

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº16  
BARCELONA  
IMPUGNACION RESOLUCION DGAIA Nº 1039/10  
PIEZA SEPARADA MEDIDAS CAUTELARES**

**AUTO**

En Barcelona, a treinta de Diciembre de dos mil diez.

**HECHOS**

**UNICO.-** Mediante escrito presentado en este Juzgado en fecha 15 de Diciembre de 2010, D. [redacted] interesó la adopción de medidas cautelares consistentes en residencia provisional en centro de menores, habiéndose celebrado el día de hoy comparecencia de medidas en presencia de las partes, en la que tras practicar la prueba admitida, el Ministerio Público informó negativamente sobre la adopción de la medida cautelar interesada.

**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La no previsión de las medidas cautelares en el procedimiento de oposición a las resoluciones de la DGAIA, es consecuente con la naturaleza jurídica del mismo, toda vez que, en los restantes procesos que se regulan en el Título I de la LEC existe la necesidad y, en ocasiones urgencia, de regular la situación personal y económica de los afectados durante la tramitación del procedimiento para evitar que el tiempo previsto para la tramitación pueda producir perjuicios a los mismos y proteger sus intereses. Sin embargo, en el procedimiento de oposición a las resoluciones de la DGAIA, la situación de los menores ha sido regulada por la resolución que se recurre, la cual se dicta en interés de los menores, para su protección ante situaciones de riesgo. A diferencia de los restantes procedimientos previstos en el Título I la necesidad de protección de los menores no se deriva de la situación surgida y que ha dado origen al proceso (separación de los padres, existencia de un posible causa de incapacitación, impugnación o reclamación de filiación...), sino que la protección de los menores se pretende a través de la resolución dictada por el ente público. Por ello, no sólo una interpretación sistemática del precepto, sino también

-4 -01- 11 / - 5 -01- 11



una interpretación teleológica del mismo, conduce a la conclusión de que no se hallan previstas con carácter general las medidas cautelares en el art. 780 de la LEC. Atendiendo a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares previstas en el art. 721 y siguientes de la LEC y a los requisitos exigidos legalmente en el art. 726 del mismo cuerpo legal para la adopción de las mismas, también se concluye que las medidas solicitadas en este procedimiento de oposición a la resolución de la DGAIA, no poseen la naturaleza propia de las medidas cautelares, pues constituyen un adelanto de la resolución y no una forma de asegurar la efectividad de la tutela judicial coincidiendo plenamente el objeto de la medida solicitada con el objeto del pleito. No obstante, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el art. 134 del Código de Familia prevé la adopción de las medidas que se estimen oportunas con el fin de evitar perjuicios a los menores. Por ello cabría excepcionalmente, la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con los menores si se acreditase, por parte del solicitante, la existencia de un riesgo inminente para los mismos, generado por la resolución recurrida, y asimismo se acreditase la urgencia y necesidad de las medidas adoptada para evitarlo. En definitiva, se trata de adoptar o no una medida al amparo del art. 134 del C.F.

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (arts. 98 ss) atribuye a la Generalitat de Catalunya la función, que ejerce a través de la Dirección General de Atención a la Infancia, de proteger a los menores que se encuentren en situación de desamparo, atribuyendo a este organismo las funciones tutelares sobre dicho menor así como la facultad de adoptar las medidas mas oportunas y necesarias para conseguir su protección efectiva y poder llevar a cabo su integración en la sociedad, estableciendo el art. 113 de la citada ley que el Juez debe confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo ante la impugnación de la actuación administrativa.

Como dice la SAP de Barcelona de 2 de Mayo de 2005 , "el desamparo es aquella situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material o se advierta peligro, físico o psíquico, para el menor. El desamparo por lo tanto es una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias lo que exige la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos. Como la



necesaria protección al menor ha de procurarse atendiendo a su interés pero sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece, institución familiar cuya protección a su vez garantiza el artículo 39 de nuestra Constitución, la declaración de desamparo debe efectuarse de forma restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación".

El art. 105.2 de la LLei 14/10 establece en que supuestos se considera que el menor se encuentra en desamparo, exigiendo el artículo 106 una resolución motivada, comunicada al Ministerio Fiscal y notificada a los padres (o guardadores) quienes también deben ser informados de los derechos que les asisten y de cómo pueden canalizar su oposición.

