

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 453/2014

Fecha Sentencia: 23/09/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 1382/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 14/07/2014

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 18

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por: AAV

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

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 1382/2013

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

Votación y Fallo: 14/07/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N°: 453/2014

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 veintitrés 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 y de infracción procesal, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Décimo Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio verbal en materia de menores nº 708/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Barcelona, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Bridget Abena Boama, el procurador don Isidro Orquín Cedenilla .Habiendo comparecido en calidad de recurrida la Letrada de la Generalidad de Cataluña. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Marta Pradera Rivero, en nombre y representación de doña Bridget Abena Boamoa, interpuso demanda de juicio verbal en materia de menores, contra la Generalidad de Cataluña y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se estime la demanda y en consecuencia:

1º.-Declare que la resolución administrativa impugnada en materia de protección de es contraria a Derecho, por los motivos indicados en el cuerpo de esta demanda, y declare su nulidad.

2º. Ordene dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada.

3º. Declare que la fecha de nacimiento de mi mandante establecida en su pasaporte y partida de nacimiento es válida y veraz.

4º. Declare que la resolución administrativa impugnada, en la fecha de su emisión, provocó de forma contraria a derecho la desprotección y desamparo de la menor Bridget Abena Boamoa, pues en aquella fecha mi mandante era efectivamente menor de edad.

5º. Condene a la administración demandada a restablecer la situación jurídica individualizada de mi mandante, por cuanto en el momento de dictar la resolución administrativa impugnada, era menor de edad.

6º. Condene a la Administración demandada a estar y pasar por los citados pronunciamientos, y al pago de las costas devengadas en este procedimiento.

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

2.- La Abogada de la Generalitat de Cataluña, en nombre y representación de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia, 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 desestimando todas las pretensiones de la Sra. Boamoa por mala fundamentación legal, y confirmando la resolución de la DGAIA de 2 de septiembre de 2009 por ser ajustada a derecho.

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 16 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que debo estimar la oposición ejercitada por doña Bridget Abena Boamoa contra resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de fecha 2 de septiembre de 2009, sin hacer pronunciamiento sobre las costas.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de la Dirección General a la Infancia y a la Adolescencia y ESTIMANDO la impugnación por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en fecha 18 de junio de 2012 el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona en los autos de Protección de Menores nº 708/2010 de los que dimana el presente rollo, SE REVOCA la expresada resolución acordando en*

su lugar la desestimación de la demanda formulada por la representación de BRIGET ABENA BOAMOA contra la Resolución de la DGAIA de fecha 2 de septiembre de 2009 que acuerda el cierre y archivo del expediente de protección que se confirma en todo sus extremos, todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de la presente apelación.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso por infracción procesal** la representación procesal de Bridget Abena Boama con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 469.1.4º LEC y 5.4. LOPJ se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular, de los artículos 323, 319 y 317 LEC. **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 469.1 .4º LEC y 5.4. LOPJ se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba y, en particular, de los artículos 348 y 376 LEC.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO.-** Infracción del artículo 35.3. de la Ley Organica 4/2000 y del artículo 190.2. del Real Decreto 557/2011, que lo desarrolla.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 28 de enero de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la abogada de la Generalidad de Cataluña, presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Bridget Abena Boama (nacional de Ghana) formuló demanda de oposición a la medida administrativa sobre protección de menores del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referida a la resolución de la Dirección de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña, de

2 de septiembre de 2009, en la que se cesaba el ejercicio de las funciones tutelares asumidas con carácter preventivo, se dejaba sin efecto la guarda otorgada a la directora del centro de acogida Dolors Aleu y se cerraba el expediente de amparo de la citada joven al considerar acreditado que era mayor de edad. En la demanda se ponía de manifiesto que la actora estaba en posesión tanto de pasaporte como de partida de nacimiento, por lo que, al no estar indocumentada, no deberían de habersele practicado las pruebas médicas.

Se opusieron tanto el Ministerio Fiscal como la Dirección de Atención a la Infancia y Adolescencia.

El Juzgado de 1ª Instancia, con fecha 28 de marzo de 2011, dictó auto acordando el archivo del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto ya que, oficialmente según su pasaporte, la demandante era mayor de edad desde el 15 de mayo de 2010. El auto fue revocado por la Audiencia Provincial, que acordó seguir el procedimiento.

