

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID**

SECCION 22ª

Rollo Nº: 490/11

Autos : 1039/09

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 85 DE MADRID

Demandante/ Apelante: DON ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

Procuradora: DOÑA MARÍA LUISA ESTRUGO LOZANO

**Demandado/Apelado: COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA. CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

AUTO Nº

MADRID	
ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
11 ENE 2012	2012 12 ENE 2012
Artículo 151.2	3000 L.E.C. 1/2000

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez



En Madrid, a nueve de enero de dos mil doce.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de oposición medidas en protección de menores seguidos, bajo el nº 1039/09, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid, entre partes:

De una, como demandante-apelante Don Mamadou Oury Diallo, representado por la Procuradora Doña M^a Luisa Estrugo Lozano.

De la otra, como demandado-apelado, la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Carmen Nelra Vázquez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de enero de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ° Se desestima íntegramente la demanda formulada por el procurador D^a M^a ESTRUGO LOZANO en nombre y representación de D. ~~MANABOU OURY DIALLO~~ de impugnación a las resoluciones administrativa de fecha 11 de Noviembre de 2009 por las que se acordó el cese de la tutela en su día constituida sobre D. ~~MANABOU OURY DIALLO~~ sin pronunciamiento en cuanto a las costas.



.....

.....

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D. **Marcos**, exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la Comisión de Tutela del Menor y el Ministerio Fiscal sendos escritos de oposición.

Seguidamente se remittieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 6 de octubre de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.-RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución en la que se estime la demanda y tras acordar que la fecha de nacimiento de D. **Marcos** es la 2 de diciembre de 1992 establezca que el Instituto Madrileño del Menor y la Familia cesó indebidamente en la tutela del menor otorgándose efecto retroactivo a la resolución de tutela desde el momento en que se adoptó hasta que el recurrente alcanzó la mayoría de edad y alega entre otras fundamentaciones que siempre debe utilizarse para la determinación de la edad el o los documentos públicos que hagan prueba plena de la edad dando públicamente validez a esa documentación que pueda acreditarla y concluye que debe atenderse al interés supremo del menor y refiere que el pasaporte cumple con los requisitos y auténtico. Por su parte el MF pide que se confirme la resolución y alega entre otras razones que los fundamentos no se desvirtúan por el recurrente.

1000 1000 1000 1000 1000

1000 1000 1000 1000 1000

Por su parte La Letrado adscrita a la Comisión de Tutela del Menor pide que se ratifique la resolución y alega entre otras cuestiones que el actor cuando entró en territorio español ya era mayor de edad motivo por el cual se decreto la orden de expulsión de territorio nacional y recuerda que se ha determinado que su edad es más de 20 años y significa que el pasaporte carece de valor y no goza de los requisitos de documento público extranjero poniendo de manifiesto que el hoy apelante entró en territorio español a través de las Islas Canarias con fecha 24 de septiembre de 2008 acordándose la devolución del hoy actor a su país de origen descartándose su minoría de edad mediante prueba radiológica practicada en el hospital materno infantil de las Palmas .

SEGUNDO.- Se resuelve en la primera instancia desestimar la demanda formulada por la representación de D. Mamadou Oury de impugnación a las resoluciones administrativa de fecha 11 de noviembre de 2009 por las que se acordó el cese de la tutela en su día constituida sobre D. [REDACTED], debiendo recordar que en aquella demanda se formula oposición a la resolución administrativa de 11 de noviembre de 2009 por la que se acuerda cesar en el ejercicio de la tutela del menor Mamadou [REDACTED] dándole de baja archivándose su expediente de tutela y que previo requerimiento a la Comisión de Tutela del menor y tras la aportación del expediente se dé traslado a la parte para formular la demanda .

Hay que significar en primer lugar que - dada la edad actual del ahora recurrente éste ya ha alcanzado la mayoría al haber cumplido los 18 años de edad, según el propio documento presentado por el mismo y consistente en el pasaporte , - la presente declaración ha de pronunciarse exclusivamente sobre la validez , legalidad o pertinencia de la resolución administrativa dictada en su momento por la Autoridad autonómica, concretamente la Comisión de Tutela del Menor, habida cuenta la carencia de efectos prácticos por la sobrevenida mayoría de edad de Mamadou [REDACTED] y ratificando en este sentido la decisión adoptada por la Juzgadora a quo en cuanto resuelve que este no es el procedimiento adecuado para declarar la edad concreta del interesado.

