

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 3^a/3.

SAN MARTIN 41-2^a planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713
Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO: 20.05.2-11/013367

R.apelación L2 / E_R.apelación L2 3308/2012

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera
Instancia nº 3 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 3
zk.ko Epaitegia

Autos de Oposición medidas en protección de menores LEC
2000 1136/2011 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: [REDACTED]
Procurador/a/ Prokuradorea: JUAN RAMON ALVAREZ URIA
Abogado/a / Abokatu: IÑIGO ARANBURU IBACETA
Recurrido/a / Errekurritua: DIPUTACION FORAL DE
GIPUZKOA y MINISTERIO FISCAL
Procurador/a / Prokuradorea: MARTA AROSTEGUI LAFONT
Abogado/a / Abokatu: AGUSTIN PEREZ BARRIO

SENTENCIA Nº 239/2012

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dña. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

Dña. MARIA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI

Vol. 25-7-2012

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintitres de julio de dos mil doce.

La Sección 3^a de la Audiencia Provincial de GIPUZKOA, constituida por los/as Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Oposición medidas en protección de menores LEC 2000 1136/2011, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia a instancia de [REDACTED] - apelante -, representado por el Procurador Sr. JUAN RAMON ALVAREZ URIA y defendido por el Letrado Sr. IÑIGO ARANBURU IBACETA contra DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA y MINISTERIO FISCAL - apelado -, representado por la Procuradora Sra. MARTA AROSTEGUI LAFONT y defendido por el Letrado Sr. AGUSTIN PEREZ BARRIO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30 de abril de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián, se dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2012, que contiene el siguiente FALLO:

" Desestimar la demanda de oposición interpuesta por el procurador de los tribunales Don JUAN RAMÓN ÁLVAREZ URÍA, en nombre y representación de Don [REDACTED], contra la Orden Foral 1739/2011, dictada por la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa y, en consecuencia, declaro la conformidad a derecho de dicha resolución administrativa.

No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas procesales. "

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO.- Siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación se señala en primer lugar, que en el original, traducido del inglés, del certificado de nacimiento, aparece la fecha de expedición el " 9th day of may 2.011", lo que en la traducción oficial aparece como " 27 de octubre de 2.009", esto es un error de bulto que no afecta al contenido material del certificado.

En segundo lugar, la fecha de la declaración de nacimiento se efectúa por la madre del apelante el 28 de abril de 2.011, muchos años después del nacimiento, por lo que el Juzgador le priva de eficacia probatoria respecto a la fecha de nacimiento que consta en dicho certificado.

El apelante entiende que el Juzgador se extralimita en sus funciones, pues la declaración debió hacerse aportando documentación pertinente al respecto, fundamentalmente, la expedida, tal y como consta en la certificación, el Government Hospital de Sekondi Takoradi, ignorando el Juzgador que, tanto el certificado como el

pasaporte , testimoniado en autos , tienen el carácter de documentos públicos de conformidad con el art 319 de la L.E.Civil y hacen prueba plena , sin que pueda tampoco atribuirse el valor que se atribuye a la prueba médica , pues en el mismo no se constata el grupo étnico ni la población standar con respecto a la cual se comparan los resultados de la prueba médica mencionada y en consecuencia , en la resolución recurrida se incurre en errónea valoración de la prueba y se debe dictarse sentencia estimatoria de la demanda.

SEGUNDO.-En la oposición a la resolución administrativa , orden foral de 18 de noviembre de 2.011 , por la que se declara en desamparo del apelante se explicita que :

- el apelante , Ibrahim Suleiman, por orden de 18-08-11 se acordó su acogimiento por la Sección de Protección a la Infancia de la Diputación de Gipuzkoa.

- el 23 de noviembre se le notificó resolución del Diputado Foral de Política Social de fecha 18 de noviembre que se acordaba la modificación de los datos de identificación (fecha de nacimiento) y cese de tutela por mayoría de edad así como de la medida de guarda en acogimiento residencial.

- la resolución aludida se basaba en el Decreto del Ministerio Fiscal de 4 de agosto de 2.011 en que se concluye a la vista del reconocimiento médico efectuado al apelante que este contaba con 19 años de edad en la fecha de redacción del decreto.

