



INFORME EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA SOBRE LA OBLIGATORIEDAD/IDONEIDAD DE REMITIR A LOS PROGENITORES LOS INFORMES DE SEGUIMIENTO QUE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR (PEF) REMITEN PERIÓDICAMENTE AL ÓRGANO JUDICIAL DERIVANTE

49/2016 IL

I. OBJETO DEL INFORME

Por la Dirección de Justicia del Departamento de Administración Pública y Justicia, se remite la presente consulta, al objeto de que por esta Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo se emita Informe sobre la obligatoriedad/idoneidad de remitir a los progenitores los informes de seguimiento que los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) remiten periódicamente al órgano judicial derivante.

En concreto, la consulta va dirigida a emitir informe jurídico *“sobre la obligatoriedad/idoneidad de remitir tales informes **directamente a los progenitores** o, en su caso, **la forma de proceder respecto a estas demandas de información**”*.

A su vez, para enmarcar más correctamente el objeto de la consulta, por la Dirección de Justicia se indica que dicha Dirección tiene encomendada la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF), conforme a lo dispuesto en el *Decreto 124/2008, de 1 de julio, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco*.

En cumplimiento de dicho cometido, *“Toda la información judicial, los informes de seguimiento, etc., que conforman el expediente de cada familia, se encuentra archivada en nuestras dependencias de Lakua, información que, como establece el Decreto arriba citado, se remite únicamente al órgano judicial derivante”*.

Y añaden que *“dado el alto nivel de conflictos existentes en numerosos casos entre el progenitor custodio y el no custodio y la alta litigiosidad entre éstos, **en varios casos alguno de ellos exige al PEF conocer el contenido de los informes de seguimiento que se remiten al juzgado**”*, exigencia que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 124/2008, cuando regula los *“Derechos de las personas usuarias”* y, entre ellos, en la letra h) se contempla el derecho *“A acceder a la información contenida en su expediente personal, siempre que no sea contrario al interés superior del niño ...”*.

En definitiva, la consulta se plantea porque algunos usuarios, no contentos con acceder al expediente personal y, en consecuencia, a los referidos informes de seguimiento, **solicitan que se les remitan directamente tales Informes de seguimiento**, como si del propio órgano judicial derivante se tratara.

II.- ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO

El punto de partida de la consulta planteada es el **Decreto 124/2008, de 1 de julio**, que regula los requisitos funcionales, materiales y de personal que deben cumplir los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco, sean públicos, privados o concertados. Y que, entre los cometidos que tiene que llevar a cabo, tiene el de elaborar una serie de informes, cuyo destinatario primero será el órgano judicial derivante (así, en los artículos 26.5, 28, 29.1, o 33.a...). De esta manera, se trata de dar respuesta a uno de los objetivos específicos del Decreto, que no es otro que el de *“disponer de información fidedigna y objetiva sobre evolución de las*

relaciones familiares en el transcurso de las visitas, por las madres y los padres, las personas tutoras o guardadoras, o, en su caso, otros parientes o personas allegadas, así como facilitar dicha información a los órganos administrativos o judiciales competentes, a efectos de fundamentar la defensa, si fuese preciso, de los derechos del niño, niña o adolescentes” (artículo 4.h del Decreto).

En concreto, en el **artículo 28**, bajo el título **“informes de seguimiento”**, se señala que *“Con la periodicidad que se determine en la resolución de derivación o, en su defecto, con carácter trimestral, la persona profesional designada como referente del caso en el Punto de Encuentro Familiar remitirá **al órgano judicial derivante un informe de seguimiento**, que recogerá las incidencias señaladas en el expediente personal, y la opinión motivada del equipo técnico acerca de la continuación, la suspensión, la modificación o el cese de la intervención, sin que pueda considerarse que dicho informe tenga carácter vinculante para el órgano derivante con vistas a determinar la continuación, la suspensión, la modificación o el cese de la intervención. Lo anterior deberá entenderse sin perjuicio de la necesidad de informar puntualmente de las posibles incidencias que puedan presentarse en cada intervención”*. Es a estos “informes de seguimiento” a los que, en principio, se refiere la consulta, sin perjuicio de que muchas de las reflexiones que abordaremos para responderla podrán ser también aplicables a los demás informes elaborados por los equipos psicosociales para su remisión al órgano judicial derivante, con base en el devenir de la intervención del Puntos de Encuentro Familiar (o PEF) en cada caso concreto.

