

Juzgado de Primera Instancia 19  
Barcelona  
Oposición a acuerdo de entidad pública 275/2011  
Pieza separada de medidas cautelares

## AUTO 106/2011

Magistrada Juez en sustitución, D<sup>a</sup> María Rosa Gutés Pascual  
En Barcelona, a dos de mayo de dos mil once

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el 29 de marzo de 2010, cuyos hechos y fundamentos de Derecho se dan por reproducidos, la representación procesal de D. , formuló demanda impugnatoria de la resolución de la DGAIA por la cual se dio por concluido el desamparo del actor, al considerarlo mayor de edad. Y como medida cautelar interesa el actor, que se le permita residir en el centro de menores provisionalmente, mientras se tramita el procedimiento, por el que se pretende la declaración de que el actor es menor de edad, en situación de desamparo.

**SEGUNDO.-** Celebrada la vista el pasado día 12 de abril de 2011, con intervención de las partes y del Ministerio Fiscal, en los términos que resultan de la grabación, los autos quedaron vistos para resolver.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El art. 158.4º CC faculta al Juez para acordar, de oficio, o a instancia del propio menor, así como de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. En el presente caso, es el propio actor, cuyo pasaporte le acredita como menor de edad, quien insta que se le proteja frente a la indebida exclusión del centro de menores donde venía siendo acogido. Lo cual es evidente que debe prosperar, pues, ante la contradicción entre la documentación del menor, cuya validez no aparece contradicha, más que por unas alegadas pruebas óseas, cuyo resultado no consta incorporado a los autos, y siendo que el objeto del pleito principal radica precisamente en determinar la edad del actor, y que, en este momento, cabe la posibilidad de un error en la valoración del examen radiológico, a despejar, en su caso, en el pleito principal, debe imponerse la presunción de legalidad de la documentación identificativa del actor. Dicha documentación determina que concorra la apariencia de Derecho que debe presidir la adopción de medidas cautelares, junto al peligro en el retardo, que se derivaría de negar al actor una protección a la que tiene derecho, para su adecuado desarrollo, en todas las fases de su menor edad y hasta que cumpla los dieciocho años. Todo el tiempo que se le prive de las atenciones que el Derecho le concede y garantiza como menor, es irrecuperable, por lo que la tutela judicial que se pretende, habría de verse frustrada, si se difiriera a las resultas del procedimiento principal, el cual, por lo demás, en este caso, probablemente perderá su objeto durante su propio curso, considerando que el 29 de julio

del presente año, el actor será ya mayor de edad.

**SEGUNDO.**- Partimos de la base, de que no se ha desvirtuado la presunción de validez del pasaporte. De hecho, no existe ni se alega, el menor indicio que pueda advertirse en el documento, relativo a su falsedad. Implícitamente sí que se apunta la falsedad o inexactitud del pasaporte, en tanto no concuerda con el resultado de las pruebas médicas, pero no se ha negado expresamente la validez del pasaporte, como no podía ser de otra manera al faltar toda base probatoria para ello. Y así, se coloca al Juez ante dos documentos contradictorios de los cuales no se acredita que uno excluya la validez del otro. Luego, habrá que examinar las circunstancias de ambos a los efectos de resolver cuál debe primar en este procedimiento de medidas cautelares. El pasaporte constituye un documento público (artículo 319.2 en relación con el artículo 317, ambos de la LEC, y artículos 1.216 y siguientes del Código Civil). No todos los documentos públicos acreditan por sí mismos su autenticidad, ni, en consecuencia, hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas intervinientes. Y éste es el caso del pasaporte de autos, conforme a los arts. 319.2 y 323 LEC. Pero, según el mismo 319.2 LEC, el pasaporte del actor sí conlleva una presunción de veracidad, que sólo puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. Y es así porque, en defecto de disposición expresa de reconocimiento y sobre la eficacia del referido documento, se impone que los hechos, actos o estado de cosas que constan en el pasaporte se tengan por ciertos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado. En definitiva, se trata de reconocer la presunción de veracidad de los hechos que documenta el pasaporte, correspondiendo a la parte contraria, la carga de probar su inexactitud. Recuérdese, además, que la mala fe no se presume en Derecho, en ningún ámbito, sino que debe ser cumplidamente probada. Tendremos que ver, pues, si el Decreto de Fiscalía prueba la inexactitud del pasaporte.

