Expte. **DI-1636/2004-6**

EXCMA. SRA. CONSEJERA
DEPARTAMENTO DE SERVICIOS SOCIALES Y FAMILIA
DIPUTACION GENERAL DE ARAGÓN
Camino de Las Torres, 73
50008 ZARAGOZA

I.- ANTECEDENTES

Primero.- En fecha 7 de diciembre de 2005 tuvo entrada en esta Institución queja en la que se aludía a la actuación del Servicio de Protección de Menores de Teruel en relación con la menor ... , de 6 años de edad.

Así, indicaba la queja el malestar de la madre de la menor por la actuación del citado Equipo al haber llevado a la niña a que se le hiciera un informe psicológico en Zaragoza a instancia de su padre y sin contar con su autorización. Se señalaba que los padres estaban separados y se aprovechó el periodo de vacaciones en que la niña estaba con su padre para llevarla a un psicólogo, siendo que la madre ostenta la guarda y custodia por resolución judicial y en ningún momento se había solicitado su autorización.

Se exponía que el informe psicológico, elaborado en el mes de septiembre, no se hizo llegar a la madre de la niña hasta el pasado 10 de noviembre, sabiendo los técnicos de la Administración que la menor ya se encontraba en tratamiento por parte del Servicio de Salud Mental Infanto-Juvenil.

Asimismo, señalaba la queja que la madre de la niña no había sido informada en ningún momento del seguimiento que se está llevando a cabo a la menor para una posible retirada de la guarda y custodia judicialmente atribuida y que por una trabajadora social se había emitido un informe que hacía referencia peyorativa a la madre de la niña sin conocerla siquiera.

Segundo.- Admitida la queja a supervisión del organismo competente, en fecha 30 de diciembre de 2004 se remitió escrito a este Departamento exponiendo el motivo de la queja y solicitando un informe sobre el particular, en el que se especificaran las actuaciones que se estaban desarrollando en

torno a la niña y a su familia así como las razones que fundamentaron la intervención de lo técnicos para la realización del informe psicológico a la menor sin conocimiento ni consentimiento de su madre.

Tercero.- En fecha 9 de marzo de 2005, el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales nos hizo llegar el siguiente informe:

" I. ANTECEDENTES

1.- La menor ... ha venido siendo objeto de actuaciones de protección de los servicios del IASS en diversas ocasiones, constando en la Sección de Menores de la Dirección Provincial del IASS en Teruel hasta el año 2004 los siguientes antecedentes:

- Diligencias Previas: desde 6/8/1998 a 23/11/1998 y desde 14/9/2001 a 24/9/2001
- Expediente en Protección de Menores: desde 3/3/1999 a 30/7/1999 y desde 18/10/2000 a 17/1/2001

Dichas actuaciones tienen su origen en las denuncias mutuas entre los padres de la menor, existiendo violencia intrafamiliar ratificada con sentencia judicial de fecha 29 de junio de 2000. En ella, se condenaba a la madre a un año de prisión y multa por un delito de violencia habitual por siete faltas de lesiones y al padre a multa por una falta de lesiones.

Mientras estuvo suspendida la ejecución de dicha sentencia por plazo de dos años, por cuidado de sus hijos, disminuye la conflictividad entre los padres. A raíz de la suspensión definitiva de la ejecución de la sentencia citada se reproducen las denuncias y acusaciones mutuas entre ambos padres, las cuales obligan a distintas intervenciones por los servicios del IASS.

2.- Con fecha 22 de junio de 2004, la fiscalía de menores remitió a la Sección de Menores de la Dirección Provincial del IASS en Teruel el acta de declaración policial del padre de la menor ..., tomada como consecuencia de la denuncia presentada por su madre, en la que manifiesta que su hija no está bien atendida. La menor se encuentra en esas fecha bajo la dependencia de la madre.

3.- Como consecuencia de haber sido dejada por la madre en el "Punto de Encuentro" del Ayuntamiento de Teruel y no poder ser localizados los padres en toda la noche, con fecha 29 de junio de 2004 la menor es trasladada a las dependencias del Centro de Observación y Acogida del IASS en Teruel, en el que pasa la noche. De estas circunstancias se deja constancia en las diligencias previas, de recogida de menor, número PT-04-0059-02.

4.- A resultas de todo ello, se abre un nuevo expediente número T/04/0080/02, con fecha 16 de julio de 2004, comenzando en esta fecha la fase de estudio y diagnóstico. Durante este tiempo se constata que la menor de 6 años de edad no habla.

La fase de estudio y diagnóstico fue supervisada en todo momento por la Jefa de Sección; siendo el caso, además de comunicado según las obligaciones legales, objeto de examen y consulta previa con el Fiscal de Menores en el curso de una de las reuniones que periódicamente se mantienen con la Fiscalía en materia de protección de menores. De este examen se concluyó la conveniencia de realizar el Plan de Diagnóstico de la menor, al objeto de recabar y obtener la mayor información posible sobre su situación.

