

MONTserrat PALLAS GARCIA

Procuradora dels Tribunals
Tel.: 932073544 Fax: 934578122
E-Mail: mpallas@barcelona.cgpe.net

Ldo.: XABAT BELAUSTEGUI BARAHONA
Fax.: 935016752

Vs. D.G.A.I.

NOTIFICADO: 20/02/13

Señalamiento: FINE PEDIR ACLARACION
O COMPLEMENTO

Plazo: 2 Dia(s) Fine el: 22/02/2013

Señalamiento: FINE APELAR SENTENCIA

Plazo: 20Dia(s) Fine el: 20/03/2013

**Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona
Gran Vía de les Corts Catalanes, 111**

**Procedimiento de Oposición a medidas dictadas en protección de
menores nº 802/2012 Sección 2M**

Parte demandante: .

Parte demandada: DGAIA

Ministerio Fiscal

S E N T E N C I A N º 116/13

En Barcelona, a 15 de febrero de 2013

La Ilma. Sra. D^a. M^a. Pilar Martín Coscolla, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona, ha dictado en nombre del Rey, la siguiente Sentencia en los autos seguidos en este Juzgado con el núm.802//12, a instancias de . , representado por la procuradora D^a. Montserrat Pallas García y asistido por el letrado D. Xabat Belaústegui Barahona, contra la DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, representada y defendida por la letrada de la Generalitat D^a. Roser Guinart Sabaté.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se interpone demanda de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores.

Son de aplicación las disposiciones de los artículos 748 a 755, 779 y 780 de la LEC y el proceso se ha tramitado conforme al juicio verbal especial contemplado en el artículo 753 del mismo texto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- . ha presentado oposición a la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de fecha 26 de septiembre de 2012 por la que se deja sin efecto la atención inmediata acordada respecto a dicho joven de acuerdo con el Decreto de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona de fecha 19 de septiembre de 2012 que considera acreditado que el mismo es mayor de edad. Además se resuelve cerrar y archivar el expediente de desamparo de dicha persona por mayoría de edad.

Del expediente administrativo aportado se desprende que esta persona se presentó el 13 de septiembre de 2012 en la Comisaría de los Mossos d'Esquadra alegando que era menor de edad y estaba solo en el territorio, siendo portador de un partida de nacimiento de la república de Ghana en el que figura como fecha de nacimiento el 5 de julio de 1995 (folio 51); el mismo día se da conocimiento a la Fiscalía de menores de Barcelona la cual oficia a la DGAIA a fin de que tomen las medidas convenientes para garantizar la protección integral del menor, que es ingresado inmediatamente en un centro público y se le abre expediente de desamparo por resolución de 13 de septiembre de 2012; tras efectuársele las pruebas médicas pertinentes la Fiscalía dicta un Decreto de 19 de septiembre de 2012 donde resuelve que no estamos ante ningún menor de edad y que a los efectos de la Sección de Menores esta persona es un adulto y como tal no podrá gozar de los beneficios que para la protección de los menores prevé nuestro ordenamiento. Ello motiva el dictado de la resolución administrativa cuya oposición nos ocupa.

Por auto de fecha 24 de octubre de 2012 dictado en la pieza separada abierta al respecto, se acordó la medida cautelar del inmediato ingreso de esta persona en un centro de protección adecuado a su edad documentada.

SEGUNDO.- El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, bajo el título "Residencia de menores", establece:

"1.- En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2.- Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3.- La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4.- Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pública. A

*instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, **se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.***

*5.- Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los **menores extranjeros indocumentados**, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este artículo.”*

A su vez el artículo 190 del Reglamento de dicha Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 557/2011, bajo el título “Determinación de la edad”, establece:

“1.- Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física este será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

*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.

2.-no afecta al caso.

3.- Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4.- En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los 18 años."

Estos preceptos se aplican en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no puede incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o a la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

TERCERO.- Del apartado cuatro del artículo 35 de la Ley transcrito se desprende la importante trascendencia que tiene la determinación de la edad para el extranjero que entra en España. Y del apartado 1 de dicho artículo 35 y de su desarrollo reglamentario resulta claro que si el extranjero está indocumentado es cuando, en caso de duda sobre su edad, se debe acudir a las pruebas médicas pertinentes; pero si está documentado, de manera que su minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación, habrá que estar a lo dispuesto en dicha documentación.

