



Roj: **SAP B 5242/2014 - ECLI:ES:APB:2014:5242**

Id Cendoj: **08019370182014100275**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **28/04/2014**

Nº de Recurso: **1191/2013**

Nº de Resolución: **277/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA N. 277/2014**

**Barcelona**, 28 de abril de 2014.

**Audiencia Provincial** de **Barcelona**, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita Noblejas Negrillo

María José Pérez Tormo

**Rollo n.: 1191/2013**

Oposición a medidas de protección de menor n.: 105/2013

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 16 de **Barcelona**

Objeto del recurso: improcedencia del desamparo

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

Apelante: Jesús Manuel

Abogada: S. Ortiz Jimenez

Procuradora: M. del C. Cararach Gomar

Apelado: Direcció General d'Atenció a la Infància i a l'Adol·lescència (DGAIA)

Letrada de la Generalitat: M. T. Romera Ballart

Y el Ministerio Fiscal

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA**

El día 31 de enero de 2013 el Sr. Jesús Manuel presentó demanda de oposición contra el acuerdo de la entidad pública de 6 de noviembre de 2012 que dejó sin efecto su declaración de desamparo por considerarlo mayor de edad. Defiende la validez de su pasaporte, cita sentencias e invoca el art, 319 LEC . Sostiene que las pruebas médicas son irregulares.

La DGAIA contesta y se opone. Afirma que el pasaporte no acredita la edad y defiende la validez de las prueba médicas. Acompaña copia de la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, del Fiscal General del Estado y de la Instrucción 3/2011 de la Fiscal Jefe de Cataluña y de sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2013 .



La sentencia recurrida, de 26 de septiembre de 2013, destaca que no hay Convenio con Senegal y que hay contradicción entre los documentos y las pruebas médicas (RX, exploración médica y ortopantomografía y el actor no se prestó a examen de genitales, ni se practicó prueba de esternón). En suma, la juez desestima la oposición formulada contra la resolución de la DGAIA de fecha 6 de noviembre de 2012.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente Don. Jesús Manuel argumenta que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba, que analiza, y reitera los argumentos de su escrito de demanda.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia.

La parte apelada se opone y defiende la sentencia. Sostiene que el pasaporte no reúne los requisitos suficientes de credibilidad.

## 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto se ha registrado en la Sección el día 31 de enero de 2014. Se ha admitido como prueba y se ha practicado el día señalado también para votación y fallo. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En esta alzada se ha introducido como hecho nuevo

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CALIFICACIÓN DE EDAD DE PERSONAS INMIGRANTES

Esta Sala ha declarado repetidamente, a partir de la SAP, Civil sección 18 del 21 de Junio del 2012 (ROJ: SAP B 6437/2012), que no es prueba plena la de la fecha de nacimiento consignada en el pasaporte para establecer la edad, ni tampoco la que conste en el Registro civil. No existiendo tratado o convenio internacional con algunos países subsaharianos (Gambia, República de Ghana, Senegal) se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización ( art. 323.2 LEC , pues no se discuten sus efectos administrativos, sino los procesales).

De todo ello se desprende que el pasaporte expedido en Senegal no tiene la consideración de documento público, pues no hay Convenio y no está legalizado, y en consecuencia carece de la fuerza probatoria que a los documentos públicos atribuye el artículo 319 de la LEC - no hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta. Cabe también tener en consideración que el artículo 752.2 LEC dispone que el tribunal no está vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Esta misma doctrina ha fijado que "si bien es cierto que en las pruebas médicas que se efectúan para la determinación de la edad existe margen de error, tal como puso de relieve y consta en el Informe elaborado por el Defensor del Pueblo de España con importantes consecuencias legales, existe consenso en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Por ello se acude a la exploración física, la maduración ósea (exploración radiológica de la muñeca) examen de la dentición con ayuda de la ortopantomografía y estudio de la clavícula en su caso".

» Y si los informes médicos, como ocurre en el presente caso, determinan el margen de error o porcentaje de incertidumbre o desviación respecto a la pauta estándar y aun así resulta que está por encima de los dieciocho años, la conclusión no puede ser otra que la alcanzada por la sentencia apelada que confirma la resolución de la entidad pública de cierre y archivo del expediente de protección de menores. Cabe destacar asimismo que en tanto no se emitió el informe médico, el interesado fue objeto de protección, atendido en un centro, de tal manera que en ningún caso se ha infringido la normativa de protección de menores en tanto fue considerado como tal, aplicando mientras duró la incertidumbre el principio de *favor minoris* , pero dicha protección no puede hacerse extensiva a personas que ya no gozan de dicha condición.

Y se reitera en dicha sentencia la aplicación del principio del interés del menor, que ha de prevalecer frente a cualquier otro y que aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en numerosas leyes (CE, LOPJM, CC, CC de Catalunya, LEC, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, entre otras) y en tratados internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención sobre Derechos del Niño ratificada por la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, el Convenio Europeo de 1980 y el de la Haya del mismo año), pero añade que este principio exige también que en los centros de acogida de



menores no tengan ingreso personas mayores de edad para dar la debida protección a los menores que ya se encuentran ingresados (o que estén en espera de ingreso).

