



Roj: **SAP O 1019/2018 - ECLI:ES:APO:2018:1019**

Id Cendoj: **33044370012018100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2018**

Nº de Recurso: **302/2017**

Nº de Resolución: **128/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00128/2018

N10250

COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3º 33005 OVIEDO

-

Tfno.: 985968730/29/28 Fax: 985968731

JCG

N.I.G. 33044 42 1 2016 0009115

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000302 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO

Procedimiento de origen: OPOSICION MEDIDAS EN PROTECCION MENORES 0000997 /2016

Recurrente: Luis Enrique

Procurador: FLORENTINA GONZALEZ RUBIN

Abogado: ALFONSO LAGO RAYON

Recurrido: ADMINISTRACION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, MINISTERIO FISCAL

Procurador: FERNANDO LOPEZ CASTRO

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

SENTENCIA nº 128/18

RECURSO APELACION 302/17

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Oviedo, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de OPOSICION MEDIDAS EN PROTECCION MENORES 997 /2016, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 302 /2017, en los que aparece como parte apelante Luis Enrique , representado por la Procuradora FLORENTINA GONZALEZ RUBIN, asistido por el Abogado ALFONSO LAGO RAYON, y como parte apelada la CONSEJERIA DE BIENESTAR SOCIAL Y VIVIENDA DE LA ADMINISTRACION DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representada por el Procurador FERNANDO LOPEZ CASTRO, asistida por la LETRADA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANTONIA FUENTES MORENO, y parte apellada también el MINISTERIO FISCAL en la representación que le encomienda la Ley, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 12 de mayo de 2017 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la oposición presentada por DON Luis Enrique , debo confirmar y confirmo la resolución administrativa por la que se acuerda el cese de la tutela al considerar que el demandante alcanzó la mayoría de edad el NUM002 de 2015. No procede hacer especial imposición en materia de costas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados las partes apeladas formularon sus respectivos escritos de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista y habiendo dado al recurso tramitación preferente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 28 de marzo de 2018.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos , siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La Sentencia ahora apelada, resume perfectamente los antecedentes para la solución del presente recurso. En ella se expone lo siguiente: "Con fecha 21 de julio de 2015 , la Brigada Móvil de la Jefatura Superior de Policía de Asturias, siendo las 15:00 horas, identificó al hoy demandante que se encontraba en la calle Pepe Cosmen de Oviedo y a continuación lo puso a disposición de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras. El demandante dijo ser un menor extranjero no acompañado y llamarse Luis Enrique , nacido el NUM000 de 1999 en Accera, hijo de Rosendo y Serafina . El menor portaba un certificado de nacimiento de Ghana y pasaporte original de la República de Ghana expedido en Madrid en fecha 23 de junio de 2015, válido hasta el 22 de junio de 2020. Así mismo, se acuerda que será trasladado al Centro de Acogida de Lorian, una vez realizadas las primeras actuaciones tendentes a obtener sus verdaderos datos de identidad. Y que se procedería, en coordinación con el referido Centro de Acogida, al traslado del menor a dependencias policiales, al objeto de proceder a su plena identificación y, en su caso, a la realización de las pruebas legalmente establecidas para la determinación de la edad.

El día 21 de julio de 2015 Luis Enrique ingresó en las plazas de primera estancia el Centro de acogida de Lorian.

El 27 de julio de 2015 fue trasladado a dependencias policiales al objeto de realizar y completar la reseña policial para su identificación en inclusión en el Registro Central de Menores Extranjeros no Acompañados. Realizado cotejo de sus impresiones dactilares a través del SAID, da como resultado que el citado se trata de la misma persona que figura en las bases de datos policiales con la identidad de Luciano , nacido el NUM001 de 1994 en Togo, el cual fue reseñado el 19 de noviembre de 2014 en Motril, por paso clandestino de frontera.

Atendiendo a lo expuesto, y, en concreto, al existir dudas de que la identidad del pasaporte no se correspondiese con la realidad, pues existía una diferencia de más de cinco años entre la fecha de nacimiento que Luis Enrique dio tras su llegada a España en el 2014 (año de nacimiento 1994) y la que consta en el pasaporte obtenido estando ya en nuestro país (año de nacimiento 1999), siendo también diferente el país de su **nacionalidad**, al referir haber nacido en Togo y serle expedido pasaporte de Ghana, es por lo que el Fiscal acordó incoar diligencias informativas para la determinación de la edad del joven Luis Enrique y practicar la prueba radiológica para la determinación de edad del sujeto. Diferencias que fueron plasmadas por el Fiscal en su decreto de 9 de septiembre de 2015 y que este Juzgado considera que justifican la realización de las pruebas



médicas que se llevaron a cabo. A la vez que en la entrevista mantenida con el menor por el Fiscal, el joven no pudo dar ninguna explicación razonable sobre las contradicciones de su lugar y fecha de nacimiento.

