

Juzgado de Primera Instancia 19
Barcelona
Oposición a acuerdo de entidad pública 372/2011
Pieza separada de medidas cautelares

LORENA MORENO RUEDA

Procuradora de los Tribunales
C/ Manuel Ballbé, 11-13 10º 2ª 08034 BCN
Tel. 93.252.00.44 Fax: 93.252.00.34
e-mail: lmoreno@barcelona.cgpe.net

Ldo.: PARES CASANOVA, D.ALBERT
Rep.

Notificado: 27/05/11 Fine:

AUTO 126/2011

Magistrada Juez en sustitución, D^a María Rosa Gutiérrez Pascual
En Barcelona, a veintiséis de mayo de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 3 de mayo de 2011, cuyos hechos y fundamentos de Derecho se dan por reproducidos, la representación procesal de D. zzzzzzzzzzzz, 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 24 de mayo 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 mismo sentido, el art. 236-3 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña: *“la autoridad judicial, en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad”*. Lo cual evidentemente, se extiende a los supuestos en que la potestad se ha sustituido por funciones tutelares de una entidad pública como es el caso. En el presente supuesto, es el propio actor, cuyo pasaporte le acredita como menor de edad, quien insta que se le proteja frente a la indebida exclusión del centro de menores donde venía siendo acogido. Lo cual es evidente que debe prosperar, pues, ante la contradicción entre la documentación del menor, cuya validez no aparece contradicha en términos inequívocos y siendo que el objeto del pleito principal radica precisamente en determinar la edad del actor, y que, 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 legalidad de la documentación identificativa del actor. Dicha documentación determina que concurra la apariencia de Derecho que debe presidir la adopción de medidas cautelares, junto al 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. No puede aceptarse, pues, el planteamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal, en el sentido de que, no hay perjuicio o riesgo para el menor porque está atendido en un centro de adultos. Ni puede prosperar el argumento de que la estimación de la demanda de medidas cautelares supone prejuzgar el asunto, pues es obvio que en sede de medidas cautelares se trata precisamente de un juicio efectivamente 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 un juicio que, con carácter cautelar, presenta visos, “ex ante”, de poder ser el definitivo, aunque finalmente no lo sea. En todo caso, obsérvese que la desestimación de la demanda supondría prejuzgar igualmente el asunto, con la única diferencia de hacerlo a favor de la parte contraria. Y no se olvide que quien niega la minoría de edad es quien debe traer prueba suficiente para desvirtuar la apariencia de buen derecho del actor.

SEGUNDO.- El argumento del Ministerio Fiscal, de que el pasaporte no constituye un documento apto para acreditar la edad, a diferencia del certificado literal de nacimiento, no puede tener favorable acogida porque, en las diligencias preprocesales aportadas por el Ministerio Fiscal, así como al folio 9 del expediente administrativo, obra copia certificada de la inscripción del nacimiento en el Registro de Nacimientos y Defunciones de la República de Ghana, sede de Techiman, en la Asamblea Municipal de dicha población, donde se produjo el nacimiento y figura la misma fecha del pasaporte, el 28 de marzo de 1994. Asimismo, al folio 5 del Informe del equipo técnico del Centro de Acogida El Castell, se hace constar que el actor aporta “acta de nacimiento original” junto al pasaporte. Por lo demás, no se ha desvirtuado la presunción de validez del pasaporte, y del certificado de nacimiento, sino que sólo se ha apuntado su inexactitud, en tanto no concuerda con el resultado de las pruebas médicas. No se ha negado expresamente la validez del pasaporte, como no podía ser de otra manera al faltar toda base probatoria para ello. Y por tanto, 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 pasaporte 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 pasaporte de autos, conforme a los arts. 319.2 y 323 LEC. Pero, según el mismo 319.2 LEC, el pasaporte 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 pasaporte 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 pasaporte, 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 prueba la inexactitud del pasaporte.