Conforme al literal del artículo 28 del **Decreto 124/2008, de 1 de julio** que regula los informes de seguimiento y que hemos reproducido arriba, **entendemos que, en sentido estricto, esos informes de seguimiento a los que se refiere la consulta no forman parte del expediente personal**, sino que recogen *“las incidencias señaladas en el expediente personal, y la opinión motivada del equipo técnico acerca de la continuación, la suspensión, la modificación o el cese de la intervención”*. Es decir, los informes de seguimiento

son un resumen de las incidencias que se han recogido -en el período en cuestión- en el expediente personal del menor, amén de recoger la valoración de las mismas para conformar la opinión motivada del equipo técnico sobre la continuación, suspensión, modificación o cese de la intervención. **Ello no obstante, es comprensible que, una vez emitidos y remitidos al órgano judicial derivante, una copia de dichos informes se archive en el expediente personal, pasando en consecuencia a formar parte del mismo;** de tal forma que tanto los menores como los progenitores, en tanto que personas usuarias, puedan solicitar y tener conocimiento de lo recogido en ellos, conforme al **derecho de acceso al expediente personal**, previsto en el **artículo 10, letra h),** y *“siempre que no sea contrario al interés superior del niño, niña o adolescente o ponga en riesgo la seguridad de la persona amparada por una orden de protección, y siempre que no invada el derecho a la confidencialidad [de] otras personas interesadas”*.

Aunque el destinatario primero del informe sea el juez o tribunal derivante, no se cuestiona el derecho de acceso en sede administrativa, que la consulta admite expresamente desde el momento en que dicho informe se incorpore al expediente, normalmente con posterioridad a su comunicación al órgano judicial. Y ello, independientemente de que el citado informe será en última instancia objeto de traslado a los progenitores usuarios por otra vía, en tanto que partes del proceso judicial del que proviene la derivación, y en la medida en que el conocimiento de todos los documentos obrantes en autos resultará esencial para su derecho de defensa, requiriéndose la participación de las partes para cualquier actuación pericial, incluidos los informes y la ratificación de periciales (art. 24.2 CE y art. 229.2 LOPJ). Además, claro está, que ya en sede judicial las partes y cualquier persona que acredite interés legítimo y directo tendrá derecho a obtener, en la forma dispuesta en las leyes procesales, copias simples de los escritos y documentos obrantes en autos, con excepción de los declarados secretos o reservados (234 y 235 LOPJ), siendo el tratamiento de los datos personales llevado a cabo por los tribunales con ocasión de la tramitación de los procesos en que sean competentes llevado a cabo, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, incluida la posibilidad de que se supriman los datos personales de los documentos a los que puedan acceder las partes que no sean necesarios para garantizar su derecho de defensa (236 bis y ss LOPJ).

Por su parte, centrándonos en la fase administrativa, el artículo 9.1 del Decreto 124/2008 se remite a los derechos reconocidos también en el Decreto 64/2004, de 6 de abril, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el régimen de sugerencias y quejas. Decreto este último cuyo artículo 8.n) el vuelve a incidir sobre el derecho de los usuarios del servicio de acceso al expediente y apunta a que entronca con el que, partiendo de su condición de interesados en el procedimiento, les reconoce ya la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo, para acceder a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, a obtener copias de los documentos contenidos en ellos y a conocer el estado de tramitación de dichos procedimientos (letras a y h del artículo 35 y artículo 37 de la todavía vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o LRJPAC), y ello sin perjuicio de que “el acceso a documentos que afecten a la intimidad de las personas estará reservado a estas” (art. 37.2 LRJPAC).

En este sentido, no está de más recordar que a partir de la entrada en vigor, **el próximo 2 de octubre de 2016, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el régimen vigente de acceso a los expedientes administrativos será sustituido, por remisión de su artículo 13.d**, por lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, Ley de transparencia).

El derecho de acceso al expediente, hasta ahora construido sobre la base del constitucional derecho genérico de acceso a archivos y registros

administrativos previsto en el artículo 105.b CE, adquiere una nueva dimensión al vincularse al principio de transparencia que, a partir del derecho de acceso a los documentos previsto en el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y del derecho a una buena administración incorporado en el artículo 41 de la misma, es elevado a rango de derecho fundamental europeo, al mismo nivel que el derecho a la protección de datos de carácter personal reconocido en el artículo 8 CDFUE relacionado a su vez con el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución española (CE). De tal forma que, a partir de la entrada en vigor el próximo 2 de octubre de 2016, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la limitación por razón de la afección a la intimidad (incluida la que deriva de lo previsto en las letras a y b del artículo 10 del Decreto 124/2008 que regula los puntos de encuentro familiar y que, en concreto, afecta al derecho de acceso reconocido en la letra h de ese mismo artículo) habrá entenderse reconducida a lo previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley de Transparencia, más proclive aún si cabe al reconocimiento del derecho de acceso de lo que ya era la Ley 30/1992.

