



Ldo A. Pares

Juzgado de Primera Instancia 19  
Barcelona

Oposición a acuerdo de entidad pública 495/2011  
Pieza separada de medidas cautelares

MARTÍNEZ DE SAS - PALET BORRELL  
PROCURADORAS DE LOS TRIBUNALES  
TL. Y FAX 934 146 311  
Rambla BADAL 104 esc. B ent. 2ª  
08014 BARCELONA

### AUTO 149/2011

Magistrada Juez en sustitución, Dª María Rosa Gutés Pascual  
En Barcelona, a veintiuno de junio de dos mil once

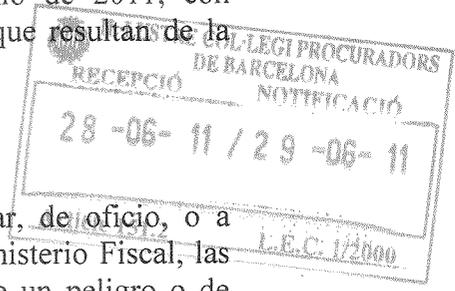
### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el 1 de junio de 2011, cuyos hechos y fundamentos de Derecho se dan por reproducidos, la representación procesal de D. [redacted], 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 10 de junio 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 quien insta que se le proteja frente a la indebida exclusión del centro de menores donde venía siendo acogido. Aporta certificado de nacimiento del Registro de Nacimientos de Kokomlemlé, de la República de Ghana, del que resulta la identidad que se le atribuye en el expediente administrativo y que le acredita como menor de edad. No aporta pasaporte, alegando que lo tiene solicitado y que se está tramitando su expedición. La primera duda que se puede plantear en este caso, es si el certificado que se aporta, acredita la identidad real del actor. Ahora bien, en este punto, como bien ha observado el Letrado del actor, el expediente administrativo se refiere a D. [redacted], y a la persona que compareció a juicio con esa identidad y por eso acuerda "abrir expediente de desamparo al adolescente indicado como Ibrahim Shamun". Siendo que no existe en las actuaciones, ningún dato objetivo que permita cuestionar la autenticidad del certificado y su pertenencia al actor. En este sentido, habría que precisar que, si bien el redactado del oficio de la Dirección General de la Policía de 5 de abril de 2011, podría





En este sentido, habría que precisar que, si bien el redactado del oficio de la Dirección General de la Policía de 5 de abril de 2011, podría dar a entender, que se hubiera identificado a persona del mismo nombre con anterioridad a la presentación del actor, un examen más detenido del propio oficio, nos permite constatar que no es así, por lo que se expone a continuación.

En primer lugar, no se indica en qué fecha anterior pudiera haberse identificado y registrado a D. \_\_\_\_\_, ni sobre la base de qué documento, ni en qué circunstancias. Además, dice el oficio, que *“inicialmente no se disponía de la edad del menor, motivo por el que se solicitó la realización de pruebas radiológicas”*, refiriéndose seguidamente a las pruebas que obran en el expediente (no a otras anteriores). Por consiguiente, si no se conocía la edad del menor en la Dirección General de Policía, la fecha de nacimiento que se indica, no puede ser la que ya constara en archivos policiales, y visto que no coincide con la fecha del certificado de nacimiento, ni sabemos de dónde procede aquella otra fecha, cabe la posibilidad de un error. En todo caso, para el procedimiento principal podrán verificarse tales extremos con mayor exactitud. Entre tanto, esta Juez, por lo que ha expuesto, entiende que cuando se dice que *“una vez identificado, resulta que tiene expediente identificativo abierto con número...”*, se quiere significar, que el resultado de la identificación es el expediente que se indica, no que tuviera ya abierto expediente identificativo.

**SEGUNDO.-** También se advierten otros varios errores manifiestos en el expediente administrativo, que ponen en duda el rigor empleado en el mismo, lo cual no aboga, precisamente, por la estimación de las pretensiones de la parte demandada. Veámoslo. Por el Servicio de Detección e Intervención del Ayuntamiento, y los responsables del centro de acogida, se hace constar, que el actor aporta certificado de nacimiento original, y sin embargo, al folio 16 se indica como fecha de nacimiento, el 5 de septiembre de 1993. Tampoco al folio 17 se recoge correctamente la fecha de nacimiento del certificado, sino que se indica el 5 de octubre de 1996. Por lo tanto, si esas fechas supuestamente recogen la del certificado de nacimiento, y la de este certificado es la de 5 de octubre de 1993, como pudo comprobarse en el documento original, debemos basarnos, de entrada, en este documento, y en la presunción de validez del certificado de nacimiento. De hecho, no existe ni se alega, el menor indicio que pueda advertirse en el documento, relativo a su falsedad o inexactitud. Implícitamente sí que se apunta a la inexactitud, en tanto no concuerda con el resultado de las pruebas médicas, pero no se ha negado expresamente la validez del certificado, 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 certificado de nacimiento constituye un documento público (artículo 319.2 en relación con el artículo 317, ambos 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 certificado de nacimiento de autos, conforme a los arts. 319.2 y 323 LEC. Pero, según el mismo 319.2 LEC, el certificado de