- que el apelante se halla en la actualidad en la calle y pernoctando en el Hogar del Transeunte de esta ciudad.

Igualmente , se solicita por medio de otrosí la adopción de la medida cautelar consistente en la reanudación de la tutela por el ente foral , por auto de 23 de diciembre de 2.011 se deniega la medida cautelar.

Con la demanda se aporta testimonio de pasaporte de Ghana en que consta como fecha de nacimiento el 25/noviembre de 1.994 , de la orden foral recurrida y del Decreto de Fiscal en el que consta expresamente :

"Que en el día de hoy, [REDACTED] , tiene 19 AÑOS DE EDAD. Esta declaración tiene efectos provisionales, en la medida en que la persona en cuestión podrá, en su caso, ser sometida a pruebas complementarias a que garanticen una mayor precisión en la determinación de su edad.

Notifíquese este Decreto a la Sección de Protección a la infancia de la Diputación Foral de Guipúzcoa, al Cuerpo Nacional de Policía(a los efectos de su inclusión en el Registro de menores extranjeros no acompañados regulado en el artículo 111 del Reglamento de Extranjería), así como a la Policía Autónoma Vasca y a la Guardia Municipal de San Sebastián, con el fin de que se proporcione al menor de edad la atención inmediata que, en su caso, pueda precisar.

Con la contestación se aporta atestado de la Policía Municipal en que consta que : " una vez comprobada la legalidad del pasaporte presentado", folio 24.

Y al folio 97 consta certificado de nacimiento y la traducción del mismo al folio 94, donde se evidencia el error material al que se alude en el recurso en cuanto a la fecha de expedición , pero que en nada afecta a la validez del documento.

Por sentencia de 30 de abril de 2.012 se desestima la demanda por entender que el certificado de nacimiento no hace prueba plena a la vista de la fecha de la declaración y el informe médico.

TERCERO.- Para examinar este recurso , al igual que en la resolución recurrida , no puede dejar de ponerse de manifiesto la sentencia de esta propia Sección de 18 de diciembre de 2.007 en que en un supuesto similar en que se modifica la fecha de nacimiento por entender que las pruebas médicas dictaminaban que el menor tenía 17 años y no 14 años lo que estaba en contradicción con lo reflejado en el pasaporte del menor , se expone que:

"La sentencia recurrida, después de plasmar el contenido del art. 323 de la LEC y hacer alusión a la STS de 29 de diciembre de 2.003 concluye que el pasaporte del actor no cumple con los requisitos legales sede España para acreditar la edad de aquél ya que se confecciona con la mera declaración del interesado de cual sea ésta sin que conste que haya sido legalizado en España.

Teniendo en cuenta lo anterior, y comenzando con el análisis de la STS a la que hace referencia la sentencia de instancia, debemos señalar que la misma viene referida a documentos expedidos por funcionarios o autoridades de países que no forman parte del Convenio de la Haya, como es el caso de Marruecos, y efectivamente, en la misma se señala que, para que surtan efecto dichos documentos en España, los mismos han de ser legalizados por el procedimiento tradicional en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Sin embargo, siendo lo anterior cierto, no lo es menos que la referida sentencia viene referida a documentos distintos del pasaporte, en concreto, se refiere a la partida de nacimiento y la declaración de herederos, documentos éstos que no cumplen la finalidad que se otorga al pasaporte, siendo éste el documento que se otorga a una persona para que pueda pasar libremente de un estado a otro, así, según el RD 155/1966 de 2 de febrero que aprueba la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establece en su art. 19 que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse previsto, para acreditar su identidad, de alguno de los documentos a los que se refiere, entre los que figura el pasaporte válidamente expedido y en vigor.

Establecido lo anterior, y por lo que respecta al art. 323 de la LEC, debemos efectuar las siguientes consideraciones:

1.- Dicho precepto viene a regular la fuerza probatoria que el art. 319 otorga a los documentos públicos, cuando éstos han sido expedidos en el Extranjero, es decir, aquellos documentos públicos que han sido expedidos en el extranjero y que cumplan con lo establecido en el art. 323 LEC tendrán la fuerza probatoria que el art. 319 concede a los

documentos públicos expedidos en España, precepto éste último que distingue según el tipo de documento de que se trate (art. 317).