Conforme a estos artículos de la Ley de transparencia *“cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud **concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal**”*. Para ello deberá tomar particularmente en consideración, a los objetos de dicha ponderación, *“la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad”* (art. 15.3.d de la Ley de transparencia). Y deberá tener en cuenta que el potencial perjuicio a *“la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva”* podrá también dar ocasión a una limitación del derecho de acceso (art. 14.f de la Ley de transparencia). Por

otro lado, también conviene recordar que, dentro de ese nuevo régimen de acceso a los expedientes, en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos no afecte a la totalidad de la información, será obligatorio siempre conceder en todo caso *“el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido”* (art. 16 de la Ley de transparencia). En este sentido, por lo demás, la Ley de transparencia se remite, una vez más, a lo dispuesto por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con cuyos preceptos habrá de integrarse, a la hora de que se realice esa ponderación (art. 15 de la Ley de transparencia).

Es evidente, así mismo, que **los datos contenidos en el expediente serán siempre datos personales**, por cuanto dada la naturaleza de la labor que ejercen los PEF serán **referentes a la intimidad personal y familiar de los usuarios**, en el sentido del artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (o LOPD), a la que se remiten las anteriores. Atendiendo pues, a la normativa de protección de datos y la LOPD, debemos partir de la constatación de que *“cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias”* para su tratamiento no será preciso el consentimiento que de otro modo se exigiría (art. 6.2 LOPD). Y que los datos recogidos podrán evidentemente ser comunicados, aún sin consentimiento de los interesados, a los Jueces o Tribunales que actúan en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (art. 11.2.d LOPD). Pero, también, a un tercero (como puede ser, uno de los progenitores que sea parte del proceso, respecto de los datos del otro progenitor, del menor o de otros familiares usuarios del PEF), cuando ello sea para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, e incluso sin mediar el consentimiento del interesado, cuando la cesión está autorizada en una ley (artículo 11.2.a LOPD) como sería el caso de las leyes que, en este caso, regulan el acceso al expediente por parte de los interesados usuarios del PEF, en las condiciones expuestas. Y ello, sin perjuicio de que, en todo caso, tampoco sería necesario ese consentimiento,

aun cuando esa legitimación legal pudiera verse afectada en virtud de la ponderación de los demás derechos en juego, si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación (artículo 11.6 LOPD), procedimiento vinculado al de acceso parcial que antes hemos referido.

Así mismo, esta remisión a la normativa de protección de datos, nos lleva a su vez a advertir que sobre esos mismos datos se darán los derechos de acceso, rectificación y cancelación que la misma reconoce (arts. 15 y 16 LOPD) que suponen entre otras cosas que ***“el interesado tendrá **derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos**”***. Por otra parte, el derecho de acceso entendido en estos términos *“es independiente del que otorgan a los afectados las leyes especiales”* y en particular la legislación de procedimiento administrativo (art. 29.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD). Si bien este derecho no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado, hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección, lo cual habrá de ser debidamente motivado en la resolución de denegación (art. 24.2 LOPD). Y *“sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes”* (art. 15.3 LOPD).

Debe tenerse en cuenta que estos derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son personalísimos y sólo pueden ser ejercidos por el afectado (art. 23.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD). Si bien, *“cuando el afectado se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de estos derechos, podrán ejercitarse por su representante legal, en cuyo caso será necesario que acredite tal condición”* (art. 23.2.b de ese mismo Reglamento).

Por último, atendido el carácter valorativo inherente a la opinión del equipo psicosocial incorporada al informe de seguimiento, mención aparte merece, todavía en el ámbito de la normativa de protección de datos, el derecho a la “impugnación de valoraciones” conforme al cual *“los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad”,* en cuyo caso *“el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad”* y *“la valoración sobre el comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado”* (art. 13 LOPD).

Ciertamente, los informes elaborados por el equipo psicosocial del PEF, como es el caso de los informes de seguimiento a los que se refiere la consulta, no son vinculantes y no tienen efectos jurídicos directos, como sí tiene la decisión del juez que en su caso pueda seguirse en sede del procedimiento judicial de referencia. Así mismo, no pueden ser calificados, en sentido estricto, como actos administrativos. Y sería incluso dudoso que puedan calificarse como “decisiones privadas”, por cuando son, más bien, recomendaciones no vinculantes basadas dirigidas al órgano judicial que expresan la opinión motivada del equipo técnico, siendo como decimos el órgano judicial a quien, propiamente, corresponde la decisión con efectos jurídicos. Por ello, difícilmente puede defenderse que este artículo les sea de directa aplicación. Ahora bien, desde un punto de vista hermenéutico, en relación con la cuestión planteada, y los demás fines que informan el Decreto, conviene no perder este precepto de vista ya que dota de contenido a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que sí son aplicables a los datos personales contenidos en el expediente.