nacimiento 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 certificado de nacimiento 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 certificado de nacimiento, 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, basado en las pruebas médicas, prueba la inexactitud del documento.

**TERCERO.-** El resultado de las pruebas óseas aparece recogido en el “Protocolo general para la determinación de la edad estimada”, del Instituto de Medicina Legal, que, por toda información, nos aporta, que el resultado del informe de radiografía de muñeca es de más de 19 años, que la edad ósea directa del carpio Greulich-Pyle es de más de 19 años, que la ortopantomografía es de más de 19 años, que la edad estimada por el estado de los dientes es de más de 19 años, para concluir que *“la edad mínima más probable sería de más de 19 años”*. Manifestación ésta que, de entrada, es de ver que, por sí misma, no excluye otras probabilidades. En todo caso, no se explica, ni sabemos, por tanto, por qué se llega a esa conclusión. No es más clarificador el resultado de la radiografía, del Hospital Clínico, que, de entrada, contiene extraños errores en su encabezamiento, al figurar como fecha de nacimiento el 8 de agosto de 1898, y la edad de 112 años. Por lo demás, dice que *“siguiendo el método de Walter Greulich la edad ósea corresponde como mínimo a un varón de 19 años”*. No sabemos en qué consiste el método, ni cuál es su fiabilidad, ni si la raza pudiera determinar variaciones, ni si esto se ha tenido en cuenta.

Puesto que la documentación aportada no es suficiente para que la Juez que suscribe pueda llegar a la convicción relativa a la edad que se dice, y el objeto del pleito principal radica, precisamente, en determinar la edad del actor, y 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 veracidad de la documentación identificativa del actor. Dicha documentación determina que concurra la apariencia de buen Derecho que debe presidir la adopción de medidas cautelares, junto con el 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 Decreto de Fiscalía, aparte de basarse en las pruebas médicas, manifiesta que los Mossos d'Esquadra comunicaron la presentación del actor *“únicamente por la aportación de una fotocopia de partida de nacimiento de Ghana”*. Sin embargo, el Oficio de los Mossos nada dice de que se haya aportado original o fotocopia de ninguna partida de nacimiento. Son los servicios del Ayuntamiento y el centro de acogida, quienes dan cuenta del certificado de nacimiento, y de que es original (v. folios 13 y 14). Por lo demás, el Decreto concluye que *“a los efectos de esta Sección de Menores, se entiende*



Siendo de notar frente a ello, y considerando asimismo los términos en que se documenta el resultado de las pruebas médicas, que la edad no es algo susceptible de interpretaciones, opiniones, o suposiciones, ni de consideración diferente según los efectos que se persigan, ni cabe disociar la edad ósea de la edad real. Simplemente se es o no mayor de edad y ello, dentro de lo actuado, sólo lo determina con certeza, en este caso, el certificado de nacimiento.

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 certificado de nacimiento del actor, que, a falta de prueba en contrario, le acredita en este procedimiento, como nacido el 5 de octubre 1993, y por consiguiente, menor de edad hasta el 5 de octubre de 2011.

**CUARTO.-** La Letrada de la Generalitat, ha aportado una nota de la Fiscalía Provincial de Barcelona, sección de menores, donde da cuenta de la problemática aparejada a la documentación de los inmigrantes que solicitan protección como menores, y a la dificultad de dar respuesta a esa demanda. Sin embargo, no es posible atender a generalidades, ni a sospechas (y no otra cosa es suponer, que los Registros Civiles a que la nota se refiere, son menos fiables que el nuestro, o basarse en informaciones como la de que, en Ghana, la policía encarcela a los delincuentes en prisiones de adultos, ante la duda sobre la edad de sus nacionales), cuando se trata de dar respuesta a un problema que, ante el Juzgado, se presenta como estrictamente individual. Una cosa es la política de inmigración, y otra diferente, la tutela de derechos fundamentales. Mezclar ambas cosas no es posible, en un Juzgado o Tribunal. Y el caso es que, precisamente, si hubiéramos de atender a una visión más amplia que la que nos ofrece lo actuado, como pretende la parte demandada, las pruebas médicas, aparte de lo ya dicho, y contemplando los diversos supuestos que han ido llegando al Juzgado, resultan siempre y sistemáticamente demasiado favorables al interés de una de las partes en este tipo de procedimientos. Sorprende que el resultado siempre sea una probabilidad de mayor de 19 años. ¿Sabemos, acaso, qué es lo que permite distinguirlo de un mayor de 17 años?. No se ha dicho. También dice la nota que, por el aspecto físico de los que dicen ser menores, "*parece evidente que son mayores de edad*". Se niega que esto sea aplicable al actor en este procedimiento.