Nos encontramos ante una normativa dictada en política de extranjería que, en lo que aquí nos ocupa, se refiere a extranjeros inmigrantes que entran en España de forma irregular pero no delictiva, buscando trabajo y unas condiciones de vida más dignas que en sus países de origen; los preceptos transcritos no se están refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito, ya que en este caso lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción que es el único competente -al igual que si se tratase de ciudadanos españoles- para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad conforme al artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fija claramente esta competencia en el Juez instructor quien, en último término, pedirá al forense o al médico o médicos por él nombrados el oportuno informe acerca de la edad del imputado.

Se trata por tanto de una normativa especial y sectorial que cuando se refiere a documentación es lógico que esté pensando en la que estas personas, que han entrado irregularmente, puedan traer consigo en su viaje y lleven encima cuando sean localizados; será la documentación que hayan obtenido y sacado de su país y en consecuencia no puede pretenderse que esta documentación cumpla de entrada las exigencias que nuestra Ley y nuestro Reglamento del Registro Civil exigen para

surtir efectos en los registros civiles españoles, que es bien sabido que gozan de un grado de tecnicismo y de rigurosidad encomiables por su trascendental función de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas; ni tampoco se le puede exigir los requisitos para ser considerado documento público extranjero a efectos procesales que se recogen en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y ello fundamentalmente porque una ley de extranjería es por su propia esencia restrictiva de derechos por razón de nacionalidad, y si establece diferencias en el trato de los inmigrantes según sean mayores o menores de edad, cuando se refiere a **“extranjero indocumentado”** o a **“cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación”** sin mayores precisiones, no puede estar refiriéndose, por no decirlo expresamente, a un documento público con validez en España, pues ello conculcaría los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sino exclusivamente a la documentación suficiente para identificar a dicho extranjero en cuanto a su nombre y para determinar su edad a los efectos de aplicarle uno u otro régimen; y la suficiente será, en buena lógica, la que lleve o presente en el momento de ser localizado al no distinguir más la Ley de Extranjería ni exigir mayores formalidades. Y ello se desprende con nitidez del dato de que en el artículo 25 cuando se refiere a los requisitos para entrar en territorio español de forma regular o legal exige que el extranjero se halle provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y en cambio los preceptos de la ley y del reglamento que hemos expuesto se refieren a la estancia irregular o ilegal y no exigen tal rigor a la documentación identificativa.

Por tanto, en principio, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán partir de la documentación presentada salvo que la misma les genere dudas, bien porque sospechen que se trata de una falsificación, en cuyo caso habrá que seguir en primer lugar un proceso penal para determinar el valor que pueda dársele, o bien porque por las características físicas de la persona en cuestión, por su apariencia, tengan la duda razonable de si realmente es menor de edad como reza su documentación, o mayor de 18 años, es decir, cuando sospechen que pueda contener el documento una falsedad ideológica.

Debe entenderse que en el presente caso, en el que la persona estaba documentada pero no se ha seguido ningún proceso penal por falsificación, la policía actuante y/o la Fiscalía han tenido dicha última duda al no encontrar adecuación entre la fecha de nacimiento que figura en el documento presentado con la apariencia de la parte actora, y por ello han acudido a la determinación de la edad mediante pruebas médicas, como si de una persona indocumentada se tratara.

Respecto a las pruebas médicas practicadas más adelante recogeremos su resultado, pero con carácter previo y habida cuenta de la trascendencia que la diferente regulación, en caso de que el extranjero sea mayor o menor de edad, implicará para su persona, se hace preciso

indicar que dichas pruebas médicas deben ser claras y concluyentes, de manera que si de las mismas cabe la más mínima duda de que pueda ser menor deberá ser puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores, aplicando el principio general de favor minoris que se recoge en el propio texto del artículo 190.4 del Reglamento citado cuando indica que en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los 18 años. A estos efectos recogeremos en el fundamento siguiente el estado de la doctrina científica al respecto.

CUARTO.- Debemos partir del Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España de noviembre de 2010 en el que se recomienda la aplicación de los siguientes medios diagnósticos en los casos de estimación forense de la edad en supuestos de menores de 18 años y mayores de 14 años:

-anamnesis dirigida.

-examen físico general: en éste se especificarán el peso y la talla del sujeto, biotipo del índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general; se describirá cualquier tipo de signo indicativo de una condición patológica que pudiera interferir con el ritmo madurativo del menor.

-estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.

-examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental.

