

218

<u>FECHA NOTIFICACIÓN: 15/6/11</u>

ALBERTO INGUANZO TENA
Procurador de los Tribunales
Gran Vía Corts Catalanes, 774 ent-2ª
08013 – Barcelona
Tef. 934.854.267 Fax. 934.854.396

Juzgado Primera Instancia 51 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona Barcelona

MEDIDAS CAUTELARES EN OPOSICIÓN A DGAIA AUTOS 470 /2011-4E

Parte demandante

Procurador ALBERTO INGUANZO TENA

Parte demandada DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL.LESCÈNCIA

AUTO Nº171/11

Ilma. Sra. Magistrada MªPilar Martín Coscolla
En Barcelona a catorce de junio de dos mil once

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora solicita la medida cautelar de poder residir en un centro de menores de forma provisional en tanto se tramita el presente proceso de oposición a la resolución de la DGAIA de 12 de mayo de 2011 por la que se acordó dejar sin efecto su anterior resolución de 28 de abril de 2011, por la que se había decidido prestarle atención inmediata y autorizar su ingreso en un centro de protección de menores mientras se hacía el análisis de la situación del menor por parte del equipo técnico competente, archivando asimismo el expediente de desamparo que se había abierto en fecha 27 de abril de 2011, por considerarlo mayor de edad a la vista del Decreto dictado al efecto por la Fiscalía de Menores que entiende que, en base a prueba pericial forense, el actor no es menor de edad sino mayor.

SEGUNDO.- En la tramitación de estas medidas cautelares se ha seguido lo establecido en el artículo 734 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Para una correcta comprensión de la problemática planteada es preciso partir en primer lugar de cuál sea la normativa aplicable.

Así, la ley 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia, entrada en vigor del 2 julio 2010 establece en su artículo 43. 2 que la administración de la Generalitat, mediante el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes, debe prestar el servicio de primera acogida en relación con los niños y adolescentes inmigrados sin referentes familiares, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente; y el artículo 110. 2

señala que cuando los niños y adolescentes inmigrados no acompañados no puedan acreditar documentalmente la minoría de edad o existan dudas sobre la veracidad de la documentación aportada, el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes debe ofrecerles la atención inmediata que necesiten mientras se realicen las gestiones y los trámites establecidos por la legislación sobre extranjería para determinar su edad.

El artículo 35 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social 4/2000, tras la redacción dada por la ley orgánica 2/2009 establece en su apartado 3 que en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndosele en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias; en el apartado 4 se añade que , determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento de dicha Ley aprobado por Real Decreto 2393/2004 en su artículo 92, partiendo también de la base de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. A su vez el artículo 5.2. a) de este último texto indica que para acreditar su identidad el extranjero que pretenda entra en España deberá hallarse provisto de pasaporte, individual familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor, o bien de título de viaje válidamente expedido y en vigor o bien de documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad, que hayan sido considerados válidos para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España.

Aunque todavía no ha entrado en vigor, pues no lo hará hasta el 30 de junio de 2011, es preciso nombrar el Real Decreto 557/2011, que derogará al Real Decreto 2393/2004, el cual establece en su artículo 190 que cuando se localice a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes; y en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, se informará a los servicios autonómicos de protección de menores para que en su caso le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para disponer en el plazo más breve posible la determinación de su edad mediante la realización de las pruebas necesarias; si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores; y en el párrafo dos del apartado cuatro de dicho artículo 190 se dispone que en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los 18 años.

Por último el apartado 11, último párrafo, del mismo artículo 35 ya citado de la Ley 4/2000 prescribe que serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia.

