

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 452/20014

Fecha Sentencia: 24/09/2014

CASACIÓN

Recurso N°: 280/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 14/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VITORIA SECCION N. 1

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: AAV

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. VALOR DE LA DOCUMENTACIÓN QUE PORTAN LOS MENORES CUANDO DICHA DOCUMENTACIÓN CONTIENE DATOS QUE NO PUEDEN CONCILIARSE CON LA REALIDAD FISICA DEL INDIVIDUO.

CASACIÓN Num.: 280/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 14/07/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N°: 452/20014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Sebastián Sastre Papiol
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Xavier O'Callaghan Muñoz
D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil catorce. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria, como consecuencia de autos de juicio verbal nº 1069/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Vitoria, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Consejo de Menor de Alava.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1.- La procuradora doña Carmen Carrasco Arana, en nombre y representación de la Mamadou Gando Bah, interpuso demanda de oposición a la Medida Administrativa en materia de protección de menores del art. 780 LEC, contra el Decreto del Instituto de Bienestar Social de fecha 31 de agosto de 2011, emitido por la Diputación Foral de Alava, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare al menor Mamadou Gando Sah, en situación de desamparo y se asuma automáticamente su tutela.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda. Alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Concepción Mendoza Abajo, en nombre y representación del Consejo del Menor de Alava, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda y se confirme la resolución administrativa objeto de oposición en todos sus términos.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Vitoria, dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Carrasco Arana, en nombre y representación de don Mamadou Gando Bah confirmando íntegramente la resolución del Consejo del Menor de Alava por la que se acuerda el cese de su intervención en relación con el impugnante. Sin especial imposición de costas.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Mamadou Gando Bah, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria, dictó sentencia con fecha 16 de Noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimar el recurso interpuesto por Mamadou Gando Bah representada por la procuradora Carmen Carrasco Arana contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vitoria, revocando la misma, y, en consecuencia, que estimando la demanda interpuesta por Mamadou Gando Bah debemos DECLARAR Y DECLARAMOS que cuando se dictó el Decreto del Consejo del Menor ahora impugnado Mamadou era menor de edad; y todo ello sin expresa imposición de costas .Conforme a la Disposición Adicional 15ª en su apartado 8º de la LOPJ procedase a la devolución de la totalidad del depósito.*

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación

la representación procesal del Consejo del Menor de Alava con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción de lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a los artículo 319 y 752 del mismo cuerpo legal por aplicación indebida. **SEGUNDO.-** Infracción de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería. **TERCERO.-** Infracción de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería respecto de la valoración de las pruebas médicas para determinación de la edad. **CUARTO.-** Infracción del principio del interés del menor consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en numerosas leyes Constitución Española, artículo 2 de la Ley Organica, 1/1996 de Protección jurídica del menor que modifica parcialmente del Código Civil) y en tratados internacionales (Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948. Convenio europeo de derechos Convención sobre Derechos del Niño. Convenio Europeo de 1980 y Convenio de la Haya de 1980).

Igualmente interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal con apoyo en el siguiente **MOTIVO: UNICO.-** Incorrecta aplicación de los artículos 323 y 319.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo preceptuado en el artículo 752.2º in fine y 3º del mismo texto legal, según el cual, en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores “tampoco estará el tribunal viincludado a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos”, además de lo establecido en los artículos 4 y 35 de la Ley de Extranjería, en su redacción según LO 2/2009 de 11 de diciembre, y el artículo 190 del Reglamento de Extranjería, Real Decreto 557/11 de 20 de octubre, que se desarrolla el citado art. 35 de la Ley de Extranjería.

Se citan las siguientes sentencias:

- 433/2012 de 21 de junio de la Audiencia Provincial de Barcelona
- 366/2012 de 30 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona
- 425/2012 de 19 de junio de la Audiencia Provincial de Barcelona
- 582/2012 de 1 de octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona
- 19 / 2012 de 12 de enero de la Audiencia Provincial de Madrid
- 326/2007 de 5 de octubre de la Audiencia Provincial de Salamanca.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de Noviembre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, no habiendo comparecido el recurrido.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del Pleno el día 14 de Julio del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La cuestión que plantean los recursos tiene que ver con la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación irregular en España.

El problema, que ha sido resuelto de forma contradictoria en las Audiencias Provinciales, radica en el valor de la documentación que portan los menores cuando dicha documentación contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando existe una aparente discrepancia entre la edad del menor que figura en el documento y la complejión física del o de la joven; situación que ha dado lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de mecanismos tendente a la averiguación de la edad real de la persona.