En los casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y 21 años, este grupo de trabajo recomienda la aplicación de los siguientes medios diagnósticos:

-estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.

-estudio con tomografía computarizada de la extremidad proximal de la clavícula mediante método multicorte fino.

Si por parte de los examinadores se decide utilizar otro medio de diagnóstico, éste ha de hallarse refrendado por estudios de población correctos en su diseño y adecuados a la población a la que correspondería el supuesto menor estudiado. Se considera aconsejable que, cuando sea posible, las pruebas radiográficas del carpo y de otras regiones anatómicas sean practicadas e interpretadas por un médico especialista en radiodiagnóstico; por otra parte el examen de la radiografía dental sería recomendable que, también cuando fuese posible, fuese practicado por un médico especialista en estomatología un odontólogo. Finalmente la evaluación global de los resultados de las pruebas realizadas sería necesario que fuese coordinada por un médico experimentado en este tipo de estudios y con conocimientos sobre el marco y las implicaciones legales en que se inscriben los estudios solicitados por las autoridades, como podría ser un médico forense o un médico especialista en medicina legal y forense. En ausencia de un

especialista en radiodiagnóstico y un odontólogo o estomatólogo, es conveniente que el estudio sea interpretado en su integridad por un médico forense o por un especialista en medicina legal. En ese caso, sería aconsejable que el médico responsable del estudio dispusiese de una formación específica en la interpretación integral de los métodos de estudio complementarios recomendados.

En todo caso, el informe pericial deberá ser explícito en el sentido de que las estimaciones forenses de la edad basadas en estos criterios están sujetas a un riesgo de error no despreciable. Al analizar procesos de evolución biológicos hasta cierto punto no plenamente predecibles, las estimaciones basadas en estos principios están sujetas a un grado de error que puede dar lugar a falsas atribuciones de mayoría o minoría de edad en una proporción baja pero significativa. Dicha posibilidad de falsas atribuciones de mayoría o minoría de edad excede a las posibilidades de la prueba médica, pero la autoridad judicial o fiscal que la solicita debe conocer este hecho. Cuando sea posible, además, la probabilidad precisa estimada de dicho error debe ser especificada y conocida por dicha autoridad.

Continúa exponiendo dicha documentación forense que los cambios morfológicos apreciados con los medios diagnósticos recomendados siguen una secuencia común en todos los seres humanos guiada por una influencia genética. Sin embargo, diversos factores individuales y ambientales pueden hacer que esta secuencia de cambios no se ajuste con una norma cronológica desate común. Por ello, la interpretación de los resultados de los anteriores medios diagnósticos debe tomar en consideración estos posibles factores de variación. Diversos estudios han demostrado la influencia de factores patológicos específicos, nutricionales, higiénico sanitarios y factores de actividad física en la cronología de las secuencias de cambios morfológicos. En ocasiones, esta cronología puede acelerarse o, en otras, retrasarse frente al resto de la población general. La posible influencia de factores raciales en este ritmo de cambios ha sido discutida en múltiples estudios, aunque los más recientes parecen señalar que su papel como acelerador o enlentecedor de los cambios morfológicos sería menor y prácticamente despreciable. Por ello, a la hora de realizar interpretaciones de los resultados de los medios diagnósticos recomendados, será necesario tomar en consideración la influencia de estos posibles factores en el caso del sujeto de estudio específico. Para realizar esta interpretación será necesario poner los hallazgos en relación con estudios de población congruentes con la persona evaluada. Los trabajos de referencia deben ser congruentes con dicho sujeto en cuanto a los ya citados factores patológicos específicos, nutricionales e higiénico sanitarios (estatus socioeconómico), de actividad física y de origen étnico, geográfico o racial. En relación con los estudios poblacionales aplicables a menores no acompañados procedentes de otros países, sería necesario poder disponer de estudios de población específicos centrados en la localidad de origen del supuesto menor. Parece claro, en los distintos trabajos realizados sobre la materia, que las pruebas en

poblaciones emigradas a países con condiciones socioeconómicas diversas de las del país de origen arrojan resultados que no son plenamente extrapolables a los de la población residente. Y se añade que en nuestro país, existe una elevada proporción de casos valorados en el ámbito médico forense de sujetos de origen norteafricano, especialmente marroquí. Sería altamente recomendable que desde los organismos oficiales pertinentes se instase la realización de estudios transversales de población en los países norteafricanos, especialmente Marruecos, sobre las variaciones específicas de sus parámetros de maduración general, dental y ósea sustentados en criterios fiables de confirmación de la edad cronológica. Actualmente estos trabajos no están disponibles. Tales estudios, una vez realizados, constituirían la herramienta ideal para poder valorar con suficiente fiabilidad los posibles casos de valoración médico forense en sujetos originarios de estos países.