2.- Conforme la lista que se contiene en el art. 317 de lo que se entiende por documento público, el pasaporte cabría incluirlo dentro del apartado 6º de dicho precepto (documento que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades). En este supuesto, conforme determina el art. 319.1º, dicho documento (pasaporte) hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, hayan intervenido en ella.

Es decir, en principio un pasaporte expedido por autoridad o funcionario español, da fe de la verdad intrínseca de lo que en él se declara, aunque ello pueda ser desvirtuado mediante prueba en contrario.

3.- Si dichos documentos públicos han sido expedidos en el extranjero, el art. 323 LEC distingue dos supuestos a fin de otorgar a los mismos la fuerza probatoria que se establece en el art. 319. Así tenemos lo siguiente:

a) Aquellos documentos públicos expedidos en Estados y a los que, en virtud de tratado o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 LEC (como puede ser el Convenio de la La Haya, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, del que España es parte en virtud del Instrumento de Ratificación de 25 de septiembre de 1.978).

b) Aquellos documentos expedidos en el extranjero por Estados con los que no se haya suscrito tratado o convenido al efecto (como es el caso de Marruecos, el cual no es parte del referido Convenido de La Haya), se considerarán como documentos públicos siempre que los mismos reunan determinados requisitos:

A.- Que en su otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

B.- Que el documento tenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

4.- En el caso concreto que nos ocupa, en ningún momento se ha cuestionado que el pasaporte de ██████████ se otorgase sin el cumplimiento de los requisitos que para ello se exigen en Marruecos (otra cosa distinta es que en Marruecos se exijan requisitos distintos a los requeridos en España a fin de otorgarse un pasaporte), por lo que el

primero de los requisitos antes expuesto estaría cumplido, y en cuanto al segundo, la legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, no podemos obviar que el documento de referencia es un pasaporte, y que, tal y como hemos señalado anteriormente, su finalidad es facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, es un documento con una validez internacional, por ello dicho documento, para que sea válido en España no precisa, en principio, de legalización o apostilla, al igual que cuando un ciudadano español se desplaza a Marruecos, o a cualquier otro país, basta con que tenga su pasaporte en regla para así poder acceder a dicho país sin que dicho pasaporte tenga que tener algún otro tipo de legalización complementaria ni mucho menos la referida apostilla, ya que el art. 19 de RD 155/1996 de 2 de febrero, tan solo requiere que el pasaporte que se considere válido (y aquí no se ha cuestionado la validez del pasaporte de [REDACTED]) deberá estar expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia de su titular y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular.

5.- Por lo tanto, en este punto nos encontramos con un documento que cumple los requisitos exigidos en el art. 323 de la LEC, es decir, nos encontramos con un documento público extranjero al que cabe atribuírsele la fuerza probatoria prevista en el art. 319.1º, esto es, hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenta, entre lo que se incluye el nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, domicilio, número de identidad nacional y, lugar y fecha de nacimiento. Como hemos expuesto anteriormente, dicho valor probatorio puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, pero para ello habrá de acudir al art. 320 LEC referido expresamente a dicho supuesto, es decir, si se cuestiona la validez o ineficacia del contenido de un documento público, habrá que cotejarse el mismo con su original.

6.- Trasladando todo lo anterior al caso concreto que nos ocupa, debemos señalar que, en principio, el pasaporte de [REDACTED] hacía prueba plena de su fecha de nacimiento, y si la Diputación entendía que dicho dato no era cierto o era inexacto, lo que tenía que haber hecho era cotejar el mismo mediante su comprobación a la vista del certificado de nacimiento de [REDACTED] lo cual no ha hecho, no siendo de recibo que modifique un dato recogido en un documento público, y que en principio es veraz, en base a una prueba médica elaborada a instancias de la Fiscalía en un ámbito muy distinto al que nos encontramos, esto es, en el Juzgado de Menores.