Dicho lo cual es de significar a estos efectos el contenido del Informe elaborado por el Defensor del Pueblo de España a propósito de las jornadas que sobre la cuestión central que ahora nos ocupa se llevan a cabo en octubre de 2010 en la sede oficial de dicha institución, dadas las deficiencias detectadas en el procedimiento establecido para determinar la edad de aquellos extranjeros cuya minoría de edad resulta dudosa.

La práctica de pruebas médicas para la determinación de la edad, plantea numerosos problemas, tanto de orden técnico como éticos, y como se explica en aquel dictamen ¿es posible establecer por procedimientos médico-científicos si una persona es mayor o menor de 18 años? y, en el caso de que la respuesta a dicha pregunta fuera afirmativa, ¿qué margen de error posee la técnica o las técnicas empleadas?, siendo más que discutible que se tenga por jurídicamente suficiente lo que en el estado actual de la ciencia médica no lo es.

Si fuese necesario valorar la edad del niño, se debería tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Dicha valoración debería tomar en cuenta no sólo la apariencia física del niño, sino también su madurez psicológica.
- b) Cuando se utilizan procedimientos científicos para determinar la edad del niño, habrá que considerar un margen de error. Dichos métodos deben ser seguros y deben respetar la dignidad humana.
- c) Debería darse el beneficio de la duda al niño, en caso de que existiera incertidumbre respecto a la edad exacta. (ACNUR, 1997, .

Desde el punto de vista jurídico la trascendencia de la respuesta que se de a esta pregunta es fundamental debido a las consecuencias legales que conlleva el que una persona sea mayor o menor de 18 años.

Hay que recordar que la edad es uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona. por lo que se refiere a los ciudadanos extranjeros, hemos de recordar que el artículo 4 de la Ley de extranjería establece en su punto 4.1 que "los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España"

Por tanto, se puede concluir que nuestro ordenamiento, en los supuestos en los que no consta la edad cronológica de un individuo, establece que la autoridad competente para la determinación de la edad, habrá de solicitar el auxilio de la ciencia médica para que, a través de la realización de las pruebas necesarias, estimen la edad biológica de éste.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en expediente gubernativo 24/2009, con motivo de la cuestión de competencia negativa planteada por el juez central de menores frente al Juzgado Central de Instrucción número uno, aborda en su fundamento jurídico segundo la pericia para diagnosticar la edad legal penal y señala:

"...Desconocido el dato cronológico, la determinación de la edad de un joven sólo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas. La evolución y desarrollo de los seres humanos no es lineal... está influenciada por factores biológicos y ambientales diversos, algunos de difícil identificación, otros de incierto alcance como la etnia o el grupo de población de procedencia.

Para adoptar la decisión sobre ese elemento de hecho el Tribunal precisa del auxilio de las ciencias forenses, que le proveerán de la información y de la opinión necesarias para alcanzar, o no, el grado suficiente de comprobación de la hipótesis de la mayor edad. Se trata de suficiencia de la evidencia...

El juez debe controlar la prueba científica y no conformarse con recibir la opinión experta de manera acrítica.

Para ello, está obligado a verificar la calidad de la pericia, su rigor y grado de fiabilidad, precisamente para evitar errores inducidos por la apariencia de autoridad que le confiere la calificación de ciencia. De lo contrario, puede otorgar valor probatorio en el proceso de su decisión a un conocimiento inadecuado o falta de validez..

La metodología que ofrece el estado actual de la medicina legal es variable, pero existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Resulta imprescindible, como han señalado los médicos forenses de este Tribunal, acudir por un lado a la exploración física para hallar las medidas

antropométricas y los signos de madurez sexual, por otro Indagar el grado de maduración ósea mediante varias técnicas como son la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar, con ayuda de la ortopantomografía, y el estudio del extremo medial esternal de la clavícula."