En el mismo sentido, SAP, Civil sección 18 del 29 de enero de 2014 (ROJ: SAP B 1516/2014); SAP, Civil sección 18 del 18 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP B 14834/2013); SAP, Civil sección 18 del 18 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP B 14840/2013); SAP, Civil sección 18 del 04 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP B 14808/2013); SAP, Civil sección 18 del 07 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP B 12829/2013); SAP, Civil sección 18 del 25 de Julio del 2013 (ROJ: SAP B 11146/2013), SAP, Civil sección 18 del 18 de Junio del 2013 (ROJ: SAP B 8543/2013), SAP, Civil sección 18 del 23 de Abril del 2013 (ROJ: SAP B 5408/2013), SAP, Civil sección 18 del 10 de Abril del 2013 (ROJ: SAP B 4098/2013), SAP, Civil sección 18 del 12 de Marzo del 2013 (ROJ: SAP B 2839/2013), SAP, Civil sección 18 del 20 de Diciembre del 2012 (ROJ: SAP B 13541/2012) y otras.

El *Síndic de Greuges* recoge en su informe sobre el tema la doctrina forense, que habla de márgenes de error importante y técnicas dispares y el informe del Defensor del Pueblo convalida con expertos médicos la validez de la escala Greulich y Pyle, pero sugiere que no se resuelva solo con la radiología y de su lectura se deduce que el método español, de entrevista (administrativa), documentación y comprobación esquelética adquiere gran relevancia cuando se le une el examen dental y el informe de un doctor (aunque no se haga un estudio psicológico), pero aparece como deficitaria en otro caso.

El trabajo de la Dra. Brigida , tesis doctoral 2009, no trata este tema y el del Dr. Desiderio , de 2004 propone la validez de la prueba del tercer molar (que aparece a partir de los 17 años), pero no descalifica las escalas vigentes y en otro estudio dice que la escala Greulich y Pyle se realizó sobre población norteamericana blanca como referente, aunque también dice que tras una curva de aprendizaje suficiente, las variabilidades son tolerables.

Con todos estos datos, no es preciso estudiar si la comunidad científica considera o no válida la escala Pyle-Greulich y si sus márgenes son aceptables para las tipología de individuos a la que pertenece el demandado.

## 2. EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS

Un nuevo estudio de las actuaciones pone de manifiesto que la decisión administrativa de archivo se basa en pruebas médicas variadas y contrastadas, cuya fiabilidad es suficiente para dar por probado que Don. Jesús Manuel era ya mayor de edad cuando se presentó a las autoridades:

a) El recurrente se presentó a los Mossos d'Esquadra el 18 de octubre de 2012 instando ser protegido, por su minoría de edad y ya entonces la policía detectó contradicciones (f.69);

b) Acompaña diversos documentos, todos en fotocopia simple, no adverados, legalizados, ni apostillados, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta, al no haber sido legalizados según las reglas de los arts. 319 y 752.2 LEC , todos ellos muy próximos entre sí y de fechas inmediatas a la realización de su propósito de emigrar a España: un certificado del Registro civil (f.19) expedido el 13 de enero de 2012, otro de nacionalidad senegalesa de 18 de enero de 2012 (f.18), un Documento Nacional de Identidad (f.17) expedido el 16 de agosto de 2012 y un pasaporte senegalés expedido el 14 de septiembre de 2012 (f.16), lo que hace ver que la supuesta legalización de su situación administrativa responde a un propósito directo a favor de la emigración;

c) En el certificado del Registro civil se dice que consta la inscripción tardía del nacimiento, el año 2005 (cuando presuntamente el recurrente contaba con 9 años de edad), pero no se ha acompañado la certificación literal de nacimiento ni los documentos de base que sirvieron para llevarla a cabo y en tal documento y también en el pasaporte se recoge como su fecha de nacimiento la de NUM000 de 1996, pero las pruebas médicas contradicen esta información;

d) El Dr. Isidro , "consultor" del servicio de diagnóstico por la imagen del Hospital Clínic (f.20), dice haber practicado una prueba de la mano ("Mano PA", RX en mano izquierda) y con referencia al método Greulich-Pyle determina una edad de 19 años o superior, a 19 de octubre de 2012 (cuando, según los datos del actor debía tener 16), y lo ratifica en juicio;

e) El reconocimiento médico forense (f.61) de igual fecha recoge en la anamnesis que el Sr. Jesús Manuel no sabe su edad (¿) y, con base en la prueba de muñeca y con completa exploración y pantomografía que recoge la mineralización del tercer molar inferior izquierda, fase H (extremos apicales totalmente cerrados), la Dra. Marina fija su edad, según escalas, entre 18 años y 6 meses y 19 años; la doctora admite un margen de error, pero concluye que no es estimable en este caso (es decir, confirma su certeza de la mayoría de edad) y se ha unido informe médico forense de la misma Doña. Marina (f.47) que valora la radiografía de muñeca izquierda con tres escalas (Greulich y Pyle, Tanner- Whitehouse y Hernández), ortopantomografía y exploración física como un conjunto de pruebas que acerca la fiabilidad al 98%.



En suma, el conjunto de prueba practicadas permite concluir que el recurrente era mayor de edad cuando se inició el expediente.

### 3. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

### FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación.

2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la 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. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Confirmada la resolución recurrida dese el destino legal al depósito constituido (disp. 15ª L.O. 1/2009), en su caso.

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.