

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 28
MADRID

SENTENCIA: 00202/2010

Procedimiento: IMPUGNACION DE TUTELA AUTOMATICA 1173 /2009

S E N T E N C I A num. 202/2010

En MADRID a cuatro de mayo de dos mil diez .

Vistos por la Iltma. Sra. Dña. EMILIA MARTA SANCHEZ ALONSO ,
MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número 28 de
los de MADRID , los autos seguidos en este Juzgado al número
1173 /2009 promovidos por el Procurador D. Javier Fraile Mena
en nombre y representación de Don [REDACTED] contra
la COMISION DE TUTELA DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID ,
habiéndose dado intervención al Ministerio Fiscal, en base a
los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Javier Fraile Mena , en nombre y
representación de su mandante, se formuló demanda de Impugnación
de Tutela en la que por medio de parrafos separados exponía los
hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos
pertinentes y hacia alegación de los fundamentos de derecho que
entendía aplicables al caso, y finalizaba con la súplica de que
tras su legal tramitación se dictara sentencia que reconociera
haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada en legal
forma, compareció en tiempo y forma, contestando la demanda, y
citándose a las partes a la vista prevenida en la LEC, se señaló
la audiencia del día 19 de abril de 2010, celebrándose con la
comparecencia de la parte actora su representación procesal y
asistida de Letrado y compareciendo la Letrada de la Comunidad
de Madrid y practicándose dicho acto y las pruebas declaradas
pertinentes con el resultado que consta en autos. El Ministerio
Fiscal emitió informe.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes se han observado las prescripciones legales.

CUARTO.- La presente resolución esta basada en el proyecto elaborado por el Juez en prácticas Don Sergio Calle Pérez, bajo la supervisión de la Magistrado-Juez titular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Don [REDACTED] interpone demanda impugnatoria de la resolución de fecha 2 de septiembre de 2009, de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid por la que se acuerda DEJAR SIN EFECTO LA MEDIDA DE PROTECCIÓN ACORDADA en fecha 18 de Julio de 2008.

SEGUNDO.- De la valoración conjunta de la prueba practicada en especial, documental obrante en autos, han resultado acreditados los siguientes extremos:

1).- Con fecha 18 de julio de 2008 se resuelve por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia iniciar el oportuno expediente de constitución de Tutela del menor [REDACTED] (folio 20).

2).- Con igual fecha se resuelve por el precitado organismo entre otros extremos los siguientes (folio 21 y siguientes):

A).- Declarar la situación de desamparo del referido menor,

B).- Asumir la tutela del menor por parte de la Entidad Pública,

C).- Iniciar el oportuno expediente de constitución de Tutela,

D).- Nombrar responsables de la instrucción y seguimiento del expediente a un técnico adscrito a la Zona de Acción Tutelar correspondiente.

3).- Se han realizado diversas pruebas tendentes a la determinación de la edad de [REDACTED] con el resultado que obra en las actuaciones.

4).- Consta resolución de la Comisión de Tutela del Menor de fecha 19 de septiembre de 2008 (folio 59 y 60) en la que se confirma la situación de desamparo del menor [REDACTED], acordando que la medida de tutela será ejercida en Acogimiento Residencial, bajo la guarda de la Directora de un centro de protección de la Comunidad de Madrid.

5).- Con igual fecha se procede a poner en conocimiento de la Directora del Programa de vida Independiente que se va a

proceder a solicitar ante la Delegación del Gobierno de Madrid la repatriación de [redacted] a su país de origen.

6).- Por Resolución de 23 de marzo de 2009 se acuerda por la Comunidad de Madrid a través de la Consejería correspondiente modificar la fecha de nacimiento del menor [redacted], debiendo constar que el mismo ha nacido el 7 de octubre de 1992 (folio 73).

7).- El 2 de septiembre de 2009 la Comisión de Tutela Del Menor dicta resolución por la que se acuerda "Dejar sin efecto la medida de protección acordada por esta Entidad Pública por Resolución de Urgencia de 18 de julio de 2008".

8).- El 27 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Juzgado Decano de Madrid la Denuncia presentada por la Directora-Gerente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia por posibles delitos contra los derechos de los extranjeros y de falsedades (folio 150), denuncia que correspondió por turno de reparto al Juzgado de Instrucción número 15 de los de Madrid y respecto de la que consta se ha acordado el Sobreseimiento Provisional y el archivo correspondiente de la misma (folio 233).