Sin embargo, la cuestión, lejos de resultar pacífica, es muy controvertida desde el punto de vista científico y también jurídico. Precisamente, el estado científico de la cuestión y las graves consecuencias legales que puede ocasionar la atribución incorrecta de la edad es lo que ha llevado a los distintos países a optar, por una u otra metodología para llegar a determinar la edad de una persona.

La edad legal, que es la que las autoridades judiciales y fiscales necesitan conocer para poder aplicar de forma adecuada las normas legales, es un término que se corresponde con el concepto cronológico de la edad recogido por el Diccionario de la RAE, es decir, es el tiempo que ha vivido una persona. Es, por tanto, un concepto estrictamente cronológico que tiene unos límites precisos desde el momento del nacimiento hasta una fecha dada. Además, las implicaciones legales de considerar que una persona tiene una edad determinada, cumplida a una fecha determinada son sumamente trascendentes en la práctica jurídica. Los límites cronológicos y la consideración de la edad legal afectan a gran cantidad de situaciones de importancia en el orden civil y en el orden penal .

Cuando el jurista no dispone de un documento- que por otra parte no sería esencialmente el caso que os ocupa - que le permita acreditar esta edad cronológica para poder valorar la edad legal de un supuesto menor, solicita en nuestro medio una prueba médica para poder tener una estimación de la misma (Bravo-Rodríguez, 2010).

Pero el médico que realiza dicha prueba, en realidad, no puede dar al jurista una estimación de dicha edad legal sino simplemente su edad biológica. La edad biológica, pese a ser edad, no define un concepto cronológico, sino que se define por la identificación por parte de un explorador de una serie de hitos dentro del proceso de maduración y desarrollo de un ser humano que se alcanzan habitualmente a una determinada edad cronológica en un grupo de población determinado.

Por tanto, la edad biológica no es exactamente edad cronológica, aun cuando los hitos madurativos que identifica suelen correr paralelos a la edad cronológica.

La edad biológica corre paralela con la edad cronológica en todos los sujetos, que siguen una secuencia en estos hitos madurativos que es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, pero no es exactamente coincidente con ella en todos los sujetos. Algunos seres humanos adelantan sus ritmos madurativos por delante de esta edad cronológica más habitual y otros la retrasan por muy diversas razones. Se han identificado algunos factores que se asocian con adelantos o retrasos en los ritmos madurativos. Entre ellos se cuentan ciertos factores genéticos familiares que determinan que en algunos grupos familiares y sin factores patológicos asociados halla retrasos o adelantos madurativos. Un ejemplo conocido es el caso de los retrasos madurativos de la edad ósea y dental en niños de talla alta de familias de talla alta y los adelantos en niños de talla baja.

También se ha identificado la interferencia con los ritmos madurativos por parte del estatus socioeconómico del niño, de modo que niños de estatus socioeconómicos altos y bajos tienen ritmos madurativos distintos como reflejo de factores nutricionales e higiénico-sanitarios distintos.

Actividades como las prácticas deportivas de alto rendimiento especialmente en niñas también se ha identificado como factores de interferencia con el ritmo de la edad biológica.

Los factores patológicos implicados también son múltiples y existen múltiples enfermedades, algunas fácilmente identificables en un examen médico rutinario y otras de diagnóstico más complejo, que afectan de forma definida a los ritmos de maduración ósea y dental, adelantándolos y retrasándolos.

Finalmente, también se ha debatido y se sigue debatiendo en foros científicos la posible interferencia de factores raciales o poblacionales. Tradicionalmente se ha planteado que los distintos grupos poblacionales o raciales principales, negroides, caucasoides y asiáticos o mongoloides, presentan ritmos madurativos distintos y por ello los resultados de edad biológica generales de un grupo poblacional no serían extrapolables a otros grupos. Otros autores entienden que, por el contrario, serían realmente los factores socioeconómicos los que determinarían estas diferencias de ritmos

madurativos, y que las diferencias entre grupos raciales en realidad no harían sino reflejar estas diferencias a nivel socioeconómico entre los distintos grupos poblacionales.