Pero además esos datos, aunque salvo cuando se refieran a la salud o la vida sexual no serán datos especialmente protegidos en el sentido del artículo 7 de la LOPD, **tienen siempre un tratamiento especial en la medida en que siempre afectan a menores** (artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD), **por ser los menores los primeros destinatarios de los PEF**, a quienes los demás usuarios visitan o acompañan en los PEF (artículo 3 del Decreto 124/2008). En este sentido, el artículo 9.2 del Decreto 124/2008 Decreto 124/2008, de 1 de julio, regulador de los puntos de encuentro familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco, se remite también a los derechos *“de los niños, niñas y adolescentes atendidos en dichos Puntos de Encuentro... recogidos en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia y en el resto del ordenamiento jurídico vigente”*.

Entre esos derechos, *“los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos cuando lo permitan las leyes y, en todo caso, mediante sus representantes legales, siempre que éstos no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los de la persona menor de edad”* (artículo 17 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia). Por lo que, en las ponderaciones a las que venimos haciendo referencia respecto a las solicitudes de acceso, habrá que tener en cuenta en qué medida una imposibilidad real de acceso a esos informes de seguimiento dirigidos al Juez en el marco de un procedimiento judicial pueda afectar al derecho de defensa del menor. Derecho de defensa que, no lo olvidemos, el menor ejerce por sí mismo, o por sus representantes legales, papel normalmente ejercida por los propios progenitores. En este sentido, sin perjuicio del carácter contencioso de la práctica totalidad de los procedimientos a los que atienden los PEF, en los que habitualmente puede existir incluso una disputa entre ambos progenitores por la guarda, custodia o la patria potestad del menor, en principio debe presuponerse que, salvo que hubieran sido privado de dicha representación legal, ambos progenitores representan y tienen el deber de perseguir el bien superior del menor, y ejercen

la representación legal del mismo en tanto no sean privados de ella. Lo que obliga a tratar las solicitudes del progenitor que ostente la representación legal del menor, desde una perspectiva singular, asimilable a la que merece el propio menor en relación a su propio derecho de defensa y en relación al interés superior del menor.

Así mismo, es también relevante traer a colación el hecho de que la reciente **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha venido a modificar la definición legal de “interés superior del menor”**, al modificar entre otros el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que queda redactados en los siguientes términos:

«Artículo 2 Interés superior del menor

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*

b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*

c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y **se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares**, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*

d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

3. *Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:*

a) *La edad y madurez del menor.*

b) *La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado,*

solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

*4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor **deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.***

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

*Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor **deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.***

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada **respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:**

a) **Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.**

b) **La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos.** En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) **La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor** o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) **La adopción de una decisión que incluya en su motivación** los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de **recursos que permitan revisar la decisión adoptada** que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del **derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos**".

Así mismo, el nuevo artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que ahora venimos glosando (artículo introducido recientemente por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), tras apuntar que las

Administraciones Públicas no necesitarán el consentimiento de los interesados para la recogida y el tratamiento de los datos personales “*que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social*” nos vuelve a remitir a “la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposiciones de desarrollo” respecto al tratamiento de los datos de carácter personal del menor.

De lo cual, podemos extraer, por un lado, que el menor tiene un derecho propio a ser oído y a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior, lo que implica que “*el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*” (conforme al nuevo artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, introducido también por la Ley Orgánica 8/2015). Pero implica también que en las medidas adoptadas, y con respeto a las garantías del proceso, deben protegerse además “*la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses*”; así como, en particular, los derechos de “*los otros intereses legítimos presentes*” y “*en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados*”. Entre los que, como hemos visto, están implicados el derecho de defensa y a una tutela judicial efectiva, pero también el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a una buena administración, y el derecho de acceso a los documentos públicos.

Todo lo cual, sin hacer a las partes destinatarias directas de los informes de seguimiento en el mismo sentido que lo es el Juez, debe tenerse en cuenta al tratar sus solicitudes de acceso en sede administrativa, que no deben verse menospreciadas por el hecho de que esos documentos vayan a llegar a sus manos, por otra vía, en un momento posterior.