También en 2010 el Defensor del Pueblo español elaboró un amplísimo informe al respecto de la cuestión de los extranjeros en situación irregular sobre los que se duda si son menores o mayores de edad, en cuyas conclusiones se expone en esencia: 1.- que la alta tasa mundial de no inscripción de nacimientos en el momento en que se producen tiene como consecuencia que la posterior inscripción pueda tener importantes márgenes de error. De hecho, la relevancia que la inmediata y rigurosa inscripción de los nacimientos tiene para el reconocimiento de derechos básicos, comenzando por el derecho a la identidad, alcanza un reconocimiento muy extendido en el plano teórico, pero se enfrenta aún a dificultades prácticas de gran calado en muchas partes del mundo. La pretensión de combatir esa realidad, asignando una fecha exacta de nacimiento mediante el uso de una técnica científica, resulta inviable en el estado actual de la ciencia. 2.- Las medidas para determinar la edad no sólo deben tener en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su madurez psicológica. 3.- La presunción de minoría de edad en caso de duda, adquiere especial relevancia en los supuestos en los que existen indicios de necesidades de protección internacional, ya que los menores en esta situación tienen habitualmente serias dificultades para salir de sus países, por lo que pueden verse obligados a utilizar documentación falsa o recurrir a redes de tráfico de personas. 4.- Se aprecia consenso entre la comunidad científica en advertir los grandes márgenes de error que presentan las técnicas para estimar la edad promedio de la medición de la madurez ósea y la mineralización dental. Asimismo, los expertos llaman la atención sobre lo inadecuado del uso de ciertas técnicas, que implican una sobre exposición a los rayos o la irradiación de zonas sensibles, para usos no terapéuticos, como es el caso. En el ámbito internacional se constata un interés creciente por identificar medios de prueba alternativos a la realización de pruebas radiológicas, si bien este debate está abierto y sus resultados difieren notablemente en función del país que se examine. 5.- La comunidad científica insiste en la necesidad de tener en cuenta en la realización de cualquier estudio de estimación de la edad, la influencia que factores patológicos específicos, nutricionales, higiénico-sanitarios y de actividad

física tienen en la cronología de las secuencias de cambios morfológicos. Sin embargo, la relevancia de los factores étnicos continúa siendo una cuestión debatida. 6.- Los márgenes de error que presentan las técnicas médicas, han suscitado la propuesta de avanzar hacia un método que se denomina holístico. Sin embargo, no existe consenso sobre los elementos que debe contemplar ese método holístico, si bien se apunta que los exámenes médicos debieran ceder su protagonismo en favor de exámenes psicosociales.

En Catalunya, el Sindic de Greuges también efectuó un estudio en el año 2011 de la situación de los extranjeros menores documentados cuando existía duda sobre su verdadera edad cronológica, sugiriendo, entre otras recomendaciones a los organismos competentes que, de acuerdo con el principio favor minoris, se practiquen pruebas médicas de determinación de la edad sólo en caso de que no haya duda, por apariencia física o por cualquier otra condición, de una situación de mayoría de edad, y que se regule qué se considera como "duda razonable"; y asimismo solicitó al Departament de Salut y al Departament de Justícia autonómicos (este último responsable del Instituto de Medicina Legal de Cataluña) una valoración sobre los criterios técnicos que determinen la conveniencia o no de practicar pruebas complementarias para mejorar la fiabilidad de la predicción de la edad para los jóvenes a quienes se determina una edad cercana al límite de la mayoría de edad, ya que en muchos casos las pruebas médicas dan como resultado del sujeto en cuestión tiene 18 años o "más de 18 años" cuando la edad referida en la documentación que llevaban en el momento de la prueba era de prácticamente 18 años, siendo expuestos a las pruebas médicas para encontrar una variación sólo de pocos meses. En dicho estudio consta literalmente, tras recoger los estudios radiográficos de la mano, de los dientes y de la clavícula:

*"Tal como expone el Departament de Salut en su informe, no obstante conviene tener presente que ninguno de estos métodos es óptimo e infalible a la hora de determinar la edad. De hecho, la comunidad científica internacional está de acuerdo en que las pruebas de determinación de la edad presentan márgenes de error significativos. Las mismas conclusiones formuladas por el Grupo de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los Menores Extranjeros no Acompañados, ratificadas por los directores de los Institutos de Medicina Legal del Estado español, establecen que la determinación de la edad de menores no acompañados por medio de la estimación de la madurez ósea y la mineralización dental es un método sujeto a grandes márgenes de error. Así, por ejemplo **según informa el mismo Departament de Salut, el estudio radiográfico de la muñeca por el método de Greulich y Pyle (edad ósea) tiene un margen de error de +/-1,7 años** (en el marco de un método que, además, no permite discriminar edades superiores a los 19 años, lo cual supone una limitación importante a la hora de determinar la edad de un joven que se encuentra en el límite de la mayoría de edad). De hecho, para controlar en la medida que sea posible estos déficits de fiabilidad de las pruebas médicas, hay que decir*

también que existe un acuerdo entre la comunidad científica de que la combinación de diferentes métodos aumenta la eficacia de predicción de la edad cronológica, aunque continúe siendo no plenamente fiable."

Aunque de fechas anteriores a los documentos e informes recogidos, procede citar que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 y las que en ella se nombran ya se refieren a que la maduración ósea de los individuos parece ser más temprana en las poblaciones subsaharianas (negroides) en relación a las poblaciones europeas (conforme a las tablas de Greulich-Pyle para la estimación de la maduración ósea); y el auto de 2 de noviembre de 2009 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional considera que a la edad determinada por la radiografía ósea debe restarse la desviación estándar de dos años y en cuanto a la dentición, aunque se encuentre en un estadio H de Demirjian, que es el final de la maduración y corresponde al cierre de los extremos apicales y que teóricamente se alcanza a la edad de 19-20 años, sin embargo diversos estudios han demostrado la influencia del factor étnico en la mineralización del tercer molar, por lo que al no disponerse de atlas comparativos de la etnia correspondiente, debe añadirse un factor de corrección de -2 años.

QUINTO.- Expuesto lo anterior y ciñéndonos al caso concreto, al folio 79 de las actuaciones figura al informe radiológico de la muñeca izquierda del Hospital Clínico que indica que la edad ósea del actor es de 19 años o más, y a los folios 80 y 81 figura el informe de la Clínica Médico Forense en el que se recoge que la radiografía de la muñeca izquierda en base al método de referencia Greulich-Pyle da un resultado de edad ósea mayor de 19 años; se realiza también una ortopantomografía donde se describe que la fase de mineralización del tercer molar inferior izquierdo en el estadio de Demirjian es la H y que la edad estimada por el estado de la dentición es de más de 19 años; las conclusiones médico legales son que, teniendo en cuenta los resultados de la entrevista, la exploración física y las pruebas complementarias, la edad mínima más probable sería de 19 años. En cambio, según la partida de nacimiento que llevaba el actor cuando acudió a la Comisaría, en septiembre de 2012, tenía 17 años y dos meses.

Pues bien, valorando toda la prueba practicada y teniendo en cuenta el consenso de las comunidades científicas en advertir sobre los márgenes de error significativos de las pruebas médicas de determinación de la edad, que aunque fueran de un simple 5% ya sería mucho teniendo en cuenta la delicada y sensible materia en la que nos encontramos, no puede sino mantenerse una profunda duda sobre cuál era la edad del actor en septiembre de 2012; los datos de su documentación (17 años y dos meses) no son incompatibles con las pruebas médicas practicadas que hablan de una "edad mínima más probable de 19 años", probabilidad que no es certeza una vez que hemos visto el margen de error y su falta de fiabilidad plena, aceptada y corroborada incluso por el Departament de Salut de la Generalitat, que hace que la diferencia entre

la edad que manifiesta el instante y la de las pruebas médicas pueda encuadrarse dentro de aquellos márgenes. Por otro lado, en el Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España de noviembre de 2010 al que ya nos hemos referido, se recomienda que en casos dudosos o para la determinación de edad entre 18 y 21 años se acuda a la prueba de radiografía de la clavícula, que en este caso no se ha efectuado.