TERCERO.- A la vista de los hechos declarados probados se hace preciso determinar si ha resultado acreditado que [redacted] y por tanto la resolución del Instituto Madrileño del Menor y la Familia dejando sin efecto la medida de protección acordada debe mantenerse o si por el contrario dicha resolución debe ser revocada al no quedar acreditado que el referido haya alcanzado la mayoría de edad.

Queda acreditado que se han realizado diferentes pruebas médicas tendentes a determinar la edad de [redacted] y lo cierto es que ninguna ha sido concluyente al respecto; así consta a los folios 15 y 16 informe realizado el 10 de julio de 2008 por el Médico Forense Sr. Martínez Rionda, en el que se determina que la edad de maduración ósea del examinado se encuentra entre los 16 y más de 18 años, el examen de la dentición y caracteres sexuales secundarios junto con el examen radiográfico permiten establecer una maduración somática compatible con una edad en torno a los 17 años; la radiología ósea (folio 34) realizada el 16 de julio de 2008 por los Doctores Abadal Isasmendi y Abadal Villayandre indica que la edad más probable se sitúa en torno a los 17 años.

No cabe desconocer que desde hace algún tiempo se ha constatado, no sin preocupación, el aumento de la inmigración infantil, es decir, de aquella protagonizada por jóvenes extranjeros que, aun siendo menores de edad, emprenden un proyecto migratorio propio e independiente de sus familias. En nuestro entorno cultural se les conoce como menores extranjeros no acompañados.

La situación en la que se encuentra un extranjero, de cuya minoría de edad se duda, en tanto se comprueba si tiene los años suficientes para adquirir la mayoría de edad, es un tanto dudosa. Como premisa de partida se puede deducir de la regulación general un principio de presunción iuris tantum de minoridad, en virtud del cual, mientras no se demuestre lo contrario, el joven es considerado menor y ha de ser tratado

como si lo fuera, contando con una serie de medios probatorios para la determinación de la edad, unos que podemos denominar jurídicos, pues consisten en la consulta de datos personales en el Registro de Menores en situación legal de desamparo o en ciertas instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras pero junto a éstos existen otro tipo de pruebas de carácter médico más problemáticas.

La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados normalmente consisten en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pyle, aunque también se utiliza otros muy similares.

La determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad, ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica. Esto se debe a que los estándares de comparación son antiguos y se realizaron para descubrir patologías relacionadas con el crecimiento y otras finalidades distintas de las que se persiguen ahora. A lo que hay que añadir que se hicieron tomando como muestra población de raza blanca, normalmente de origen inglés o estadounidense y de familias acomodadas, cuando está demostrado que las malas condiciones de vida afectan al proceso de maduración ósea y que ésta no se produce a la misma velocidad en todas las razas. Por esta razón, el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, de entre este arco de edades, habrá que estar siempre a la inferior, pues es lo que, en general, satisface el interés del menor, de todo lo anterior se deduce que, de la prueba practicada, no cabe deducir con el rigor que un pronunciamiento de tal naturaleza exige que Abdoulaye Conte sea mayor de edad, en consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto y a los informes no concluyentes, ni coincidentes acerca de la edad de [REDACTED], no resta otra solución a la problemática suscitada que revocar la resolución del Instituto Madrileño del Menor de fecha 2 de septiembre de 2009 por la que dejaba sin efecto la Medida de Protección, máxime si tenemos en cuenta que la denuncia formulada por el referido organismo ha sido sobreseída en fecha 30 de noviembre de 2009.

CUARTO.- Dada la naturaleza de la materia sometida a enjuiciamiento no procede hacer pronunciamiento alguno respecto de las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que me confiere la Constitución Española.

F A L L O

Que estimando la Impugnación interpuesta por el Procurador Sr. Fraile Mena en nombre de [REDACTED] contra el Acuerdo de fecha 2 de septiembre de 2009 de la Comisión de Tutela Del Instituto Madrileño del Menor y la Familia revoco el mismo y en consecuencia se deja sin efecto lo allí acordado, sin hacer pronunciamiento expreso respecto de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber lo prevenido en el artículo 248.4 de la L.O.P.J.y en la Disposición Adicional Décimoquinta introducida por la Ley 1/2009 de 3 de noviembre.

Así, por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.