A fin de cuentas, además de garantizar que el órgano judicial pueda tener información fidedigna para tomar la decisión más adecuada al proceso del que deriva la intervención de los PEF, no debe perderse de vista que las valoraciones y sugerencias que fruto del trabajo de los servicios psicosociales se puedan contener en expediente son también un instrumento de primer orden, no sólo de cara al proceso judicial subyacente, sino también de cara a la consecución de los demás objetivos del Decreto 124/2008 que regula los PEF. Y es que, más allá de la asistencia al procedimiento judicial, es también misión de los PEF: “...f) *Prestar una orientación destinada a mejorar las relaciones materno-paterno filiales y a facilitar la adquisición de habilidades de crianza. g) Dotar a las madres y a los padres, de las habilidades necesarias para que alcancen cierta autonomía y sean capaces de relacionarse con sus hijos e hijas menores de edad sin la ayuda y supervisión del servicio, extendiéndose este objetivo a las personas que ejerzan la guarda o la tutela, así como a otros familiares o allegados que hagan uso del servicio...* i) *Formar a los padres y madres con el objeto de que eduquen a sus hijas e hijos en el respeto, la igualdad y la convivencia*” (artículo 4 del Decreto 124/2008).

Es decir, los PEF no son sólo un servicio de apoyo a la administración de justicia, sino también, quizá incluso con mayor razón, **un servicio de apoyo a las familias** en el sentido del art. 43 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Y esta es una perspectiva relevante, porque en la medida que lo que este servicio pretende es orientar y dotar de autonomía a los padres mejorando sus habilidades parentales, debemos entender también que estos objetivos no son sino manifestaciones concretas del “derecho a la autonomía” de las personas usuarias de los servicios sociales “*para participar en la adopción de las decisiones que les afecten directa o indirectamente y ser respetadas en sus opciones*”. Pues, a fin de cuentas, es para informar esas decisiones para lo que servirá la comunicación de los informes remitidos al órgano judicial, que conforme a ellos decidirá “*acerca de la continuación, la suspensión, la modificación o el cese de la intervención*”.

Este derecho a participar en las decisiones que les afecten se lo reconoce expresamente el Decreto 64/2004, de 6 de abril, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el régimen de sugerencias y quejas, que como antes hemos mencionado contiene un régimen de derechos al que expresamente se remite el Decreto 124/2008 que regula los PEF. En concreto, en su artículo 7 del Decreto 64/2008 reconoce ese **derecho a la autonomía de los usuarios** e integra, dentro de ese mismo “derecho a la autonomía”, el derecho a ***“acceder a una información completa, redactada de forma comprensible y, en su caso, adaptada a sus necesidades especiales, acerca de todas las cuestiones que les puedan afectar”***. Derecho que, además, debe ponerse en relación con los artículos 13 y 8 del citado Decreto 64/2004, que respectivamente reconocen el derecho al “*conocimiento y defensa de los derechos*” y a la “*información*”, incluyendo el ser informadas de forma precisa y clara “*del contenido del expediente*”, situándolo en el marco del derecho de acceso al expediente reconocido por la Ley 30/1992 (lo que a partir de su próxima entrada en vigor debe entenderse referido a la Ley 39/2015, como antes hemos visto), y siempre dentro del respeto al derecho a la privacidad y confidencialidad de los usuarios (artículos 6 y 29 del Decreto 64/2004), de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que habrá de informar cada solicitud de acceso, caso por caso.

III.- ANÁLISIS DEL CASO

De la extensa cita de normativa aplicable que hemos hecho en el apartado anterior es evidente, cuando menos, que el tratamiento de los datos contenidos en esos informes (y que enmarca la pregunta que se nos plantea sobre “la forma de proceder respecto a las demandas de información” a la que se refiere la consulta) es una cuestión delicada y, al menos potencialmente, jurídicamente compleja, por cuanto implica una variedad de normativas que

confluyen en su regulación, y la ponderación de varios derechos, de carácter fundamental, que pueden potencialmente entrar en conflicto.

Recapitulando: los datos contenidos en esos informes, que es sobre los que versará la opinión del equipo técnico, serán siempre datos relativos a la intimidad personal y familiar de los usuarios, es decir, datos personales en el sentido de la LOPD y del derecho fundamental al que se refiere el artículo 8 de la CDFUE y que, en sede constitucional española, se ha vinculado al derecho al honor y la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 CE.