TERCERO.- El informe clínico del resultado de las pruebas concluye, tras dejar constancia de la radiografía de la mano, para determinar la “edad ósea”, que el actor tiene una “edad ósea **aproximada** (...) correspondiente a **unos** 19 años o más, según tablas de **normalidad** consultadas (Pyle-Greulich)”, y cabe preguntarse si, pudiendo ser unos, o más, no podrían ser unos o menos y, de hecho, el Informe Médico Forense concluye que la “**edad estimada**”, por el estado de la dentadura, es de “más de 18 años” y que “la **edad mínima más probable** sería de: más de 18 años”. Por otra parte, no consta en autos, la fiabilidad del método empleado para determinar la edad mediante radiografías, ya que la mera referencia a las “tablas de normalidad consultadas (Pyle-Greulich)”, es insuficiente para que un juez lego en medicina pueda extraer consecuencias por sí mismo. Y no se ha aportado certificación o prueba pericial al respecto, que sería lo que en su caso podría convencer al juzgador de la realidad defendida por Fiscalía.

Por lo demás, las consideraciones del Decreto de 28 de enero de 2011, sobre que la persona del actor no consta reseñada dactilarmente, no significa absolutamente nada a los efectos que nos ocupan, y que haya reseñada otra persona con nombre similar tampoco significa que sea desconocido, como se dice, el nombre real del actor, ni que esa otra persona sea el actor, ni siquiera por la vía indiciaria, y más cuando el parecido es por llamarse Mohamed o Mohammed, que en Ghana debe ser como aquí Pérez o García. El Decreto concluye que “**a los efectos de** esta Sección de Menores, **se entiende** que (...) es un adulto...”. Siendo de notar frente a ello, y considerando asimismo los términos en que se documenta el resultado de las pruebas, 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 el pasaporte.

El Ministerio Fiscal, en el acto de la comparecencia de medidas cautelares, aparte de considerar que la estimación de la demanda, supondría prejuzgar el asunto de autos, sobre lo que ya nos hemos pronunciado “supra”, puso de manifiesto, que el actor no puede hacer valer su minoría de edad para beneficiarse de los mecanismos legales que permiten a los menores regularizar con mayor facilidad su situación en España. Lo cual presupone, que el actor es mayor de edad, que es precisamente lo que se discute y no se ha probado. Y siendo esto así, lo que hay que decir es que la autoridad gubernativa no puede denegar a quien es menor, según la documentación que aporta y que lo acredita, los medios que nuestro Derecho establece para que los menores regularicen su situación en España.

Por cuanto antecede, se impone la tutela del actor, como extranjero menor de edad, pues sobre cualesquiera inconvenientes que ello pueda comportar desde el punto de vista administrativo, o gubernativo, en los términos alegados por el Ministerio Fiscal, como argumento en defensa de la resolución administrativa impugnada, debe imponerse, en sede judicial, la tutela de los derechos del actor como menor extranjero, que, a los efectos de la medida cautelar, supone conferir validez al pasaporte y al certificado de nacimiento del actor, que, a falta de prueba en contrario, le acreditan en este procedimiento, como nacido el 28 de marzo de 1994.

CUARTO.- 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, 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.

QUINTO.- Procede nombrar como defensor judicial del actor a su abogado, ya que, de un lado, concurre el presupuesto legal del art. 247 CF 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. Mohammed. El art. 248 CF 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 según el art. 248 CF), asunto para el que obviamente el Letrado designado es la persona más indicada. De hecho, el art. 248 CF, más previsor que el Código Civil, dispone de manera expresa que el nombramiento puede recaer en el abogado que actúe en defensa de la persona incapacitada en el mismo procedimiento.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR formulada por D. *****, representado por la procuradora D^a Lorena Moreno Rueda, 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. Mohammed alcance la mayoría de edad, y en consecuencia, ORDENO A LA DGAIA, COMO MEDIDA CAUTELAR que RECIBA Y ACOJA DE INMEDIATO a D. ZZZZZZ, 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 28 de marzo de 2012, 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^a María Rosa Gutiérrez Pascual, del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona. Doy fe.