En realidad, éste es un debate científico que no puede considerarse plenamente cerrado y, por tanto, cuando la estimación de la edad biológica haya de tener implicaciones legales, puede ser una práctica recomendable la de comparar los ritmos de maduración de un sujeto con los ritmos de su mismo grupo poblacional. El país de origen de un sujeto puede ser un buen parámetro de comparación, al agrupar los posibles factores raciales y las condiciones nutricionales generales e higiénico-sanitarias de una misma población y, por ello, puede ser el patrón de comparación ideal para las estimaciones forenses de la edad.

Con independencia de la necesidad de utilizar patrones de comparación adecuados a las características del sujeto, la estimación médica de la edad parte de la cuantificación de la edad biológica que como se ha indicado, en realidad, refleja el comportamiento habitual de la población de origen del sujeto en relación con un determinado hito madurativo.

Y ésta es una de las cuestiones clave en la interpretación médico legal de la estimación de la edad: los resultados de estimación de la edad cronológica obtenidos por análisis de parámetros de edad biológica nunca ofrecen resultados exactos sino meras estimaciones probabilísticas de edad cronológica.

En el mejor de los casos, esta aproximación probabilística puede ser medida y cuando se dispone de estudios de población de referencia aceptables puede llegar a medirse la probabilidad de acierto o de error de la estimación, pero nunca se puede dar una estimación de la edad como un resultado con certeza absoluta.

Y para desarrollar los estudios de edad biológica destinados a la estimación forense de la edad, la antropología forense pone en manos de los investigadores múltiples métodos de diagnóstico útiles para estos fines. Sin embargo, dentro de este amplio arsenal de medios diagnósticos algunos de ellos pueden ser más adecuados que otros por diversas razones cuando se busca una estimación de la edad en torno a los 18 años en sujetos vivos. Se han definido varios criterios que deben valorarse a la hora de decidir qué

medios diagnósticos aplicar en el campo de la antropología forense para el diagnóstico de la edad (Ritz- Timme et al. 2000).

El método a aplicar debe tener un adecuado ajuste a las normas de ética médica. Este criterio es especialmente sensible cuando se aplican métodos de estudio en sujetos vivos. En este caso, el método debe tener un adecuado balance de riesgo/ beneficio para el sujeto. Por ello, pese a su gran precisión, en sujetos vivos queda descartado el uso de métodos de diagnóstico de edad como los basados en la racemización del ácido aspártico.

Éste es un método químico muy útil que se aplica sobre diversos tejidos, en particular sobre piezas dentales, pero que exige su extracción y destrucción. En el mismo sentido, las pruebas radiográficas basadas en radiografías de la región pélvica, como la evaluación del signo de Risser, deben ser descartadas si disponemos de otros métodos de la misma precisión que supongan exposición radiográfica de regiones menos radiosensibles.

Estas guías generales recomiendan la práctica de las siguientes pruebas médicas para el diagnóstico de la edad: examen físico y entrevista personal; examen radiográfico del carpo de la mano izquierda; examen radiográfico de la dentadura; examen radiográfico o tomografía computerizada de la extremidad proximal de clavícula.

De otra parte, y nunca se repetirá lo suficiente esta afirmación, la estimación forense de la edad es una valoración médico legal que nunca, ni siquiera en aquellos casos en los que la bibliografía médica parece apoyar conclusiones absolutamente certeras, constituye un diagnóstico de certeza.

Dicha probabilidad en ocasiones puede ser estimada merced a estudios de referencia y, en esos casos, es obligación del médico forense dejar constancia de dicha probabilidad tanto de acierto como de error para que su valoración pueda resultar de auténtica utilidad a la autoridad que solicite su valoración.

La valoración integrada de todos los datos obtenidos de las exploraciones descritas debe partir siempre de dos principios rectores de la actividad del médico encargado de la valoración médico legal.