Así mismo, por la propia naturaleza de su labor, serán siempre datos relativos a menores de edad, que por tanto son merecedores de la especial protección que el ordenamiento dispensa a estos. Y que, a la postre, supone el reconocimiento de una serie de derechos que los menores podrán ejercer, por sí, o a través de sus representantes legales. Es decir, generalmente, a través de los progenitores que, a su vez, tienen también reconocido, por esa misma regulación, un derecho propio de participación en las decisiones que afecten a sus hijos y que deberá ser respetado, al menos, en tanto no entre en colisión con el interés superior del menor, que es el mismo que debe guiar su actuación en el ejercicio de la patria potestad que, en principio, les es inherente. Y que también se pueden reconducir al derecho reconocido por el artículo 18 CE y al principio rector de la política pública establecido por el artículo 39 CE, que obliga a los poderes públicos a la protección social, económica y jurídica de la familia.

Además, esta intervención de los servicios sociales, y la valoración contenida en los informes técnicos elaborados por los equipos psicosociales de los PEF, se produce en relación a procedimientos judiciales, en los que lógicamente se ventilarán cuestiones de notable importancia jurídica para los derechos de las personas usuarias. En este sentido, la cualificada opinión contenida en los informes será, sin duda, un elemento de referencia en la eventual decisión a adoptar por el órgano judicial, sobre el cual ejercerá una notable influencia. Por lo que la decisión adoptada a este respecto que no

estuviera bien medida podría eventualmente resultar en una afeción al derecho fundamental a la defensa de las partes de dicho proceso judicial (artículo 24 CE), que en este caso serán los propios usuarios del PEF, al derivar la actuación del PEF de dicho procedimiento judicial.

Y finalmente, en tanto el PEF está ofreciendo un servicio de responsabilidad pública (art. 7 del Decreto 124/2008), las solicitudes de información tienen un régimen propio, pero que entronca con los derechos de acceso al expediente y a los documentos públicos reconocidos por la legislación de procedimiento administrativo, que a fin de cuentas es la que desarrolla el artículo 105 CE. Y que por la vía de los artículos 93 y 10 CE, y especialmente desde la incorporación del principio de transparencia de la información pública, adquiere relevancia constitucional a la hora de interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en tanto que recogido con carácter de derecho fundamental en sede europea por el artículo 42 CDFUE.

La respuesta a las dos preguntas planteadas, pues, no puede ser unívoca ni, probablemente, sencilla.

De entrada, la consulta no pone en cuestión el derecho de cada uno de los usuarios al conocimiento de dichos informes con ocasión de su acceso al expediente personal, reconocido expresamente por el propio Decreto 124/2008 en su artículo 10.h), en aplicación del más genérico derecho de acceso a los expedientes y transparencia de la información en manos de las instituciones públicas, con los límites antes expuestos. Al contrario, la consulta únicamente cuestiona la petición de que, además, esos informes se envíen de forma directa y periódica a los progenitores usuarios, en relación a tal derecho de acceso al expediente.

Dicho lo anterior, planteada la consulta en los términos expuestos, lo primero que se ha de contestar es que, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 124/2008, **el destinatario inmediato de**

esos informes de seguimiento, de oficio, es el órgano judicial derivante, y en ningún caso los progenitores. Y además, entendemos que así debe ser porque la comunicación automática y por defecto a los usuarios, exenta de cualquier ponderación previa, pondría en riesgo importantes derechos de los demás usuarios del PEF y de terceros. Por tanto, a la vista de la normativa reseñada, debe concluirse que la remisión de oficio de los informes de seguimiento a los progenitores, ni es una obligación del PEF, ni constituye un derecho de los progenitores, por lo que debe descartarse la obligatoriedad de remitir a éstos directamente dichos informes sin que medie una solicitud en tal sentido y sin que esa remisión se realice previa ponderación de los demás intereses en juego, entre los que lógicamente se encuentran el derecho a la protección de datos de las demás personas a las que el informe pueda referirse, y el derecho de todas ellas a la tutela judicial.

Ahora bien, por todo lo que hemos advertido, la respuesta esta consulta no puede detenerse aquí. Porque, de hacerlo, no se podría conseguir un adecuado equilibrio entre todos los derechos conflictivos en juego, inherente al tratamiento que merecen esas solicitudes de información, sobre la que también se nos consulta expresamente.

Si atendemos al trasfondo de esta problemática, cabría preguntarse cuál puede ser el interés legítimo de un progenitor para querer conocer qué comunicaciones se han efectuado al juez, o se le planean efectuar en el futuro, si por un lado, puede acceder siempre que quiera al expediente administrativo y, por otro, una vez remitidos los informes al juez, los mismos se integrarán en los autos y quedarán a disposición de las partes, a las que además se dará traslado en el seno del proceso.

