

SENTENCIA N. 211/15

Barcelona, veintiséis de marzo de dos mil quince
Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez

Margarita Noblejas Negrillo

María José Pérez Tormo (Ponente)

Rollo n.º: 1040/2014

Notificada 27/3/2015

Oposición medidas en protección de menores (art.780) nº 273/2011
Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona

Apelante:

Abogado: Albert Parés Casanova

Procurador: M^a Nieves Hernández de Urquía

Apelado: Direcció General d'Atenció a la Infància i a l'Adol.lescència

Abogado: LLetrat de la Generalitat

y el Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia Apelada de fecha 11 de julio de 2014 es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por D. representado por la Procuradora D^a Nieves Hernández de Urquía asistida por el letrado D. Albert Parés Casanova contra la resolución de la DGAIA de fecha 28 de febrero de dos mil once siendo parte la DGAIA e intervención del Ministerio Fiscal, declarando que el joven es mayor de edad confirmando dicha resolución.

Sin expresa imposición de las costas procesales de este procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte

actora mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria, que se opuso, presentándose escrito de oposición y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 17/03/2015.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el Sr. el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que ha desestimado su oposición a la resolución de la DGAIA de fecha 28 febrero 2011, que acordó el cese de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo y el cierre del expediente administrativo de desamparo al considerar al hoy recurrente mayor de edad.

La Sra. Letrada de la DGAIA y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El presente recurso versa sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España y, en concreto, sobre el valor de la documentación que llevan los extranjeros cuando dicha documentación contenga datos que no puedan conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando exista una aparente discrepancia entre la minoría de edad que figure en el documento y la complexión física del o de la joven; situación que ha dado lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la persona.

Sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal Supremo y ha sentado doctrina en sentencias de Pleno de fechas 23 y 24 septiembre 2014 y en dos de la misma fecha 16 de enero de 2015, nº 26/15 y 27/15 en el sentido de que "el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y

ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

Aplicando esta doctrina el presente recurso debe ser estimado.

Debe tenerse en cuenta que el hoy recurrente portaba un certificado de nacimiento de su país originario, Nigeria, que indicaba la fecha de nacimiento el 19 octubre 1994, por lo que cuando lo presenta en Comisaria de Mossos d'Esquadra el 10 diciembre 2010 resulta que indicaba que tenía 16 años de edad. La DGAIA le proporcionó la protección necesaria y cuando se celebra la Vista en 1ª Instancia ya había obtenido el pasaporte del organismo correspondiente, en base al mismo certificado de nacimiento, documento que no ha sido impugnado.

El pasaporte, según las mismas sentencias antes referidas, “es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular.

Dispone el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que «[e]n 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, poniéndose el hecho 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», estableciendo en su artículo 25.1 que «[e]l extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios» (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).

En cuanto a los artículos 6 y 190 del Reglamento Extranjería , según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares. Conforme al segundo, y en lo que aquí interesa, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, este será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán 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.

Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter

prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.”

“La correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.

En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes.

Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

TERCERO.- En el presente caso, el demandante disponía de un certificado de nacimiento y posteriormente, de un pasaporte, documento oficial, que indicaba como fecha de nacimiento el 19 octubre 1994, lo que determinaba una edad de 16 años y 10 meses en la fecha en que el demandante se presentó en dependencias policiales, el 10 de diciembre 2010, y también menos de 18 años cuando se dictó la resolución administrativa impugnada, el 28 febrero 2011, razones por las que no puede aceptarse que se tratara de un menor indocumentado «cuya minoría pudiera ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, cuando menos sin impugnar la autenticidad del documento que acreditaba esta minoría de edad».

Como consecuencia debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados, pues no bastaban para someterle a pruebas médicas las dudas sobre el certificado de nacimiento que obraba en su poder ni su aspecto físico, cuando además la diferencia entre la edad apreciada según los médicos forenses (mas de 18 años) y la que el hoy recurrente manifestaba, coincidente con la que constaba en el certificado de nacimiento (16 años y 10 meses), era escasa. Por todo ello, procede estimar el recurso de apelación presentado.

CUARTO.- Conforme al Art. 398 de la LEC no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación del recurso planteado.

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. contra la sentencia dictada en fecha once de julio de dos mil catorce por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la expresada resolución, y declaramos que cuando se dictó la resolución administrativa ahora impugnada de fecha 28 de febrero 2011 el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F.16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. En Barcelona, una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes.DOY FE.