Los antecedentes del caso tienen que ver con una resolución del Consejo del Menor de Álava, ratificada por el Juzgado de Familia, en la que se acordó el cese de su intervención por considerar que Mamadou Gando Bah (natural de la República de Guinea –Guinea Conakry-) era mayor de edad en base a las pruebas médicas realizadas a instancia de la Fiscalía de Bizkaia. Se trata de un joven que tiene pasaporte expedido en su país de origen que refleja la fecha de nacimiento y su minoría de edad, pese a lo cual la sentencia del Juzgado, aun reconociendo que el pasaporte presentado en su día pudiera tener la validez que establece el artículo 323 LEC para los documentos extranjeros, señala que *“el pasaporte no tiene como función reflejar o documentar la fecha de nacimiento de una persona (lo que resulta predicable de una partida de nacimiento o su homólogo en el país de referencia), sino que tiene la virtualidad de documentar a una persona como nacional de un determinado estado y habilitarle para la entrada y salida del país por los puestos habilitados al efecto”*, siendo así que las pruebas médicas realizadas concluyen su mayoría de edad.

La sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial porque considera que tratándose de ciudadanos extranjeros, *“el artículo 4 de la Ley de Extranjería establece 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. Con relación a los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el artículo 35 de la citada norma establece que el Ministerio Fiscal dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias. 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”.

Mamadou portaba pasaporte, y según la documentación anexa remitida por el Consejo del Menor, el documento fue validado por expertos y este pasaporte hace prueba plena de la fecha de su nacimiento, y si la Diputación entendía que dicho dato no era cierto tenía que haberlo cotejado con el certificado de su nacimiento, lo que no hizo, razón por la que no puede alterar lo que recoge el documento público, en principio veraz, ni someter a Mamadou a ninguna prueba para la determinación de la edad, siendo como era menor de edad.

Los recursos a los que se ha hecho referencia los formulan el Ministerio Fiscal y el Consejo del Menor de Alava. En el primero se alega existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y porque la sentencia aplica normas que no llevan en vigor más de cinco años. Se denuncia la incorrecta aplicación de los artículos 323 y 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo preceptuado en el artículo 752 y 3 del mismo texto legal, en cuanto a la fuerza probatoria del interrogatorio de partes, documentos públicos y privados, además de lo establecido en los artículos 4 y 35 de la Ley de Extranjería, en la redacción dada por la LO 2/09, de 11 de diciembre, y en el artículo 100 del Reglamento de Extranjería. En el recuso se citan como fundamento del interés casacional cinco sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7, 19 y 21 de junio, 30 de mayo y 1 de octubre de 2012, además de una de la Audiencia Provincial de Salamanca de 5 de octubre de 2007, y otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2012.

Lo que se pretende es que se establezca un criterio único respecto de los pasaportes emitidos en el extranjero y la fuerza probatoria de los mismos, cuestionando que la sentencia haga prevalecer el pasaporte sobre el informe médico forense al no haberse ratificado en el acto del juicio, siendo estas pruebas las que deben prevalecer sobre el pasaporte.

El segundo se articula en cuatro motivos en los que se citan como infringidos los artículos 323, en relación con los artículos 319 y 352, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la consideración del pasaporte como documento público, existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 16 de noviembre de 2012, de un lado, y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 y 21 de junio, de otro. Se cita también el artículo 35 de la Ley de Extranjería, con una doble consideración: dada la minoría de edad y valoración de las pruebas existentes y la infracción del principio del interés del menor desde la idea de que debe evitarse su ingreso en los centros de acogida de los mayores de edad.

SEGUNDO.- Ambos recursos se analizan conjuntamente para desestimarlos, no sin precisar que el recurso que se formula es el de casación, no el de infracción procesal, y que no es posible acumular en el mismo

cuestiones procesales con sustantivas, ni argumentos relativos a la prueba, que se desarrollan en el cuerpo del mismo, con temas referentes a la interpretación de la normativa propia de la Ley de Extranjería, por lo que los planteamientos efectuados sobre cuestiones procesales son improcedentes. No obstante lo cual se les dará justificada respuesta, a partir de la sentencia de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2014 (rec.1382/2013), que ha declarado como doctrina jurisprudencial la siguiente: el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad; conclusiones a las que, en lo que aquí interesa, se llega por lo siguientes argumentos:

1.- El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular.

2.- Dispone el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que “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”, señalando en su artículo 25.1 que “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse 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 no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).

En cuanto a los artículos 6 y 190 del Reglamento Extranjería, según el primero, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provistos de alguno de los documentos que cita, entre ellos el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen o procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares. Conforme al segundo, y en lo que aquí interesa, 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, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

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 que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

3.- La correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

4.- En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por si misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes.

5.- Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.

La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

Como consecuencia Mamadou Gando Bah deberá quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados en la forma que señala la sentencia recurrida en casación.

TERCERO.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por los recursos en aplicación de los artículos 394.1 y 4 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al Ministerio Fiscal por imperativo legal. Al Consejo del Menor de Alava en virtud de la especial naturaleza de la materia objeto de debate.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Desestimar los recursos formulados por el Ministerio Fiscal y el Consejo del Menor de Alava contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección 1ª, de fecha 16 de noviembre de 2012, sin hacer expresa imposición de las costas causadas a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán .José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno.Rafael Sarazá. Jimena Sebastián Sastre Papiol Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz..José Luis Calvo Cabello.Firmado y Rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.