 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 274, (15/11/2002):40126-32.
- Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Boletín Oficial del Estado, n.º 298, (14-12-1999):43088-99.
- Informe jurídico 0114/2008. Comunicación de los informes médicos de los menores a los padres. Gabinete jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos. [Fecha de acceso 8 dic 2015]. Disponible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdfs/2008-0114_Comunicaci-oo-n-de-los-informes-m-ee-dicos-de-los-menores-a-los-padres.pdf
- Informe 0222/2014. Menores e historia clínica. Consentimiento y derecho de acceso y oposición. Gabinete jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos. [Fecha de acceso 8 dic 2015]. Disponible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2014-0222_Menores-e-historia-cl-i-nica_Consentimiento-y-derechos-de-acceso-y-oposici-oo-n.pdf
- Callabed J. Repercusiones del divorcio en niños y adolescentes. En: Díaz JA, Marín L, Muñoz A. Manual de Pediatría Social. Sociedad de Pediatría Social. Asociación Española de Pediatría. Málaga: Ediciones del Genal; 2013. p. 155-63.