Corresponde pues a la Administración la adopción de medidas de protección de los menores una vez asumida la tutela y suspendida la potestad de los progenitores, medidas que se enumeran en el art. 120 de la Ley y que abarcan el acogimiento familiar simple, permanente, en unidad convivencial de acción educativa, en centro público o concertado, preadoptivo, medidas de transición a la vida adulta y otras asistenciales.

En este caso, la Administración no ha adoptado ninguna medida de protección (o ha dejado sin efecto la atención inmediata proporcionada al menor en base a un Decreto de Fiscalía); de hecho es esta actuación negativa lo que ha provocado la impugnación de la resolución administrativa.

Las medidas cautelares del art. 721 y siguientes de la LEC y las medidas provisionales coetáneas del art. 773 y 771 de la LEC no son aplicables a los procedimientos de protección de menores del artº 780 de la LEC, siendo más adecuado entender que las medidas cautelares que pueden adoptarse en estos procesos deben serlo dentro del ámbito o contenido del artículo 134 del Codi de Família. Aún en el caso de admitirse la posibilidad de pedir medidas cautelares en estos procesos, la medida solicitada no reúne los requisitos que se exigen en la Ley Procesal, para que pueda ser acordada como tal. Una de las características de las medidas cautelares es la de instrumentalidad. El



artículo 726 exige que la medida sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente

En esta materia ha de prevalecer el interés de los menores, como establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención sobre Derechos del Niño ratificada por la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, el Convenio Europeo de 1980 y el de la Haya del mismo año.

Esta resolución entra a analizar cautelarmente si el actor es menor de edad y si se encuentra en una situación de riesgo o peligro, como indica el Letrado (que ejerce las funciones de defensor judicial), desprendiéndose de la demanda que concurren circunstancias excepcionales como para celebrar (como se ha hecho) una comparecencia de medidas cautelares en virtud del art. 134 del CF, sin que ello implique prejuzgar el fallo de la cuestión principal. Según se desprende del pasaporte, el actor no tiene todavía 18 años de edad y, si bien el Decreto de Fiscalía declara que es mayor de edad (ya sea porque se ha realizado la prueba radiológica o porque se ha negado el menor a realizarla), existe contradicción con lo que resulta de un documento público.

**SEGUNDO.-** Consta aportado pasaporte de que, conforme al art. 323 de la LEC y al no existir tratado o convenio internacional con ese Estado, tiene fuerza probatoria incluso sin apostilla o legalización, al cumplir con los requisitos exigidos por el país de expedición (al menos no se ha cuestionado); no debe obviarse que se trata de un pasaporte cuya finalidad es facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, es un documento con una validez internacional y por ello, para que sea válido en España, no precisa en principio legalización o postilla (al igual que cuando un ciudadano español se desplaza a cualquier país); basta con que el ciudadano tenga su pasaporte en regla; en el mismo sentido, el RD 155/1996 de 2 de Febrero que exige tan solo pasaporte válido (y no debe olvidarse aquí no se ha cuestionado la validez del pasaporte). Es decir, nos encontramos ante un documento público que tiene la fuerza probatoria del art. 319.1 de la LEC, sin perjuicio de lo que pueda alegarse y probarse el día del pleito principal.

**TERCERO.-** En cuanto a la prueba radiológica, no se ha aportado informe médico-forense acerca del margen de error, incidencia de la raza en ese margen, grado de fiabilidad de la prueba, cuaciones que deberán ser discutidas en el pleito principal. Se aporta únicamente el resultado de la prueba radiológica que sirvió a Fiscalía de Protección de Menores para fundamentar su Decreto.

**CUARTO.-** De la documental que consta en autos se desprende que el actor se



encuentra atendido por el Servei de Refugiats i Immigrants de la Creu Roja (no existe una situación de riesgo grave que exija la intervención urgente o la adopción de medidas tendentes a evitar un perjuicio); según su propio pasaporte cumplirá la mayoría de edad el tres de Enero; por esta razón no se acuerda medida cautelar alguna.

### **PARTE DISPOSITIVA**

**ACUERDO** desestimar la solicitud de medida cautelar interesada por D.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal en legal forma, con la indicación de que cabe recurso de apelación que no tendrá efectos suspensivos.

Así lo acuerdo, mando y firmo

M<sup>a</sup> Isabel Hernando Vallejo, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº16 de Barcelona; doy fe.