La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal. Mantiene el criterio, que viene expresado en anteriores resoluciones de la misma Audiencia sobre la cuestión debatida, de que no ha de pronunciarse sobre la validez del documento aportado sino valorar la eficacia probatoria del mismo para determinar la edad del menor, y considera que el certificado de nacimiento de Ghana no tiene la consideración de documento público pues no existe convenio con dicho país ni está legalizado. Entiende, además, justificada la práctica de la pericial médica de la que se deduce que la edad mínima de la joven es de dieciocho años, por lo que no gozaría de la protección dispensada en España a los menores extranjeros en situación de desamparo y, también, que el conjunto de las pruebas periciales ofrece la suficiente fiabilidad como para afirmar la mayoría de edad sin que hubieran quedado desvirtuadas por el certificado de nacimiento y el pasaporte, emitidos por la autoridades de Ghana apenas un mes antes de la presentación ante las autoridades españolas.

Se ha formulado un doble recurso por Doña Bridget Abena Boamoa: extraordinario por infracción procesal y de casación. Los dos tienen que ver con la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación irregular en España.

El problema, resuelto de forma contradictoria en las Audiencias Provinciales, radica en determinar 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 complexión física del o de la joven; situación que ha dado lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la persona.

En el primer recurso –dos motivos-, se denuncia la vulneración del

artículo 24 de la CE por infracción de las normas sobre valoración de la prueba y, en particular, de los artículos 332, 319, 317, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De un lado, porque estamos ante un documento expedido conforme a los requisitos exigidos por un país extranjero, del cual en ningún momento se ha cuestionado su validez y lo que se desprende de la sentencia, incorrectamente, es que un documento público solo tiene validez en España cuando se cumplen los requisitos legales españoles para su emisión, estando ante un documento cuya validez no depende de su legalización o apostilla. De otro, porque los informes médicos realizados son incompletos y de dudosa fiabilidad.

En el segundo –un solo motivo- se invoca interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el hecho de la práctica de las pruebas médicas cuando el menor extranjero se encuentra en posesión de un pasaporte válido. Considera infringido el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y el artículo 190.2 del RD 557/2001, que lo desarrolla, que no son de aplicación al extranjero que se halla documentado. Las sentencias que se citan son la de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa – Sección 3ª- de 18 de diciembre de 2007 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección 18- de 1 de octubre de 2012.

El recurso de casación coincide en algunos puntos con la cuestión planteada en el de infracción procesal sobre la validez de los documentos públicos en España y se señala que, desde el momento en que no se cuestiona la validez del pasaporte, la autoridad administrativa no puede iniciar los mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la joven; razón por la que, para evitar reiteraciones, se van a resolver conjuntamente, para estimarlos, a partir de las conclusiones siguientes:

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 la identidad y la 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 provisto 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.- Pese a la claridad de la regulación sustantiva, la interpretación que hace la sentencia recurrida es contraria a la misma. 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.

6.- Doña Bridget Abena Boamoa disponía de un pasaporte y de un certificado médico expedidos en su país de origen, que establecían la fecha de su nacimiento y acreditaban su minoría de edad. No se trata, por tanto, de una menor indocumentada cuya minoría pudiera ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, cuanto menos sin impugnar la autenticidad de los documentos que acreditaban esta minoría de edad. Como consecuencia Doña Bridget Abena Boamoa deberá quedar bajo la protección que la ley dispensa a

los menores no acompañados.

TERCERO.- Asumiendo la instancia, procede mantener íntegramente la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Barcelona, en la forma interesada en el recurso, fijando 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.

CUARTO.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas en ambas instancias ni de las de los recursos formulados ante esta Sala (artículos 394 y 398 LEC).

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

F A L L A M O S

1.- Estimar los recursos formulados por doña Bridget Abena Boamoa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, en fecha 10 de abril de 2013.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos, la sentencia dictada por la Juez de 1ª Instancia num. 16 de Barcelona, de fecha 18 de junio de 2012 en autos de procedimiento verbal número 708/2010.

4.- Se fija 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.

5.-No se hace especial declaración de las costas causadas en ninguna de las dos instancias, ni de las originadas por los recursos formulados ante esta Sala.

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.