Se arguye, por otra parte, que los pasaportes o certificados de nacimiento no contienen datos que sean dogma de fe, y es verdad, según se ha razonado anteriormente, pero esto no significa que, ante la mera duda sobre la exactitud del dato, y a falta de prueba concluyente que determine que no es cierto, tengamos que presumir que el afectado es mayor de edad.

Por lo demás, la cuestión que aquí se dilucida no es la eficacia del documento a efectos de calificación registral, por lo que no nos sirve la doctrina de la DGRN que se cita, sino la eficacia del documento en un juicio de apariencia de buen derecho, que no puede desvirtuarse, insisto, mediante consideraciones ajenas a las que se acreditan en el



propio procedimiento.

5/6

Es también irrelevante, a los efectos que aquí interesan, que la falsedad ideológica no sea delito conforme al Código Penal español y que por ello no pueda ser perseguida, porque le bastaría al Ministerio Fiscal probar esa falsedad para que la demanda de medidas cautelares fuera desestimada, conforme se interesa.

Y finalmente, el criterio médico sobre la edad, deberá ser expuesto de forma tal, que el Juez pueda formarse la convicción indubitada, de que resulta plenamente fiable, cosa que no se desprende de lo actuado, porque no se expresa cuál es el proceso por el cual se llega al resultado que se ofrece.

Es muy comprensible que el Ministerio Fiscal, en cuanto defiende intereses generales, se oponga a una medida cautelar como la solicitada, porque la plena certeza sobre la edad no la podremos tener hasta que se resuelva el pleito principal, pero sí que cabe apreciar una apariencia de buen derecho en el documento, a los efectos de la tutela que se pretende, y la cual, como se ha dicho, debe prestarse en los Tribunales, mientras el afectado sea presumible y aparentemente menor de edad. Si esto no interesa por razones de orden público, lo que debería hacerse es aprobar una ley que de respuesta al problema, porque, en los términos en que actualmente se plantea, entiendo que no puede resolverlo el Juez y todavía menos en un procedimiento de medidas cautelares. Ha de ser así porque, en sede de medidas cautelares, se trata precisamente de un juicio anticipado, que por supuesto no obsta o condiciona en modo alguno a la solución definitiva, la cual dependerá del resultado del juicio plenario que en su día se practique. Si la ley exige tener en cuenta la apariencia de buen derecho, es precisamente, a los meros efectos de anticipar cautelarmente un juicio que, con carácter cautelar, presenta visos, “ex ante” de poder ser el definitivo, aunque finalmente no lo sea.

**QUINTO.-** 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. Por lo tanto, la medida cautelar solicitada es necesaria para evitar al actor un perjuicio de imposible reparación, cual es, la falta de las atenciones que precisa como menor, durante todo el tiempo en que tiene dicha condición. No cabe oponer, que es mayor de edad porque ello no resulta claramente de lo actuado y se contradice con un documento cuya validez y autenticidad se ha puesto en duda, pero no se ha desvirtuado.

**SEXTO.-** Procede nombrar como defensor judicial del actor a su abogado, ya que, de un lado, concurre el presupuesto legal del art. 224-1, libro II CC, para el nombramiento de un defensor judicial al actor, teniendo en cuenta que quien debía y debe ostentar la representación legal del actor, 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 Sr Shamun. El art. 224-2,2 libro II CC, atribuye plena potestad al Juez para nombrar defensor a quien estime más idóneo,



que 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, art. 224-3 libro II CC), asunto para el que obviamente el Letrado designado es la persona más indicada.

