

LTDO : ALBERT PARES CASANOVA

CLIENTE :

NOTIFICADO : **02/09/2013**

CRISTINA CORNET SALAMERO

----- PROCURADORA -----

Mallorca 83 esc B 4ª 2ª 08029 Barcelona

Tel. 93 321 74 44 · Fax 93 419 23 95

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCION DECIMOCTAVA

ROLLO Nº 337/2013

OPOSICIÓN MEDIDAS EN PROTECCIÓN DE MENORES(ART.780 Nº 362/2011

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 45 BARCELONA

SENTENCIA núm. 532/13

Ilmos. Sres.

D. FRANCISCO JAVIER PEREDA GÁMEZ

Dª MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

Dª Mª JOSÉ PÉREZ TORMO

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de julio de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Oposición medidas en protección de menores (art.780, número 362/2011 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 45 BARCELONA, a instancia de D/Dª. , contra DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I A L'ADOL.LESCÈNCIA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª.

representado en esta alzada por el Procurador Dª CRISTINA CORNET SALAMERO contra la Sentencia dictada en los mismos el día 10-01-2013, por el Sr. Juez del expresado Juzgado, con la debida intervención del Ministerio Fiscal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo la demanda formulada por D. §

y en su representación el Procurador de los Tribunales D^a CRISTINA CORNET SALAMERO contra la Dirección General de Atención a la Infancia y declaro no haber lugar a la revocación de la resolución de la Dirección General d'Atenció a la Infancia del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya de 1 de marzo 2011 por la que se acuerda cerrar el expediente de protección de menores de D. , sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora mediante escrito motivado, dándose traslado a la contraria , que se opuso, habiéndose opuesto asimismo el Ministerio Fiscal, elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 23 de julio de 2013, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a JOSÉ PÉREZ TORMO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- El objeto de este procedimiento y de este recurso se centra en determinar la procedencia de la Resolución de la DGAIA de 1 de marzo de 2011 por la que se acuerda dejar sin efecto la atención inmediata de en el centro de acogida en virtud del Decreto de Fiscalía que considera acreditada su mayoría de edad y ordena cerrar y archivar el expediente administrativo.

Según se desprende del expediente obrante en las actuaciones, la DGAIA procedió mediante Resolución de 11 de febrero de 2011 a la prestación de atención inmediata a Sumalia Lukman autorizando su ingreso en un centro de acogida y acordó el 14 de febrero de 2011 la apertura del expediente de desamparo. Por Decreto de Fiscalía, tras la práctica de pruebas radiológicas (de muñeca y ortopantomografía) y previa audiencia del interesado, se declara que es mayor de edad. Y en su consecuencia se deja sin efecto la atención prestada y se archiva el expediente de protección de menores mediante la Resolución que ha sido objeto de impugnación en este proceso.

La sentencia apelada deniega la naturaleza de documento publico al certificado de

nacimiento con el que se identifica al demandante y conforme al contenido de las pruebas médicas practicadas confirma la resolución de la entidad pública.

Frente a esta resolución se alza el demandante alegando en síntesis que el expediente pericial es incompleto y que le causa indefensión por no haberse aportado según su criterio los documentos de referencia, las pruebas complementarias y los estudios que se han comparado así como la pauta que se ha seguido de la población de raza negra y de origen subsahariano para conocer las probabilidades; que el demandante disponía al llegar a España de certificado de nacimiento y después de pasaporte, documentos que considera han sido válidamente emitidos por el Consulado de su país que hacen prueba plena de los hechos actos y estados que documenta con la identidad y fecha de nacimiento; que se ha hecho una interpretación restrictiva de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la LO 4/2000y vulnerado el artículo 25,1 de la CE por considerar falso el certificado de nacimiento y se cuestiona por último la validez de las pruebas médicas en cuanto tienen un margen de error por basarse en unas tablas estadísticas que se realizan en una población europea de raza blanca y que no pueden aplicarse a personas de origen subsahariano de raza negra.