**TERCERO.**- El mencionado Decreto de Fiscalía es de ver que no se ha aportado a las actuaciones, sino que sólo se alude a su existencia en la resolución administrativa impugnada. Por lo tanto, no podemos tener al referido Decreto como aportado, ni puede hacer prueba alguna de la mayoría de edad del actor. Según leemos en la resolución administrativa, Fiscalía de Menores acordó la práctica de las pruebas médicas para determinar su edad mínima, "ante la falta de concordancia entre la fecha de nacimiento del documento aportado por el joven y su aspecto físico". Más concretamente, en el expediente administrativo consta que las pruebas se practicaron a partir de la intervención inicial de los Mossos d'Esquadra (folio 1 e.a.), si bien fue Fiscalía quien dispuso la determinación de la edad del menor (folio 42 e.a.). En todo caso, el actor, a quien hemos podido ver en la comparecencia de medidas, no destaca por su altura o complexión, ni las suyas son medidas incompatibles con la menor edad que predica su pasaporte, máxime cuando esta Juez ha podido compararlo con otros menores que han comparecido a su presencia, incluso de menor edad que la del actor, y de dimensiones de hasta casi dos metros, en un caso de un español tutelado por la DGAIA. Por tanto, que pocos meses antes de cumplir la mayoría de edad, se someta a pruebas radiológicas a un menor (según pasaporte) inmigrante y desamparado (en uno más de tantos otros casos que han llegado a este Juzgado), con lo que ello supone de intromisión en su persona (y aun en su dignidad, como es de ver de la reacción del actor al folio 28 e.a., que es la de cualquier persona a quien se imputara injustamente la comisión de un acto ilícito, en este caso, la presentación de un pasaporte falso), y ello cuando cuenta con un pasaporte que nada indica que sea falso o inexacto, debe obedecer a poderosas razones de interés general y

orden público, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un acto discriminatorio del art. 23.2 b) y c) de la LO 4/2000, de 4 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, pero precisamente, puesto que es claro que Fiscalía no defiende en este caso los derechos del actor como menor, ello debe tener su reflejo en el limitado valor probatorio que cabe atribuir al Decreto del Ministerio Público. El cual, aparte de no haberse aportado a los autos, se ha basado en unas pruebas de las que tampoco existe constancia documental en el expediente, ni consta el método empleado, ni la certificación, o prueba pericial sobre su fiabilidad. Es más, al folio 4 del e.a. leemos que se establece una "edad ósea aproximada", "correspondiente a unos...", "según tablas de normalidad consultadas (Pyle-Geulich)". De donde se infiere que si se han seguido unas tablas "Pyle-Geulich", es porque debe haber otra u otras posibles a consultar, sin que se nos haya explicado las diferencias entre unas y otras y por qué se opta por aquélla y se descartan las demás". Por todo ello, pues, no pueden valorarse ni en consecuencia compartirse, las impresiones del Ministerio Público.

La valoración crítica de la prueba, resulta exigible de la autoridad judicial en todo caso -con mayor razón en un supuesto como el que nos ocupa, donde se hallan comprometidos derechos fundamentales de un menor- y ha de ser así, porque la tutela judicial efectiva no podría realizarse mediante automatismos acríticos, como lo sería el imposible sometimiento de la autoridad judicial, a la presunción de legitimidad de la actuación administrativa. Por cuanto antecede, es indudable que, a los efectos de la medida cautelar, procede conferir validez al pasaporte del actor, que, a falta de prueba en contrario, le acredita en este procedimiento, como nacido el 29 de julio de 1993, y por consiguiente, menor de edad hasta el 29 de julio de 2011.