Tales pruebas médicas dieron como resultado una edad aproximada de 19 años, con una desviación standard de 15,4 meses. Por lo que el decreto del fiscal de 13 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta el margen de error, considera como fecha de nacimiento el NUM002 de 1997 y, por tanto, menor de edad a esa fecha."

SEGUNDO : Partiendo del anterior relato de hechos Don Luis Enrique presenta demanda de oposición frente a la resolución administrativa en materia de protección de menores de fecha 7 noviembre 2016 dictada por la Jefa de Sección de Centros de Menores del Instituto Asturiano para la atención integral de la infancia, dependiente de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias.

La Sentencia de fecha 12 mayo 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento 887/2016 concluye, a la vista de los datos obrantes en las actuaciones, que la fecha de nacimiento de Don Luis Enrique es el día NUM002 1997, y en consecuencia, permaneciendo bajo la tutela de la entidad pública hasta el NUM002 2015, fecha en que alcanzó la mayoría de edad se consideran ajustadas a derecho.

En el recurso de apelación presentado por Don Luis Enrique se viene a alegar que la Sentencia infringe la jurisprudencia en esta materia a cuyo tenor no cabe hacer indiscriminadamente pruebas complementarias de determinación de edad a un menor extranjero cuando éste porta documentación suficiente (pasaporte o certificado de nacimiento) válida y en vigor que acredite tales extremos. Se añade que el Decreto de Fiscalía de 9 septiembre 2015 que acuerda la realización de diligencias complementarias de determinación de edad se fundamenta en un juicio de proporcionalidad que sin embargo no aparece referido a circunstancia relevante alguna como lo sería la diferencia entre la declaración atribuida al menor al llegar a España y la que consta en su documentación, todo lo cual determina la nulidad de las pruebas complementarias para determinar la edad del menor así como del Decreto del Fiscal por el que se declara al apelante nacido el NUM003 1997.

TERCERO : Nuestro Alto Tribunal ha reiterado como doctrina jurisprudencial (Sentencias de Pleno de la Sala Primera de 23 y 24 de septiembre 2014 , a las que cabe añadir la STS 1 diciembre 2016 y las que en ella se citan) la siguiente: *«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»* .

El Reglamento de Extranjería dispone en su art. 6-1 que "Para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de uno de los siguientes documentos: a) Pasaporte, individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor. Los menores de 16 años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor cuando tengan la misma **nacionalidad** del titular del pasaporte y viajen con éste. b) Título de viaje, válidamente expedido y en vigor. c) 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"

Y el Reglamento de Extranjería dispone en su art. 190-1 que "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".

De lo hasta aquí expuesto se desprende que cuando el inmigrante porte un pasaporte o documento equivalente de identidad en el que se desprenda su minoría de edad no podrá 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, lo que no se ha hecho.



En el caso ahora examinado, y como expone el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso de apelación, la ponderación se realizó al comprobar en los archivos policiales, tras la oportuna reseña dactilar, que el ahora apelante constaba en realidad como Luciano , nacido en Togo el NUM001 1994, reseña que fue efectuada en Motril por entrada ilegal en España en noviembre 2014. Se añade a lo anterior que en la Fiscalía de Menores se llevó a cabo una entrevista personal con el menor en el curso de la cual éste no fue capaz de dar una explicación acerca de aquella disparidad de datos, tanto en lo relativo al lugar como a la fecha de su nacimiento, así como al país de procedencia, todo ello en relación con lo manifestado por él con ocasión de su entrada en España. Por último se reseña que la prueba radiológica fue consentida por el interesado, tal y como consta en las actuaciones.

Pues bien, a la vista de tales elementos cabe concluir que el juicio de proporcionalidad fue llevado a cabo por el Ministerio Fiscal mediante una adecuada ponderación de las circunstancias que afectaban a la correcta identificación del ahora apelante y la determinación de su edad, y ello habida cuenta de la situación de incertidumbre generada por los datos arriba expresados y por la propia conducta del interesado. Procede por tanto el rechazo del recurso de apelación y con ello la confirmación de la Sentencia recurrida.

CUARTO : De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC y vista la materia sobre la que versa la cuestión litigiosa, no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don Luis Enrique frente a la Sentencia de fecha 12 mayo 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento 997/2016, debemos acordar y acordamos **CONFIRMARLA** sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Dese el desti **no** legal al depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.