En cuanto a la primera alegación que denuncia que el expediente pericial es incompleto y que causa indefensión con indicación de los artículos 335,1y 336,2 de la LEC, cabe señalar que en el presente supuesto los informes médicos obrantes en las actuaciones dan cumplida explicación del resultado de las pruebas y han sido aclarados con detalle en la vista. No se ha propuesto ni aportado por otra parte una prueba contradictoria. No puede considerarse que se haya ocasionado indefensión al demandante por dicho motivo, pues ha tenido a su plena disposición todo el expediente administrativo conociendo las razones por las cuales se ha archivado el expediente de protección y ha tenido oportunidad de solicitar las explicaciones y aclaraciones pertinentes a la médico forense que ha depuesto en el acto del juicio.

SEGUNDO.- Por lo que hace referencia a los documentos a los que la parte apelante atribuye naturaleza de documentos públicos y que en consecuencia, según su criterio hacen fe de los datos que contienen, cabe señalar que en este caso, como en otros que ya han sido valorados por esta Sala, el demandante entró en España con un certificado de nacimiento en el que consta como fecha de nacimiento el 15 de julio de 1993 y fecha en que se ha efectuado el registro el 6 de diciembre 2010, por quien dijo ser su madre, es de 17 años después de la fecha que consta de nacimiento.

El Convenio de relaciones Consulares de 1963 que se invoca por el recurrente carece de virtualidad a los efectos de autenticar el contenido del documento

aportado. El artículo 5 del referido Convenio recoge las funciones consulares dentro de las cuales se recoge la función de extender pasaportes y documentos de viaje y actuar en calidad de Notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares "siempre que no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor". La emisión del certificado de nacimiento en Ghana carece de las garantías que se exigen en nuestra LRC -art. 1, 41 y siguientes- para que pueda otorgarse al documento emitido la misma eficacia que a un certificado de nacimiento emitido por un registro civil español y ello se hace extensivo al pasaporte librado con base a dicho certificado.

Como ya hemos señalado en anteriores resoluciones procede examinar cual es la eficacia de los documentos extranjeros aportados para hacer prueba de los hechos que documentan. No se trata en este procedimiento de pronunciarnos sobre la validez, nulidad, o falsedad del documento aportado sino de valorar la eficacia probatoria de los mismos para determinar la edad del menor, de cuya circunstancia, se derivan importantes consecuencias jurídicas contempladas en la Ley de Extranjería.

Y al respecto cabe citar el artículo 323 de la LEC, citado en la sentencia apelada, que señala que "se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

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

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España."

No existiendo tratado o convenio internacional con la República de Ghana, se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización. Por otro lado, cabe hacer referencia el informe de la UNICEF "la inscripción de nacimiento: un derecho para comenzar" emitido por el Centro de Investigación "Innocenti" y que trata de los problemas de la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, del que se desprende que la Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para acreditar la edad. De todo ello se desprende que el certificado de nacimiento expedido en Ghana no tiene la consideración de documento público, pues no hay Convenio y no está legalizado, y

en consecuencia carece de la fuerza probatoria que a los documentos públicos atribuye el artículo 319 de la LEC- no hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten-.

Cabe también tener en consideración que el artículo 752,2, de la LEC dispone que el tribunal no está vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Deben valorarse por los Tribunales las circunstancias en que ha sido emitido el certificado de nacimiento en orden a determinar la eficacia del mismo en la concreción de la edad del actor. El certificado de nacimiento del interesado fue expedido por las autoridades de su país el 8 de diciembre de 2010, dos días después de la inscripción y poco antes de marchar a España en base a una declaración de su madre según el certificado, sin que se haya practicado la inscripción en base a otro documento o dato objetivo, fundándose única y exclusivamente en la mera declaración.