7.- Consta que el Fiscal solicitó la citada prueba médica en virtud del Decreto de fecha 7 de octubre de 2.005 y ello "a la vista de la notoria discordancia entre la edad que se desprendía del pasaporte presentado por [REDACTED] y su complexión anatómica". En el escrito de alegaciones presentado por el Fiscal en el presente procedimiento, como fundamentación jurídica se hace alusión al art. 35 de la LO 4/2000 de 11 de enero, aunque la misma viene referida a aquellos extranjeros indocumentados (que no es el caso) cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Igualmente se refiere el Ministerio Público a la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de

los extranjeros en España, la cual se contrae a aquellos supuestos en los que existen dudas acerca de la edad de los menores extranjeros, tanto en aquellos supuestos del art. 35 LE (supuestos de localización de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad), como en aquellos otros supuestos en los que, a pesar de la exhibición de documentación, ésta presenta indicios de falsedad y simultáneamente existen dudas sobre si el extranjero ha alcanzado efectivamente los dieciocho años de edad, en ambos casos se posibilita al Fiscal el disponer lo necesario para la determinación de la edad mediante la incoación de diligencias preprocesales, y una vez practicadas las mismas el Fiscal dictará el correspondiente Decreto motivado en la que determina si la persona afectada puede considerarse menor de edad y, en caso positivo, ponerla a disposición de los servicios competentes de protección de menores, especificando al edad del menor de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que disponga, teniendo dicho Decreto efectos provisionales, por lo que no supone una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos.

8.-Por último debemos señalar que , para la resolución del presente recurso, este tribunal ha tenido muy en cuenta toda la Legislación aplicable en nuestro país y referente a la protección de los menores. (L.O. 5/2000 de 12 de enero de menores; Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989; L.O. 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor), que incorporan a los órganos públicos, la obligación de velar por la protección de los menores en todos los ámbitos, debiendo atender al interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo.

Es por ello que, debido a las especialidades con las que se realizan las diligencias tendentes a determinar la edad del menor, no sea de recibo trasladar el resultado de dichas diligencias a otro ámbito jurisdiccional distinto de aquel en el que se practicaron, no debiendo tampoco perder de vista la finalidad de la practica de las mentadas diligencias, que a tenor de lo dispuesto en la reiterada Circular, no puede ser otra más que la protección de los menores de edad, finalidad ésta que ha quedado completamente desvirtuada con la actuación de la Diputación Foral, ya que en virtud de la prueba médica realizada, se otorgó a [REDACTED] una mayor edad que la que figuraba en su pasaporte, es decir, con la nueva fecha de nacimiento que se le ha otorgado, [REDACTED] habrá cumplido la mayoría de edad el 26 de septiembre de 2006 con las lógicas consecuencias que de ello se derivan, mientras que, por otro lado, en el documento que acredita su identidad seguirá figurando como menor de edad, siendo ello un contrasentido que le puede acarrear importantes perjuicios en todos los ámbitos".

En el caso concreto de autos , ha de tenerse en cuenta que se aporta el pasaporte , documento del que son plenamente predicables las circunstancias anteriores y además , se ha aportado el certificado de nacimiento documento legalizado en que consta la fecha de nacimiento y que el mismo se produjo en un hospital con abstracción de la fecha de declaración que se efectúa el 28 de abril de 2011 , por lo que debe revocarse la resolución recurrida.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián de fecha 30 de abril de 2012 y ; debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de que se deje sin efecto la Orden Foral de 18 de noviembre de 2.011 , sin pronunciamiento en costas en la alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer recurso de **casación**, en los supuestos prevenidos en el art. 477 de la L.E.Civil y recurso **extraordinario por infracción procesal** de conformidad con lo previsto en el art. 469 de la L.E.Civil, en el plazo de VEINTE DIAS ante esta Sala (art.479.1 en relación al recurso de casación y en el art. 470.1º en relación al recurso de Infracción procesal) de conformidad con el art. 208.4º de la L.E. Civil.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2000 para la interposición de los recursos anteriormente mencionados será precisa la constitución de depósito en la cuenta de esta Sección num. 1895 0000 00 núm. de procedimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario Judicial certifico.