En su virtud,

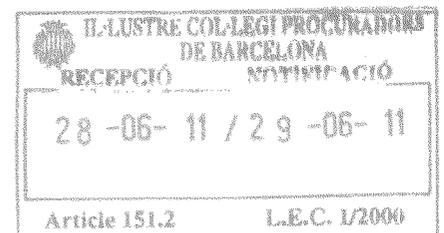
### PARTE DISPOSITIVA

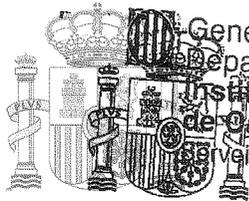
**ACUERDO:** QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR formulada por D. ...., representado por la procuradora D<sup>a</sup> Isabel Palet Borrell, y defendido por el Letrado Sr. D. Albert Parés, a quien se designa como defensor judicial del actor en este procedimiento, hasta que el Sr. Shamun 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 5 de octubre 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 Gutsés Pascual, del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 19 de Barcelona. Doy fe.





Generalitat de Catalunya  
 Departament de Justícia  
 Institut de Medicina Legal  
 de Catalunya  
 Servei de Clínica Medicoforense

*Ibrahim Shamun*  
*Exo. 12h 77.0*  
*la atención de Fam*  
*Fiscalia*

**Protocol general per a la determinació**

**Dades generals**

Divisió Barcelona, L'Hospitalet Nº registre de l'IMLC

Número d'expedient de la Secció de Menors de la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya Expediente ordinario 1247/2011

Diligències Expediente ordinario 1247/2011  
 Identificació del jutjat de menors Número d'expedient del jutjat de menors indicat Expediente ordinario 1247/11- D4

**Dades de la persona explorada**

Cognoms i nom Ibrahim Shamun Professió no

Adreça barcelona Localitat barcelona

Telèfon Persona o entitat de contacte

**Data de l'exploració**

Dia	Mes	Any	Hora
5	abril	2011	13

**Dades del reconeixement**

Lloc del reconeixement Fiscalia de menors Metge/essa forense que fa el reconeixement Margarita Barquinero

**Edat cronològica referida**

Persona informant El mateix Data 5 october 1993 Anys 5-4-2011 Anys +019

**Reconeixement medicoforense inicial**

Edat referida pel subjecte Ghana Grup racial  Europeu (caucàsic)  Asiàtic  Nordafricà  Subsaharià  Altres

País d'origen Ghana Data d'arribada a Espanya (si és estranger/a) i escales a un altre país 1 semana

Talla 168cm Pes 64 kg Índex de massa corporal (pes/talla<sup>2</sup>) Atlètica Constitució Atlètica

Altres dades constitucionals Estat de les dents  
Peces erupcionades: totes  
Desgast de les dents:  
Altres dades:

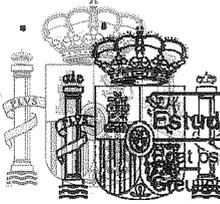
**Pubograma segons Tanner**

<input type="checkbox"/> Nens	<input type="checkbox"/> Nenes
<input type="checkbox"/> Borrissol púbic (estadiatge de Tanner)	<input type="checkbox"/> Borrissol púbic (estadiatge de Tanner)
<input type="checkbox"/> Genitals externs:	<input type="checkbox"/> Desenvolupament mamari (estadiatge de Tanner)
<input type="checkbox"/> Borrissol corporal i facial	<input type="checkbox"/> Característiques de la veu:
<input type="checkbox"/> Línia d'implantació del cabell	
<input type="checkbox"/> Característiques de la veu:	

Antecedents patològics, endocrinopaties, estat nutricional i d'activitat física No, refereix perdues de sang a les defecacions.

Tractament/s mèdic/s no

*u-62651150*



## Estudis complementaris

Edat òssia directa del carp

Greulich-Pyle

Hernández

+19

Ortopantomografia + 19

Descripció general

Fase de mineralització del tercer molar inferior esquerre  
completa

Estadi de Demirjian

H

### Estudis complementaris en casos especials

Radiografia esternoclavicular (estadiatge segons Schmeling)

Radiografia de tòrax AP per valorar l'ossificació del cartíleg de la primera costella

### Conclusions generals

Edat referida

Edat òssia directa (Greulich-Pyle)

Edat òssia directa (Hernández)

+019

Edat estimada per l'estat de les dents

Edat estimada segons l'estadi de la fusió esternoclavicular

+19

### Conclusions medicolegals

En el dia de la data he practicat el reconeixement de Ibrahim Shamun. Atesos els resultats de l'entrevista, l'exploració física i les proves complementàries, l'edat mínima més probable seria de: +19 anys.

*M. Barquineró*

Signatura

Metge/essa forense

Margarita Barquineró

Data

05/04/2011

1. Càries, pèrdua de peces, tractaments, etc. Cal consultar els annexos.