**CUARTO.-** Es asimismo irrelevante, por otra parte, a los efectos de este procedimiento, que el actor tenga actualmente cubiertas sus necesidades más básicas, al estar acogido en centro de adultos, provisional, o incluso definitivamente (si fuera el caso, que no lo es), puesto que, siendo menor y mientras lo sea, o mientras no se acredite lo contrario, tiene derecho a que se cubran todas las necesidades aparejadas a su menor edad, las cuales, en el contexto de desamparo del actor, sólo puede, o está llamada a garantizar materialmente la DGAIA.

**QUINTO.-** En la comparecencia de medida cautelar, se nombró defensor judicial del actor a su abogado, sin perjuicio de fundamentarlo y documentarlo ahora por escrito. En este punto, partimos de la base de que concurría el presupuesto legal del art. 247 CF para el nombramiento de un defensor judicial al actor, puesto que quien debía y debe ostentar su representación legal, por razón de su menor edad, era y es la DGAIA, demandada en este procedimiento, con el subsiguiente conflicto de intereses que obliga a suplir adecuadamente la falta de capacidad de obrar del actor. La única cuestión en que podía suscitarse alguna duda, era a quién debía nombrarse en el cargo de referencia, lo cual se resolvió en el contexto de la urgencia, así como de las circunstancias concurrentes. Así, aunque el art. 248 CF atribuye plena potestad al Juez para nombrar defensor a quien estime más idóneo, las posibilidades de elegir entre varias opciones, a los efectos de la comparecencia, eran prácticamente inexistentes, debido a la premura con que debe acordarse el nombramiento en sede de medidas cautelares. Dicho esto, la persona valorada como más idónea (en el acto de la comparecencia, y hasta la fecha), es el Letrado del menor, Sr. D. Albert Parés i Casanova, considerando que el nombramiento es preciso y debe concederse, solamente, para la defensa del menor en este procedimiento contra la DGAIA (hecho determinante del nombramiento según el art. 248

CF), asunto para el que obviamente el Letrado designado era y sigue siendo la persona más instruida. De otro lado, no tendría sentido que, sin razón alguna que lo justificara el actual Letrado del menor fuera sustituido por otro abogado, designado defensor. Por ello, el art. 248 CF, más previsor que el Código Civil, dispone de manera expresa que el nombramiento puede recaer en el abogado que actúe en defensa de la persona incapacitada en el mismo procedimiento.

En su virtud,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**ACUERDO:** QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR formulada por \_\_\_\_\_, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Mónica Gomáriz Talarewitz, y defendido por el Letrado Sr. D. Albert Parés, asimismo designado defensor judicial del actor en este procedimiento, según se acordó en la comparecencia de medida cautelar, y aquí se documenta por escrito, hasta que el \_\_\_\_\_ alcance la mayoría de edad, y en consecuencia, ORDENO A LA DGAIA, COMO MEDIDA CAUTELAR que RECIBA Y ACOJA DE INMEDIATO a D. \_\_\_\_\_, en el centro donde ya venía siendo acogido, o en cualquier otro centro equivalente, de menores adolescentes, mientras se sustancie el proceso principal y con el límite temporal del 29 de julio de 2011, en que el actor cumplirá los 18 años de edad.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, recordándoles que no es firme, y contra ella pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN, a preparar mediante escrito que deberá presentarse en este Juzgado, dentro del plazo de cinco días, contados desde el siguiente al de la notificación, citando la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir y expresando los pronunciamientos que se impugnan.

Así lo acuerda, manda y firma la Magistrada Juez en sustitución, D<sup>a</sup> María Rosa Gutiérrez Pascual, del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 19 de Barcelona. Doy fe.