En otros procesos relativos a otros menores no acompañados, la DGAIA ha aportado como prueba un informe del IMELEC realizado en uno de ellos en el que se recogen explicaciones sobre las pruebas médicas efectuadas; pero en el mismo, tras describir los tres métodos gráficos o atlas para la estimación de la edad ósea (atlas de Greulich y Pyle -GP-, atlas de Tanner-Whitehouse (TW2) y atlas de Hernandez y Cols- similar a GP pero adaptado a la población española-), se concluye que es de considerar que la osificación de los huesos de la mano está sometida a una gran oscilación individual y que la determinación de la edad ósea en una radiografía no siempre es exacta, por lo que se completa con el estudio de la valoración de la edad dental que es un método que resulta bastante preciso si sólo se utilizan los dientes del cuadrante inferior izquierdo. Se contienen referencias también a la edad cronológica y a su diferencia con la edad biológica; esta se estimaría a través de la maduración de uno o más sistemas de tejidos: dentario, óseo, características sexuales secundarias y somáticas. Sobre el atlas GP se indica que es utilizado como una guía con ciertas reservas, ya que fue creado para etnias caucasoideas y que hay que considerar la variabilidad que pudiera presentarse entre grupos poblacionales; en cuanto al estado de erupción dental se indica en dicho informe que varía ampliamente de una persona a otra y que ha sido estudiado por diversos autores, quienes han tratado de precisar la fecha para la erupción dentaria, sin embargo no se ha podido establecer de forma fehacientemente exacta por la variabilidad de factores que intervienen, tales como: raza, sexo, clima, nutrición, afecciones sistemáticas y otros. Por otra parte, una vez que el diente emerge puede estar influenciado por factores ambientales o exógenos, como pérdida prematura de dientes primarios que, al provocar la disminución del perímetro del arco obstaculizan la vía de erupción con el consiguiente retardo, infecciones, apiñamientos, o agentes que pueden eventualmente reducir la velocidad de erupción (deficiencia de vitaminas A y D) e hipotiroidismo; o acelerarla como el hipertiroidismo o la administración de drogas como la cortisona; así como también el impacto del nivel socioeconómico negativo, tanto en la calcificación como en la erupción dentaria en niños pertenecientes a familias de bajos ingresos; por eso se acude también al estadio de gemación en el que se mide no sólo la última fase de desarrollo dental sino todo el proceso de remineralización y la valoración se basa en el sistema de puntuación de Dermijian; concluye que así como en los estudios sobre la edad ósea comparada con la cronológica se evidencian diferencias entre sí, en cambio la edad dental fue la que presentó menor diferencia porcentual con respecto a la cronológica, de manera que aplicando los métodos de forma combinada, el del

desarrollo óseo con la edad dental, el porcentaje de error por las diferencias de maduración ósea y la subjetividad de interpretación radiológica se minimizan.

A lo que debemos responder desde un punto de vista jurídico que se minimizan pero no desaparecen, manteniéndose siempre un posible margen de error.

Además en el presente caso intervino en la vista oral como perito el médico forense que habló de la gran fiabilidad de los métodos óseos y dental combinados, pero reconoció que no existían estudios para poblaciones subsaharianas y que aquella no se puede asegurar al 100%.

Y existiendo duda debe aplicarse el principio favor minoris, siendo preferible la disfunción de que un mayor de edad se encuentre amparado por los servicios de protección de menores, que el riesgo de que un menor de edad se encuentre desamparado y sin la adecuada tutela legal.

En términos parecidos se pronuncian las sentencias de 2 de febrero de 2012 recaída en el rollo de apelación número 600/11, 29 de mayo de 2012 dictada en el rollo número 1405/2011 y 5 de junio de 2012 recaída en el rollo de apelación número 1058/2011 de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras del mismo órgano.

SEXTO.- Dada la especial naturaleza de los procesos de protección de menores, no se aprecian circunstancias para efectuar una especial imposición de costas.

FALLO

En atención a lo expuesto procede estimar la demanda interpuesta por contra la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de fecha 26 de septiembre de 2012 por la que se dejó sin efecto la atención inmediata acordada respecto al mismo de acuerdo con el Decreto de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona de fecha 19 de septiembre de 2012 que consideraba acreditado que era mayor de edad, resolución que además resolvió cerrar y archivar su expediente de desamparo. En consecuencia procede declarar la nulidad de dicha resolución y hacer constar que la DGAIA debió mantener el expediente de desamparo por tratarse de un menor de edad inmigrante no acompañado.

Sin especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC) mediante escrito que se debe presentar en este

Juzgado dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, y una vez firmada por la Magistrada que la dicta, se da a la anterior Sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.