SEGUNDO.- En el presente caso el actor, _____, se encuentra en España de forma irregular y si bien cuando se presentó el 26 de abril de 2011 en la Oficina de Atención al Menor de la Dirección General de la Policía estaba indocumentado, actualmente tiene pasaporte expedido en fecha 10 de mayo de 2011 por la Republica de Gambia en el que figura como fecha de nacimiento el 12 noviembre 1993, por lo que teóricamente tiene 17 años y 7 meses; la atención por parte de la DGAIA se inició el 27 de abril de 2011, archivándose su expediente el 12 de mayo de 2011 en base al Decreto de la Fiscalía de 3 de mayo de 2011 que consideró acreditado que no era menor de edad sino un adulto, en base a una radiografía convencional que obra al folio 2 del expediente donde consta que la edad ósea aproximada es de 19 años o superior, y al posterior informe de la clínica médico forense que manifiesta que teniendo en cuenta los resultados de la entrevista, la exploración física y las pruebas complementarias, la edad mínima más probable sería de 18 años.

Pues bien, conforme al artículo 728 .1 de la Ley de Enjuiciamiento civil podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Este periculum in mora resulta evidente en el presente supuesto, ya que en sentido contrario a lo dispuesto en el Decreto de la Fiscalía, sobre que su actuación tiene que ir dirigida a salvaguardar que no haya adultos en centros de protección y que los medios de los que se dispone para los menores no sean utilizados torticeramente por adultos, la de un Juzgado de Familia debe partir de que en caso de duda sobre si una persona es menor o mayor de edad la decisión debe decantarse conforme al principio pro minoris, a fin de impedir que un menor de edad en vez de estar en un centro de protección público y específico, esté en la calle o amparado mínimamente por alguna fundación privada realizando un esfuerzo social que en esta materia corresponde en Cataluña a la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia.

Además, ni en el expediente administrativo ni en el presente proceso se plantea la posible falsedad del pasaporte presentado por el menor, y expedido presuntamente por autoridad competente de su país, Gambia y aparentemente en regla o al menos contra el que ni la Fiscalía ni la DGAIA han planteado objeción alguna, por lo que existe a su favor una apariencia de buen derecho en su pretensión. Sin tampoco poder olvidar que al instante sólo le faltan cinco meses para cumplir 18 años según dicha documentación y que las pruebas médicas indicadas hablan de "edad aproximada de 18 años" o de "edad mínima más probable 18 años", términos los de "aproximada" y "más probable" totalmente compatibles con que le falte escaso tiempo para cumplir 18 años como es el caso, y ante la más mínima duda al respecto debe prevalecer como hemos dicho, el principio a favor de la protección de esta persona como menor de edad.

Consideran la Administración demandada y el Ministerio Fiscal que dado que el instante se encuentra en un centro para personas inmigrantes adultas, El Castell, de Santa Perpetua de Moguda, donde están cubiertas sus necesidades mínimas, no existiría periculum in mora y no procedería acceder a la medida cautelar.

No puede compartirse esta postura ya que aunque dicho centro fuera también de la Generalitat, lo cierto es que se encuentra allí en calidad de mayor de edad y como tal mayor de edad sin tutela legal alguna. Siendo dicha cuestión la discutida, y desde luego, por lo que se ha dicho, no de la total evidencia que se pretende, el peligro para el actor está fundamentalmente en carecer de tutor legal que le ampare y asista en caso de que, cómo por ahora parece, sea menor de edad.

Por tanto, si la DGAIA como tutora legal decide tener (se supone que por razones puramente logísticas y de intendencia) a un menor en un centro de adultos o de reforma de menores y no en un centro de protección, será bajo su exclusiva y total responsabilidad, recordando que debe facilitarle las mismas garantías y prestaciones que tendría en un centro de protección, y sin perjuicio de la oposición a tal internamiento que pueda plantear el afectado.

De conformidad con el artículo 158 del código civil y tratándose de cuestiones relativas a menores de edad no procede exigir la prestación de caución alguna.

TERCERO.- Dada la especial naturaleza de este procedimiento no efectuaremos un especial pronunciamiento en costas.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto procede estimar la petición de medidas cautelares instada por | | debiendo la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia del Departamento de Bienestar Social y Familia asumir provisionalmente su tutela legal con efectos desde la fecha de este auto, así como proceder a su atención inmediata en un centro adecuado a su edad.

Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de apelación.

Así por este auto lo pronuncia, manda y firma Su Señoría, de lo que doy fé.

LA MAGISTRADA

LA SECRETARÍA JUDICIAL