Es por ello que como en otros supuestos está justificada la prueba pericial médica para verificar si el demandante es mayor o menor, pues la normativa del Registro Civil - artículo 90 del Reglamento - y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 375 se remiten a los informes médicos para determinar la edad cuando no está inscrito el nacimiento en el Registro Civil.

Se denuncia por el apelante la interpretación restrictiva de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la LO 4/2000 y la vulneración del artículo 25.1 de la CE entendiéndose que si se consideraba falso el certificado debía haberse impugnado y debía haberse procedido penalmente por dicho motivo. No se aprecia por la Sala que se haya procedido a una interpretación restrictiva de los derechos y libertades establecidos en la referida ley. El recurrente se limita a invocar la infracción sin concretar los derechos y libertades que considera vulnerados ni especificar cuál es el razonamiento o fundamento de la sentencia de la que pueda derivarse la interpretación restrictiva que se denuncia.

Respecto a la vulneración constitucional, cabe señalar, que como se ha dicho, no se trata en la presente resolución de determinar la falsedad del documento sino la de determinar su eficacia o valor probatorio a los efectos de determinación de la edad.

TERCERO.- Se cuestionan asimismo en el recurso las pruebas médicas realizadas para la determinación de la edad con referencia a las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los menores Extranjeros no

acompañados y Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. Se alega que no se ha tenido en consideración el margen de error de dichas pruebas y que se ha afirmado la mayoría de edad en base a meras probabilidades con referencia al informe elaborado por los médicos forenses del Estado Español del año 2010 y en definitiva que las pruebas practicadas carecen de fiabilidad para determinar la edad de una persona de raza negra.

La radiografía del carpo de la muñeca para la predicción de la edad cronológica a través de la edad ósea no conduce a resultados absolutos e indubitados y conforme a todas las recomendaciones debe tenerse en consideración el margen de error de dichas pruebas, pero se ha realizado también una ortopantomografía y la conclusión médica derivada de la realización de dichas pruebas y complementada con la entrevista y la exploración física es que la edad mínima más probable de

es de 18 años, según se afirma en el informe médico expedido por el Institut de Medicina Legal en fecha 14 de febrero de 2011. Es decir, según las pruebas médicas el interesado ya era mayor de edad cuando se procedió a la apertura del expediente. El contenido del informe médico fue aclarado en el acto de la vista en el que se declaró por parte de el Forense que lo llevó a cabo que no tenía duda sobre la mayoría de edad del menor y que en caso de duda se pronuncian a favor de la minoría de edad.

Debe afirmarse que las pruebas médicas realizadas han seguido las recomendaciones y directrices recogidas en el informe elaborado por los Médicos Forenses a que se hace referencia en el recurso.

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

Y si los informes médicos, como ocurre en el presente caso, determinan el margen de error o porcentaje de incertidumbre o desviación respecto a la pauta estándar y aun así resulta que está por encima de los dieciocho años, la conclusión no puede ser otra que la alcanzada por la sentencia apelada que confirma la resolución de la entidad pública de cierre y archivo del expediente de protección de menores. Cabe

destacar asimismo que en tanto no se emitió el informe médico, el interesado fue objeto de protección, atendido en un centro, de tal manera que en ningún caso se ha infringido la normativa de protección de menores en tanto fue considerado como tal, aplicando mientras duró la incertidumbre el principio de protección del menor, pero dicha protección no puede hacerse extensiva a personas que ya no gozan de dicha condición.

Concluyendo procede sin necesidad de mayores consideraciones la desestimación del recurso.

CUARTO.- No procede hacer especial imposición de costas del presente recurso habida cuenta las dudas de hecho que se plantean en la valoración de las pruebas examinadas de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 398y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F A L L A M O S

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de _____, contra la sentencia dictada en fecha diez de enero de dos mil trece por el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Barcelona en autos de Protección de Menores nº362/11, de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la expresada resolución, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC. También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (DF. 16ª, 1 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos ante esta sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Esta sentencia ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, y se ha celebrado audiencia pública. DOY FE.