De una parte, no debe perderse de vista nunca la dimensión ética que este tipo de estudios tiene al tratar con una cuestión tan sensible como es la de la

estimación de la posible mayoría o minoría de edad de un supuesto menor (Nambiar et al., 1998). Las valoraciones médico legales de estos pacientes deben ser lo más rigurosas posibles, practicando sólo aquellas pruebas que sean estrictamente necesarias y que cumplan los criterios de validez médico legal actualmente aceptados (Ritz-Timme et al., 2000; European Comisión, 2002; Ramsthaler et al., 2009; Schmeling et al., 2008), y los informes médico forenses elaborados a partir de las mismas deben dejar constancia de las limitaciones inherentes a este tipo de estudio, no dando nunca por certeras meras impresiones personales y evitando conclusiones no basadas en evidencias científicas contrastadas.

Seidel y Kanics definieron 11 principios clave para valorar la edad (2010):

- La estimación de la edad sólo debería llevarse a cabo si hay serias dudas sobre la edad del individuo y por tanto sólo debería iniciarse como último recurso.
- En caso de duda, el individuo debería ser tratado siempre como un menor; esto incluye facilitarle un tutor, alojamiento adecuado y la prohibición de donarlo.
- El individuo debería dar consentimiento informado para los procesos de estimación de la edad. Por tanto, el individuo debería recibir información del procedimiento y sus riesgos médicos, así como de sus potenciales consecuencias. La información debe ser proporcionada de manera apropiada a la edad y el sexo de la persona y en un lenguaje que pueda ser entendido por él o ella.
- Los métodos deberían ser interdisciplinarios (es decir, no sólo médicos) y respetar la dignidad del individuo.

Todos aquellos que lleven a cabo la actuación deben ser sensibles a la edad, sexo y cultura de la persona.

- El margen total de error de los métodos empleados debe reconocerse, documentarse y aplicarse a favor del individuo.
- La estimación deben hacerla profesionales adecuadamente cualificados e independientes, y no las fuerzas del orden o funcionarios judiciales.
- El individuo debe estar a salvo de la deportación hasta que la estimación de la edad y cualquier apelación se hayan completado. Deben disponer de información y asesoramiento legal apropiado.

La estimación de la edad debe ser un proceso multidisciplinario que siga el modelo de protección infantil.

Tales parámetros doctrinales vienen sin duda a refrendar el criterio esencial en la materia que nos ocupa y es que en el caso de duda - y dadas las consideraciones médico científicas anteriormente expuestas los márgenes de error o por mejor decir de Incertidumbre están siempre patentes - cualquier decisión fundamental que adopten las autoridades administrativas o judiciales competentes en la materia del menor que nos ocupa, han de tener como criterio rector esencial el beneficio del menor, todo ello conforme a la exigencias legales de la normativa del CC.. , de la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad.

Así expuestos los criterios legales y doctrinales, objeto de referencia para la resolución del caso examinado, hay que significar que en el presente procedimiento consta el documento médico obrante al folio 70 de los autos y consistente en la radiología ósea para la determinación de la edad , da una impresión diagnóstica que concluye que atendiendo a los distintos métodos radiológicos practicados - con los consiguientes márgenes de error - es que la edad - más probable - se sitúa por encima de los 18 años de edad

La falta de certeza, en la conclusión de aquel dictamen médico - aludiendo en la información a márgenes de error, probabilidades de edad, en definitiva escenario para la incertidumbre y no la certeza total y absoluta - para determinar la edad biológica y en consecuencia, la cronológica y legal del ahora recurrente, junto con el documento que en este caso aparece - testimoniado- e incorporado a los autos y en el que consta que Mamadou nació el 2 de diciembre de 1992, y sobre el que el Juzgado de Instrucción número 24 de los de Madrid argumentó .- en las diligencias penales incoadas por delito de falsedad - que no consta ningún elemento de falsificación, resolviendo en consecuencia el sobreseimiento de las actuaciones penales, determina que la Sala considere que la resolución de la Comisión de Tutela

1111 1111 1111

constituida sobre el mismo, sin que proceda realizar en este procedimiento otro tipo de pronunciamientos, ajenos a lo que aquí y ahora se declara expresamente, dada la actual mayoría de edad del mencionado D. Mamaou Oury.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Así por este nuestro Auto, del que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificado a las partes en legal forma, lo acordamos, mandamos y firmamos.

E/