A nuestro juicio, ese interés debe ponerse en conexión con **el derecho al “conocimiento y defensa de los derechos” que asiste a los usuarios de todo servicio social, incluidos los PEF, y para “participar en la adopción de las decisiones que les afecten directa o indirectamente y ser respetadas en sus opciones”**, derechos que no se agotan ni se

circunscriben al procedimiento judicial subyacente. Ya que, por un lado, la *mejorar las relaciones materno-paterno filiales y la adquisición de habilidades de crianza*, que permita a los progenitores *relacionarse con sus hijos e hijas menores de edad sin la ayuda y supervisión del servicio*, no solo son objetivos declarados de los PEF, sino, también, el primer y mejor método para la defensa de sus derechos y de los de sus hijos, tanto dentro como fuera del procedimiento judicial. Siendo la información, puntual, clara y comprensible, no sólo un elemento fundamental de defensa de sus derechos, sino también un elemento básico de cara a generar en los usuarios la confianza y seguridad necesarias para que esa relación paterno materno filial pueda fluir y darse la correspondiente adquisición de habilidades de crianza.

Pero, además, aunque no puede decirse que los progenitores tengan el derecho a la impugnación de la valoración contenida en el informe, en los términos en los que la normativa de protección de datos personales define ese derecho, la finalidad y el espíritu que animan la norma que recoge ese derecho sí aportan una pista sobre las cuestiones materiales que laten en el fondo de la consulta planteada. Pues, como es evidente, la opinión del equipo psicosocial expresada en el informe descansa sobre una valoración de circunstancias (datos) relativos a la vida privada y familiar de los interesados, que ciertamente se sustenta sobre la presunción de imparcialidad y el conocimiento técnico inherente a la actuación propia de estos equipos y tiene que estar motivada. Pero que precisamente por ello, y **a pesar de ser no vinculante, suele ejercer, como es lógico, una notable influencia sobre la decisión que eventualmente adoptará el juez, en el seno de un procedimiento judicial.**

Y es aquí donde el momento y la prontitud con la que los progenitores puedan tener conocimiento del contenido de esos datos y de la opinión contenida en los informes, es esencial para su derecho de defensa. Como es lógico, el informe tiene de su lado una presunción favorable basada en el carácter independiente y técnico del mismo. Pero ello no significa que su contenido no pueda ser contestado, o incluso objeto de oposición o rectificación, y la opinión o valoración expresada en ellos impugnada, sobre la

base de pruebas suficientemente fundadas y con el apoyo de expertos de parte que permitan contradecir las valoraciones efectuadas por los equipos psicosociales. Experto de parte que, al contrario que los equipos psicosociales (que llevarán seguramente un tiempo trabajando el caso en el seno de los PEF), tendrá que partir de cero y que realizar sus propias pruebas. Y lógicamente, la preparación y práctica de estas pruebas, así como la identificación de expertos y obtención de periciales de parte, lo suficientemente potentes para contradecir esas valoraciones del equipos psicosocial y enervar la antedicha presunción de imparcialidad propia de su carácter de servicio público, caso de ser necesarias, puede requerir un tiempo considerable, lo que hace de la anticipación un elemento clave, incluso si la contradicción se realiza en sede judicial. Así mismo, si esa anticipación puede llevarse hasta el extremo de poder ejercitar los derechos de oposición o rectificación antes incluso a que el informe en cuestión sea comunicado al Juez, el efecto puede ser aún más notable, al evitar una posible “contaminación” de este por datos que habrían podido ser contestados ya ante el servicio en cuestión, con ejercicio del derecho de oposición a la comunicación en cuestión.

En este sentido, el simple derecho de acceso al expediente puede resultar cuando menos insuficiente o irrelevante si, no teniendo una previsión razonable del momento en que vayan a emitirse los sucesivos informes, no hubiera manera de poder garantizar que la solicitud de acceso se pueda hacer en un momento en que el informe ha sido elaborado y se ha integrado al expediente. Y ello, porque aún y cuando ese derecho permita el conocimiento total de los documentos contenidos en el mismo, incluidos en su caso los informes de seguimiento, dado el carácter prolongado en el tiempo que potencialmente tiene la intervención, en la medida en que no permite prever en qué momento se va a emitir un informe, de seguimiento o de otro tipo, o cuándo va a ser comunicado al Juez, y **salvo un control constante mediante reiteradas solicitudes de acceso al expediente, inviable en la práctica, este derecho de acceso no permitirá acceder a unos informes que todavía no existen.**

Es en este sentido en el que, a nuestro entender, **el derecho de acceso en el sentido de la LOPD aporta un elemento diferencial que de algún modo permite, por su proyección hacia el calendario futuro de comunicaciones previstas, suplir o complementar esas carencias** del derecho de acceso al expediente tal y como está configurado en el Decreto.