En el momento de inicio del actual expediente, los padres manifiestan la siguiente actitud:

a) La madre rechaza rotundamente la intervención, posición que ya había mantenido en expedientes anteriores, llegando incluso a justificar la situación de su hija. Esta negativa queda reflejada en que todas las notificaciones son devueltas por la madre, siendo la relación con ella complicada.

b) La actitud del padre es de colaboración en la búsqueda de recursos y posibles soluciones a la menor, demandando igualmente la realización de pruebas psicológicas a su hija.

Teniendo en cuenta el estado de la menor, en el proceso de estudio y diagnóstico de su caso se estima necesario obtener un diagnóstico psicológico de la menor ya que hasta el momento no existía, a pesar de que había recibido apoyo desde el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de su centro escolar y visitas puntuales en Salud Mental, que no han alcanzado los resultados deseables.

De esta forma, siendo evidente la necesidad de diagnóstico psicológico de la menor, y teniendo en cuenta el excesivo conocimiento e inadecuada proximidad respecto al caso por parte de los servicios y profesionales de la ciudad de la localidad, Teruel, atendiendo a su dimensión, al objeto de garantizar la objetividad del diagnóstico y evitar eventuales presiones, se decide buscar un profesional en Zaragoza, ajeno a la problemática planteada.

Ante la negativa de la madre a procurar o facilitar un estudio psicológico adecuado de la menor, y contando con la colaboración y disponibilidad del padre ante la intervención, se solicitó de éste, aprovechando que el mes de agosto coincidía con el periodo vacacional que la menor disfruta con el padre, colaboración para llevar a la menor a las

sesiones con un profesional de Zaragoza para su diagnóstico, lo cual es aceptado por el padre.

Esta petición de colaboración se realiza guiada del principio de prevalencia de interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente (que enuncia el art. 3.2. a) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia.

El resultado de dicho estudio se recoge en el informe incorporado al expediente, concretándose en su último párrafo que < sería necesario de forma urgente comenzar una psicoterapia - de 2 o 3 sesiones semanales como mínimo - que le ayude a elaborar los graves conflictos internos que actualmente están deteniendo de forma preocupante su evolución psíquica >

Con fecha 10 de noviembre de 2004 se comunica verbalmente a la madre que tras la fase de estudio y diagnóstico el Equipo va a proponer la inclusión de la menor en el Programa A, de Preservación Familiar, declarando a la menor en Situación de Riesgo (Resolución de fecha 12 /11/2004) y se le informa de los trámites realizados e informes recabados (incluyendo el informe psicológico), los cuales justifican la decisión tomada.

Esta misma reunión se mantuvo con el padre días más tarde.

II.- SITUACIÓN ACTUAL

A raíz de la Declaración de Riesgo se están llevando a cabo las siguientes actuaciones con la menor y su familia:

- Mediación ante la conflictiva y deteriorada relación entre los padres de la menor, supervisando los acuerdos establecidos en el convenio regulador relativos a la guarda y custodia y al régimen de visitas de la menor, intentando evitar que la menor siga sufriendo los duros y continuos enfrentamientos entre sus padres.

- Búsqueda de recursos y tratamiento especializado ante la necesidad de que la menor reciba los apoyos necesarios para conseguir su pleno desarrollo y una mayor evolución en el desarrollo de su lenguaje.

- Derivación y coordinación con otros recursos: colegio, punto de encuentro y servicio de mediación familiar.

- Fomentar la concienciación de la madre respecto a las necesidades de su hija ante la negativa reiterada por su parte de que la menor reciba el tratamiento terapeútico necesario.

En estos momentos, a pesar de la mala situación de la menor y precisamente por ello, dada la compleja situación psicológica de ésta en la actualidad, los técnicos de protección de menores no consideran adecuado acordar la declaración de desamparo de la menor, en cuanto que ésta conllevase la retirada de la autoridad familiar a la madre, asumiendo el IASS

su guarda.

Asimismo, se tiene conocimiento en esta Sección de la demanda interpuesta por el padre, y de la que está conociendo el juzgado número 2 de Teruel, solicitando obtener la guarda y custodia de su hija.

III.- CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, caba concluir que la intervención practicada por los servicios de protección de menores de Teruel resultó ajustada a la normativa legal de aplicación en nuestra Comunidad Autónoma, de conformidad con los principios básicos recogidos en la Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Además, debe subrayarse el hecho de que el padre de la menor no solamente prestó su consentimiento a la exploración terapeútica de la menor en ejercicio de la autoridad familiar que ostenta, sino que solicitó en distintas ocasiones que la menor asistiera a sesiones terapeúticas dada la gravedad del estado psíquico de su hija, así como la urgencia de la intervención practicada ante la oposición materna.

Esta urgencia, como relata el informe psicológico emitido, sigue presente a efectos de mejorar la evolución psíquica de la menor "

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Del contenido de la queja y del informe remitido por la entidad pública se deriva que, efectivamente, a la menor ... se le realizó un estudio psicológico a instancia del Servicio de Menores de Teruel y con el consentimiento de uno de sus progenitores, sin que se recabara autorización de la madre de la niña ni fuera siquiera informada de dicha actuación hasta que la entidad pública le comunica varios meses después que se va a proceder a declarar en riesgo a la menor. Señalar que los progenitores se encuentran separados judicialmente, ostentando la madre la guarda y custodia de la niña.