Así, es necesario complementar la anterior respuesta advirtiendo que cada uno de los usuarios tendrá también los derechos de acceso, rectificación y cancelación sobre sus datos, pudiendo *solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, ... así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos*". Es decir, de cuándo se hayan comunicado al Juez y cuándo se prevean dirigirle esas comunicaciones en el futuro. Además, el progenitor y usuario del PEF tendrá como hemos visto suficientes razones para poder alegar un interés legítimo a los efectos de poder ejercitarlo, incluso, en intervalos inferiores a doce meses, de forma que sólo se le podrá denegar si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado, hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección, lo cual habrá de ser debidamente motivado en la resolución de denegación (art. 24.2 LOPD). Ahora bien, solo podrá ejercitar este derecho sobre sus propios datos y sobre los del menor del cual ostente la representación legal (no así sobre los datos referentes al otro progenitor o a terceras personas) y ello sin perjuicio de acceso parcial o previa disociación o supresión de los datos que puedan afectar a otras partes o a otros derechos en juego.

Así mismo, incluso desde esta perspectiva, el acceso, tanto en el sentido de la LOPD (conocimiento de los datos personales y del tratamiento que se les ha dado y se les prevé dar), como en sentido de acceso al expediente y los documentos contenidos en él, en los términos de la Ley de procedimiento administrativo y el propio Decreto 124/2008, **debe respetar "la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva"**. Por lo que sería también recomendable que, siempre dentro de la ponderación de los

diferentes intereses en conflicto, se pudiera mantener a cada progenitor al tanto de las solicitudes de acceso presentadas por el otro, y de su eventual resultado, como parte del citado **derecho de los usuarios a obtener una información completa “acerca de todas las cuestiones que les puedan afectar”**.

Y sin olvidar, por supuesto, que el menor, como destinatario primero del servicio, tiene un derecho propio a participar y a ser oído, en la medida de su comprensión y madurez, en defensa de sus propios derechos. Y, como no, **en defensa del interés superior del propio menor** que, entendido en los términos que ha sido descrito y *respetando las debidas garantías del proceso*, debe presidir toda la intervención, incluidas las decisiones sobre las solicitudes presentadas, debiendo los demás derechos ceder ante dicho interés superior, en caso de conflicto.

IV.- CONCLUSIÓN

A la vista de cuanto ha quedado expuesto, y a fin de dar respuesta concreta a consulta efectuada, entendemos que cabría concluir lo siguiente:

1.- No se aprecia ninguna razón que obligue –ni tan siquiera que aconseje- **a remitir directamente a los progenitores los informes de seguimiento de las personas destinatarias de los PEF, de manera automática o periódica**, habida cuenta que el destinatario de esos informes es el órgano judicial derivante y en ningún caso los progenitores, y que es muy probable de que en los mismos se contengan datos personales de terceras personas, entre otras posibles afecciones. Por lo que el acceso **sólo podrá darse, a solicitud del interesado y previa ponderación motivada de los intereses en juego**, con la posibilidad, en todo caso, de permitirse tan sólo un acceso parcial.

2.- En cuanto a las demandas de información que realizan los progenitores de los niños, niñas y adolescentes acogidos en los PEF, **entendemos que la**

forma de proceder que se ha seguido hasta este momento, permitiendo la toma de conocimiento de los informes de seguimiento por parte de los progenitores con motivo de su acceso al expediente personal de los menores, previa solicitud y ponderación de los diferentes derechos e intereses en juego, es una medida **razonable, adecuada y proporcionada al fin perseguido**, y ello sin perjuicio de las cautelas establecidas en el artículo 10.h) del Decreto 124/2008, de 1 de julio.

3.- En todo caso, no debe olvidarse que, junto al derecho de acceso al expediente, en los términos de la Ley de procedimiento administrativo, **los usuarios son también acreedores de todo un elenco de derechos, independientes de dicho derecho de acceso al expediente**, como singularmente puede ser el derecho al acceso a sus datos personales en los términos de la LOPD, y el mismo derecho a ser informado de sus derechos. Y ello sin olvidar nunca que, entre los objetivos de los PEF está no solo el apoyo al procedimiento judicial subyacente sino, antes incluso, el apoyo a las familias y usuarios y, en particular, a los menores, cuyo interés superior, en los términos indicados, es el faro que debe orientar toda intervención en este ámbito.

Este es mi Informe, que emito en Vitoria-Gasteiz, a cuatro de mayo de dos mil dieciséis, y que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.