Segunda.- Se plantea, por tanto, si la actuación de los técnicos se ha ajustado a la normativa vigente, alegando la entidad pública el principio de prevalencia del interés superior del menor.

En esta cuestión, son de aplicación los siguientes preceptos:

" Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre " (artículo 154 del Código Civil)

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo 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.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre" (artículo 156 C.C.)

" El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2º. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier procedimiento civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria " (artículo 158 C.C.)

" El deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto.

En caso de divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar, decidirá la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de aquellos. A falta de acuerdo entre los padres para designar el órgano dirimente, decidirá siempre el Juez " (artículo 9 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón)

" Si los padres, quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar o cualquier otra persona impidieran el estudio o la ejecución de las medidas de protección, se solicitará del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerlas efectivas, sin perjuicio de las

intervenciones inmediatas que fueren necesarias en caso de peligro para la integridad del menor " (artículo 54 de la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón)

Tercera.- La negativa de la madre a que la menor fuera diagnosticada por un profesional de la psicología, en contra del criterio mantenido por el otro progenitor en cuanto a la necesidad de esta actuación, supone un conflicto o controversia sobre un menor sometido a la autoridad familiar de sus padres y respecto al cual la Administración no tiene adoptada ninguna medida de protección.

Aplicando la normativa expuesta, el padre de la menor o la propia entidad pública deberían haber puesto la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial a fin de que, dirimiendo la controversia, se adoptara la decisión o medida más adecuada al interés de la niña. La necesidad de acudir a la autoridad judicial está más justificada, si cabe, atendiendo a la conflictividad que parece presidir las relaciones entre los progenitores y que podría estar afectando negativamente a la niña.

Cuarta.- Esta Institución no entra a valorar los criterios y ponderaciones efectuados por los técnicos del Servicio de Menores de Teruel para determinar la conveniencia del informe psicológico realizado a su instancia y, por supuesto, no dudamos de que esta actuación estuvo presidida por el principio de prevalencia del interés superior de la niña. Pero consideramos que este primordial interés exigía la protección y garantías que otorga la intervención judicial o fiscal y que nuestro ordenamiento jurídico recoge.

A estos efectos, es significativo el Auto de 12 de abril de 2002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Teruel, que resuelve ya entonces una controversia similar surgida entre los progenitores de la niña. En esta resolución, se confirma la providencia recurrida en la que se autorizaba al padre a llevar a su hija al médico, sin perjuicio de que la madre pudiera estar presente en los exámenes de la menor, considerando que ello era acorde con la sentencia de separación respecto a la patria potestad compartida y con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil antes transcrito.

Pero además, señala el Auto que << *No obstante, como quiera que tanto el recurso como la comparecencia de la Sra. ... van dirigidos, más que a oponerse a que el Sr. ... lleve a la niña al médico, a que el mismo efectúe controles sin su conocimiento y consentimiento, parece procedente requerir al Sr. ... para que avise a la madre Sra. ... sobre los controles o exámenes médics que efectúe, no cabe duda, en beneficio de la menor* >>

A pesar de todo ello, la entidad pública no informó a la madre sobre la

intervención del profesional de la psicología hasta varios meses después y de forma verbal, faltando por tanto como dispuso la autoridad judicial el conocimiento y consentimiento de la progenitora.

Quinta.- Respecto a las otras cuestiones que plantea la queja, no se observa ninguna irregularidad en las actuaciones desarrolladas por la entidad pública.

Así, en cuanto a la falta de información por parte de los técnicos sobre el seguimiento que se estaba llevando a cabo de la niña, señala el informe de la Administración que *"la madre rechaza rotundamente la intervención, posición que ya había mantenido en expedientes anteriores, llegando incluso a justificar la situación de su hija. Esta negativa queda reflejada en que todas las notificaciones son devueltas por la madre, siendo la relación con ella complicada".* No puede, por tanto, atribuirse a la entidad pública la no facilitación de una información que la interesada parece negarse a recibir.

Y en lo relativo a la documentación que viene demandando la madre de la menor, en fecha 8 de febrero de 2005 la entidad pública ha dado oportuna contestación a la solicitud presentada, informándole asimismo de los posibles recursos a ejercitar al respecto, por lo que esta Institución nada tiene que objetar en esta cuestión.

III.- RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las facultades que me confiere la Ley Reguladora de esta Institución así como la Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, me permito formularle la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que, en los supuestos en que haya de adoptarse alguna medida en interés de un menor sujeto a la autoridad familiar de sus progenitores, se recabe el consentimiento de ambos y, en caso de desacuerdo o negativa de alguno de ellos, se interese la intervención judicial o fiscal que nuestro ordenamiento jurídico establece en defensa y protección del niño.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no

superior a un mes me comunique si acepta o no la Recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

15 de marzo de 2005

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE