



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
24 de marzo de 2020

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 24/2017*, **

<i>Presentada por:</i>	M. A. B. (representado por el abogado Albert Parés Casanova)
<i>Presunta víctima:</i>	M. A. B.
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	12 de julio de 2017
<i>Fecha de adopción del dictamen:</i>	7 de febrero de 2020
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Inadmisibilidad <i>ratione personae</i> ; falta de agotamiento de recursos internos
<i>Artículos de la Convención:</i>	3, 8, 12, 18, párr. 2, 20, párr. 1, 27 y 29
<i>Artículo del Protocolo Facultativo:</i>	7, apdos. c), e) y f)

* Aprobado por el Comité en su 83^{er} período de sesiones (20 de enero a 7 de febrero de 2020).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Cephass Lumina, Gehad Madi, Faith Marshall-Harris, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Aïssatou Alassane Moulaye Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.



1.1 El autor de la comunicación es M. A. B., ciudadano de Guinea, nacido el 24 de diciembre de 1999. El autor alega ser víctima de violaciones de los artículos 3, 8, 12, 18, párr. 2, 20, párr. 1, 27 y 29 de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014.

1.2 De conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el 13 de julio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte que se abstuviera de devolver al autor a su país de origen y que lo trasladara a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

Los hechos según el autor

2.1 El 3 de junio de 2017, la Policía Nacional española interceptó en Motril, Granada, la patera en la que viajaba el autor cuando pretendía acceder ilegalmente a España. El 4 de junio de 2017, la Policía Nacional acordó la devolución del autor a su país de origen. El autor, que se encontraba indocumentado, manifestó ser menor de edad ante la Policía, sin que esta tomara en cuenta dicha afirmación. El 6 de junio de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril ordenó su ingreso en el centro de internamiento de extranjeros de Barcelona por un período máximo de 60 días, pendiente de la ejecución del acuerdo de devolución.

2.2 El autor manifestó nuevamente ser menor de edad ante el director del centro de internamiento de extranjeros de Barcelona, quien lo comunicó al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Barcelona. El 26 de junio de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Barcelona ordenó que se realizaran al autor pruebas médicas de determinación de la edad consistentes en una radiografía de la mano y una ortopantomografía.

2.3 El autor sostiene que nunca recibió notificación alguna sobre la realización de pruebas médicas para la determinación de su edad. El 7 de julio de 2017, el autor se puso en contacto con abogados del centro de internamiento de extranjeros quienes solicitaron información sobre dichas pruebas. Ese mismo día, el autor envió una copia de su certificado de nacimiento al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril para probar su minoría de edad. Al momento de presentar su queja al Comité, el autor todavía no había recibido información alguna ni sobre las pruebas médicas ni sobre ninguna resolución adoptada por el Estado parte con respecto a la determinación de su edad.

La queja

3.1 El autor alega que el Estado parte no tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención durante el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido. Señala que, según lo ha constatado el Comité, no existe en el Estado parte un protocolo uniforme de protección de niños no acompañados a nivel nacional. Así, los métodos utilizados para determinar la edad de estos niños varían según la comunidad autónoma de que se trate¹.

3.2 El autor se refiere a un informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) que establece que las pruebas de determinación de la edad solo deben ser realizadas cuando sea estrictamente necesario y que el método Greulich y Pyle no se debe utilizar exclusivamente sino que debe haber un asesoramiento de expertos con tecnología adecuada combinando diferentes técnicas². El informe establece igualmente que se debe aplicar adecuadamente la Convención priorizando en todas las medidas y actuaciones el interés superior del menor frente al orden público de extranjería.

¹ El autor cita CRC/C/ESP/CO/3-4, párrs. 27 y 59.

² UNICEF, Consejo General de la Abogacía Española y Banesto, *Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*, 2009. El autor cita asimismo el informe de La Merced Migraciones-Mercedarios, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Save the Children, Cátedra Santander de Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas, Baketik y Accem *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009.

3.3 El autor señala que los únicos métodos de determinación de la edad utilizados actualmente en España son la estimación médica y la estimación por las características físicas. Sin embargo, no se utilizan otros métodos como la “estimación psicosocial y de desarrollo”, o la “estimación mediante documentación disponible, el conocimiento e información local”. La prueba más importante realizada en España es la radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle, un estudio realizado en los años cincuenta sobre una muestra de 6.879 niños sanos de origen norteamericano y de clase media-alta. Dicha exploración arroja una estimación de la edad basada en horquillas de resultados. Ese estudio, al igual que otros estudios realizados posteriormente, es meramente valorativo. El autor señala la necesidad de diferenciar entre la edad cronológica y la edad ósea, siendo la última un concepto estadístico recogido de la experiencia clínica que resulta útil con fines estrictamente médicos en la estimación del ritmo de maduración ósea del sujeto y de la predicción de fenómenos como la talla que tendrá. En cambio, la edad cronológica es el tiempo vivido por la persona. La edad ósea y la cronológica no coinciden necesariamente, existiendo factores que influyen en el crecimiento y desarrollo de la persona, como factores genéticos, patológicos, nutricionales e higiénico-sanitarios, que son reflejo del estatus social del niño, así como factores raciales. Según varios estudios, las características socioeconómicas de un individuo son un factor esencial en su desarrollo óseo.

3.4 El autor sostiene que el principio del interés superior del niño debe imperar en todo el procedimiento de determinación de la edad, debiendo realizarse únicamente aquellas pruebas médicas que resulten necesarias y de acuerdo con la ética médica. Los informes médicos resultantes deben indicar siempre el margen de error existente. Asimismo, la realización e interpretación de las radiografías debe ser a cargo de personal médico especializado en radiodiagnóstico, y la evaluación global de los resultados debe realizarla un personal médico especializado en medicina legal y forense, siendo a menudo los servicios radiológicos los que realizan la evaluación de las pruebas³. Por último, la determinación de la edad debe basarse en diversas pruebas y exámenes complementarios.

3.5 El autor alega también ser víctima de una violación del artículo 3, leído conjuntamente con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, dada la falta de nombramiento de un tutor o representante, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del niño no acompañado⁴. Sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad sobre la base de pruebas no fiables, quedó desamparado y sin la protección debida, en una situación de vulnerabilidad extrema.

3.6 El autor sostiene que el Estado parte ha violado su derecho a la identidad reconocido en el artículo 8 de la Convención. Señala que la edad constituye un aspecto fundamental de la identidad y que el Estado parte tiene el deber de no interferir en su identidad, así como de conservar y rescatar los datos que constituyen la misma.

3.7 Alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención dada la falta de protección debida por el Estado parte en su condición de niño privado de su medio familiar.

3.8 Finalmente, alega ser víctima de una violación de sus derechos reconocidos en los artículos 27 y 29 de la Convención porque no se le permitió un correcto desarrollo al no haberle sido asignado un tutor que velara por su interés.

3.9 El autor propone, como posibles soluciones: a) que el Estado parte reconozca la imposibilidad de establecer su edad mediante la prueba médica realizada; b) que se le notifique cualquier resolución que le concierna; c) que se reconozca la posibilidad de recurrir los decretos de determinación de la edad ante instancias judiciales; y d) que se reconozcan todos los derechos que le corresponden por su condición de niño, incluido el derecho a recibir protección de la administración pública, a un representante legal, a la educación y a una autorización de residencia y trabajo que le permita el pleno desarrollo de su personalidad y su integración social.

³ El autor cita el informe del Síndic de Greuges “Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados” (2011).

⁴ El autor cita la observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 21.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones del 27 de octubre de 2017, el Estado parte sostiene que, el día de su entrada ilegal a España, el autor, junto con el resto de los ocupantes de la patera en la que viajaba, fueron detenidos en la comisaría de Granada, donde se procedió a su identificación, y a informarles de los derechos que les asistían en presencia de un intérprete. Contando con asistencia letrada, se le notificó personalmente y con ayuda de intérprete la orden de devolución y se le informó sobre la posibilidad de interponer recurso jurisdiccional contra la misma.

4.2 El Estado parte informa que el 29 de junio de 2017 se realizó al autor el “protocolo general para la determinación de la edad estimada” por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cataluña, ordenado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Barcelona. El informe refleja que, según el cuerpo nacional de policía, la fecha de nacimiento del autor es el 24 de diciembre de 1999. Dicha exploración, que incluía una oseometría de muñeca y una ortopantomografía dental, dio como resultado que la edad ósea estimada del autor según el Atlas de Greulich y Pyle era de 19 años de edad, sin que existiera desviación estándar para ese rango de edad.

4.3 El 7 de julio de 2017, el autor, a través de abogados de su elección, realizó una petición al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril, para que reconsiderara su autorización de internamiento en el centro de internamiento de extranjeros, aportando una fotocopia simple de lo que dice ser copia de su certificado de nacimiento del que se deduciría supuestamente su minoría de edad. El autor instó al Juzgado a que se “cambie el internamiento en el [centro de internamiento de extranjeros] por la puesta a disposición de la persona a las autoridades de protección de la infancia”. El fiscal consideró que, determinada la mayoría de edad por las pruebas médicas realizadas, no procedía su ingreso en un centro de protección de menores. El 28 de julio de 2017, el Juzgado resolvió que no procedía revisar la medida de internamiento en cuanto a la determinación médica de la edad de que era mayor de 18 años, así como en relación con la consulta efectuada en el registro de Menas, sin que constara recurso de reforma contra dicha providencia, por lo que devino firme.

4.4 El 26 de julio de 2017, la Policía Nacional procedió a poner en libertad a M. A. B. mediante “diligencia de salida del centro de internamiento de extranjeros de Barcelona”.

4.5 El Estado parte señala que: a) no hay documento alguno que acredite que el certificado de nacimiento pertenezca a la persona que llegó en patera y fue objeto de internamiento, pues no llevaba documentación consigo en el momento de la detención; b) la documentación presentada no incluye datos biométricos que acrediten que corresponden con el solicitante; y c) la documentación ofrece dudas sobre su autenticidad, máxime al estar en contradicción con la prueba médica realizada.

4.6 En sus observaciones del 27 de octubre de 2017, el Estado parte sostiene que la comunicación es inadmisibles *ratione personae*, de acuerdo con el artículo 7, apartados c) y f), del Protocolo Facultativo, porque el autor es mayor de edad. Ello se demuestra porque: a) el autor no ha presentado documentos de identidad oficiales con datos biométricos verificables en el momento de su entrada ilegal en España; b) el certificado de nacimiento que presentó no tiene las características necesarias para hacer fe de que corresponde al autor, siendo meras fotocopias que no incluyen datos biométricos; c) su apariencia es de mayor de edad tal y como resulta de las fotografías que se le tomaron en el momento de su entrada ilegal en España (174 cm de altura, con bigote); d) la prueba médica objetiva practicada al autor indica que tiene una edad mínima de 18 años y se estimó que su edad ósea, según el Atlas de Greulich y Pyle es de 19 años de edad, sin que exista desviación estándar para ese rango de edad. El Estado parte agrega que, en ausencia de prueba fehaciente de minoría de edad, admitir esta comunicación solo beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal a las que el autor ha pagado y de las que se ha servido.

4.7 El Estado parte sostiene asimismo que, de acuerdo con el artículo 7, apartado e), del Protocolo Facultativo, la comunicación es inadmisibles por falta de agotamiento de todos los recursos internos, dado que el autor podía: a) haber solicitado que se practicaran pruebas médicas adicionales distintas que pudieran acreditar la minoría de edad; b) haber solicitado la revisión de cualquier decisión de la comunidad autónoma en la que no se considera que

la persona sea menor de edad a los efectos de protección de menores, conforme con el procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) haber recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa la orden de devolución; y d) haber instado un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015.

4.8 El Estado parte señala además que, según el auto 172/2013 del Tribunal Constitucional de 9 de septiembre de 2013 en recurso de amparo 952/2013, la actuación del Ministerio Fiscal en la determinación de edad es meramente “provisionalísima” y que la determinación definitiva de la menor o mayor edad de la persona indocumentada puede hacerse recurriendo a la autoridad judicial por las vías procedentes, que en el presente caso no se han agotado.

Comentarios del autor a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

5.1 En sus observaciones del 13 de diciembre de 2017, el autor indica que el Estado parte no ha proporcionado información con respecto a cómo el autor, posible menor, fue informado sobre su “derecho a una asistencia letrada específicamente para la determinación de la edad o en base al artículo 12 de la Convención”. El Estado parte tampoco informa sobre la forma de recurrir el decreto de la Fiscalía que determina la edad del menor.

5.2 Sostiene que el protocolo sobre menores extranjeros no acompañados ha sido impugnado ante el Tribunal Supremo debido a que muchos de sus artículos se consideran como ilegales, irregulares e inconstitucionales. El autor hace referencia al apartado sexto del capítulo 2 del protocolo donde se establece que a pesar de que un menor pueda tener en su posesión un pasaporte, este podrá quedar sin efecto si la apariencia de la persona no es de menor de edad. El autor alega que el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias ha afirmado precisamente lo contrario. En concreto hace referencia a una sentencia del Tribunal Supremo, que fijó 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 edad⁵.

5.3 El autor considera que en ningún momento se ha establecido que las pruebas médicas realizadas tengan un carácter exacto y una fiabilidad total. Sostiene que nunca fue informado de todos los recursos judiciales que menciona el Estado parte en sus observaciones. Indica que se trata de procesos judiciales que solo hubiera podido iniciar si se le hubiera asignado un abogado durante el proceso de la determinación de la edad. Alega que dichos recursos deberían ser considerados como extraordinarios puesto que son recursos judiciales que deben iniciarse a instancia de parte y no para recurrir alguna resolución sobre la determinación de la edad.

5.4 Considera que en el caso de que hubiera sido devuelto a su país de origen, el Estado parte habría realizado una repatriación de un menor de forma completamente irregular y contra lo que establece la legislación del Estado parte, que contempla que una repatriación se realice siguiendo un procedimiento muy regulado⁶. La devolución del posible menor a su país de origen hubiera causado un daño de difícil reparación.

⁵ Sentencia núm. 453/2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en el recurso núm. 1382/2013.

⁶ El autor hace referencia al Real Decreto 557/2011, art. 191 y ss. de 20 de abril de 2011 por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones del 9 de enero de 2018, el Estado parte reitera su descripción de los hechos y sus argumentos sobre la admisibilidad de la comunicación.

6.2 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, el Estado parte sostiene que “difícilmente se puede haber vulnerado el interés de un menor” cuando el autor, según pruebas médicas objetivas, es mayor de edad. Agrega que la queja es genérica, sin especificar claramente en qué consiste la infracción de este precepto que se pretende atribuir al Estado parte. Aparentemente la queja estaría centrada en que todo resultado de mayoría de edad de las pruebas médicas de determinación de edad constituye una violación de la Convención. La observación general núm. 6 establece la presunción de minoría de edad en caso de incertidumbre, pero no cuando es patente que se trata de una persona mayor de edad, en cuyo caso las autoridades nacionales pueden legalmente considerarla como tal sin necesidad de practicar prueba alguna. No obstante, en el presente caso, las autoridades ofrecieron al autor la oportunidad de someterse a pruebas médicas objetivas de determinación de la edad, previo consentimiento informado.

6.3 El Estado parte sostiene que la observación general núm. 6 no impide ni prohíbe la realización de pruebas médicas objetivas de determinación de edad en personas que aparentan ser mayores, carecen de documentación y alegan ser menores. Observa que el autor critica los diversos tipos de pruebas médicas objetivas de determinación de la edad, pero no señala cuáles de esas pruebas admitiría como válidas.

6.4 A falta de prueba fehaciente sobre su minoría de edad, y sobre la exclusiva base de su declaración, no procedía otorgar al autor el trato legal establecido para proteger a los menores. El Estado parte señala que cuando los mayores de edad ingresan en centros de acogida de menores, quienes realmente son menores pueden verse sometidos a abusos y maltratos por aquellos.

6.5 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, el Estado parte hace notar que el autor fue atendido por servicios sanitarios a su llegada a territorio español; se le ofrecieron abogado e intérprete gratuitos; su situación fue inmediatamente comunicada a la autoridad judicial competente para asegurar el respeto de sus derechos y tan pronto como alegó ser menor de edad se comunicó esta circunstancia al Ministerio Fiscal, institución a cargo de velar por el interés superior del menor. En consecuencia, difícilmente puede hablarse de una falta de asistencia legal o de desamparo del autor, aun si este hubiera sido menor de edad, que no es el caso.

6.6 En cuanto a las alegaciones basadas en su derecho a la identidad, el Estado parte considera que el autor no ha justificado por qué podría haberse visto privado de su derecho a preservar su identidad. Agrega que las autoridades españolas lo registraron bajo el nombre declarado cuando accedió ilegalmente a suelo español y que, de hecho, esa documentación es la que le permite ejercitar algún derecho en la actualidad.

6.7 En cuanto a las alegaciones del autor según las cuales ha sido privado de su derecho a la protección y asistencia especiales del Estado parte en virtud del artículo 20 de la Convención, el Estado parte señala que “en el presente supuesto, existiendo pruebas de su mayoría de edad, el derecho alegado es sencillamente inaplicable”.

6.8 El Estado parte también alega que no existe ninguna vulneración de los artículos 27 y 29 de la Convención ya que el derecho al desarrollo es aplicable exclusivamente a los menores de edad. Agrega que el autor fue atendido correctamente por el Estado parte desde su entrada en España.

6.9 En cuanto a las posibles soluciones propuestas por el autor en su comunicación inicial, el Estado parte sostiene que el autor no solicita ni propone algún medio por el cual pueda determinarse con certeza su edad. Tampoco ofrece ninguna indagación de datos sobre el autor ante las autoridades de su supuesto país de origen. Por ende, solicitar que España reconozca la imposibilidad de establecer la edad del autor no soluciona ningún problema, en la medida en que no es aceptable que una persona que aparenta ser mayor deba ser tenida por menor de edad sobre la base de su mera declaración. En cuanto a la solicitud de poder recurrir judicialmente los decretos de la Fiscalía, el Estado parte alega

que son decisiones “provisionalísimas”, que pueden ser revisadas por el propio fiscal si se presenta prueba nueva y que pueden ser sustituidos por decisiones definitivas adoptadas en otras instancias judiciales. En cuanto al resto de las solicitudes del autor, el Estado parte señala que el autor ya ha recibido protección pública y ha sido asistido por los jueces y el ministerio fiscal. Por último, los permisos de residencia y trabajo en España solo pueden adquirirse cumpliendo los requisitos legales generales, que el autor no cumple por haber entrado ilegalmente al país y por no haber solicitado protección internacional.

Comentarios del autor a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

7.1 En sus comentarios del 28 de febrero de 2018, el autor reitera que el Estado parte no le asignó ningún abogado para el proceso de determinación de su edad, por lo que no pudo utilizar ninguno de los recursos mencionados por el Estado parte. Sostiene que los decretos de determinación de la edad de la Fiscalía no son recurribles de forma directa, lo que conlleva de forma clara e inequívoca a una situación de indefensión judicial grave.

7.2 El autor sostiene que el Estado parte ignora el informe médico-legal y forense que establece explícitamente que, “según los resultados de la entrevista, la exploración física y las pruebas complementarias, la edad mínima más probable será de 18 años”. De ello se desprende que dicho informe no establece una edad de forma segura.

7.3 Con respecto a la afirmación del Estado parte según la cual el Juzgado de Instrucción de Motril resolvió mediante providencia “que no procedía revisar la medida de internamiento en cuanto la determinación médica de la edad es que es mayor de 18 años [...] sin que conste recurso de reforma contra dicha providencia, por lo que deviene firme”, el autor sostiene que en ningún momento fue notificado sobre dicha resolución creándose nuevamente una clara situación de indefensión jurídica puesto que no tuvo la oportunidad de presentar ningún tipo de recurso.

7.4 El autor destaca que durante los días anteriores a que fuera puesto en libertad, muchas personas de su país mantuvieron una entrevista con el cónsul en el centro de internamiento de extranjeros. Alega que si el Estado parte tenía dudas sobre la autenticidad de los documentos que demostraban que era menor de edad podría haber contactado al cónsul para comprobar la veracidad de los mismos.

7.5 En cuanto a sus alegaciones sobre la vulneración del artículo 3 de la Convención, en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, el autor sostiene que tienen que interpretarse en relación con el artículo 12 de la Convención, en el sentido de que tiene derecho a que una persona lo acompañe en su derecho a ser oído. El autor hace referencia al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, el cual regula el derecho a ser oído y escuchado, alegando que el Estado parte no ha cumplido con su propia normativa interna. Considera que no se ha respetado su derecho a ser oído a través de un representante.

7.6 El autor considera también que dado que es la Fiscalía la que realiza las pruebas de determinación de edad, no se puede esperar que a la vez defienda los derechos del menor para interponer los recursos disponibles para la determinación de la edad.

7.7 El autor considera que existe una vulneración del artículo 8 de la Convención ya que no se ha comprobado la identidad del autor a través de los órganos consulares de su país de origen.

Intervención de terceros⁷

8. El 3 de mayo de 2018, el Ombudsman de Francia presenta una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad y la detención en centros de

⁷ Esta intervención afecta a las comunicaciones núms. 11/2017, 14/2017, 15/2017, 16/2017, 20/2017, 22/2017, 24/2017, 25/2017, 26/2017, 28/2017, 29/2017, 37/2017, 38/2017, 40/2018, 41/2018, 42/2018 y 44/2018, registradas ante el Comité.

adultos a la espera de su expulsión⁸. Las partes no presentaron comentarios en el marco de esta comunicación, pero sí lo hicieron en el marco de la comunicación *J. A. B. c. España*⁹, en la cual la misma intervención de terceros fue presentada. En estos comentarios, ambas partes aclararon que sus comentarios eran aplicables a todas las comunicaciones en las cuales dicha intervención fue presentada.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

9.1 Antes de examinar toda queja formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 20 de su reglamento en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, si la comunicación es admisible.

9.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *ratione personae* de conformidad con el artículo 7, apartados c) y f), del Protocolo Facultativo porque el autor es mayor de edad y no presentó prueba fehaciente documental ni médica que acredite lo contrario. El Comité observa, sin embargo, que el autor afirma haber declarado ser menor de edad a su llegada a España y que presentó ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril una copia de su certificado de nacimiento de Guinea que establecía su minoría de edad, sin haber obtenido respuesta. El Comité también toma nota del argumento del Estado parte de que el certificado de nacimiento presentado por el autor no podía ser considerado como prueba de minoría de edad ya que no contenía datos biométricos. El Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del autor de que, si el Estado parte tenía dudas sobre la validez de su certificado de nacimiento, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Guinea para comprobar la identidad del autor y no lo hizo. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7, apartado c), del Protocolo Facultativo no constituye obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

9.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque: a) podría haber solicitado que se practicaran pruebas médicas adicionales distintas que pudieran probar su minoría de edad; b) podría haber solicitado la revisión de cualquier decisión de la comunidad autónoma en la que no se considera que la persona sea menor de edad, con base en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) podría haber recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa su orden de devolución; y d) podría haber instado un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015. Sin embargo, el Comité observa que el autor presentó ante el Juzgado de Instrucción de Motril su certificado de nacimiento solicitando que se reconsiderara su internamiento en el centro de internamiento de extranjeros; que la Fiscalía consideró que, determinada la mayoría de edad por las pruebas médicas, no procedía su ingreso en un centro de protección de menores; y que finalmente el Juzgado, sin tener en cuenta el certificado de nacimiento del autor, resolvió que no procedía revisar la medida de internamiento basando su decisión únicamente en la determinación médica de la edad del autor. El Comité también toma nota de la alegación del autor de que no se le asignó un abogado durante el proceso de determinación de la edad por lo que no pudo utilizar ninguno de los recursos mencionados por el Estado parte. El Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor del territorio español, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que se prolonguen excesivamente o que no suspendan la ejecución de la orden de expulsión vigente¹⁰. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos

⁸ El resumen de la intervención del Ombudsman de Francia está disponible en *N. B. F. c. España* (CRC/C/79/D/11/2017), párrs. 8.1 a 8.6.

⁹ CRC/C/81/D/22/2017, párrs. 9 y 10.

¹⁰ *N. B. F. c. España*, párr. 11.3; *M. T. c. España* (CRC/C/82/D/17/2017), párr. 12.4; y *R. K. c. España* (CRC/C/82/D/27/2017), párr. 8.3.

invocados hubieran suspendido la deportación del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el artículo 7, apartado e), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

9.4 El Comité considera que las alegaciones del autor basadas en los artículos 18, 27 y 29 de la Convención no han sido suficientemente fundamentadas a los efectos de la admisibilidad y las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7, apartado f), del Protocolo Facultativo.

9.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 3, 8, 12 y 20, párrafo 1, de la Convención, relacionadas con la falta de consideración del interés superior del niño y la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad, respectivamente. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la queja admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1 El Comité ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

10.2 Una de las cuestiones ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien declaró ser menor de edad y presentó su certificado de nacimiento, violó sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, el autor ha alegado que dicho proceso no tomó en consideración el interés superior del niño, tanto por el tipo de prueba médica que sirvió de base para la determinación de su edad, como por la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad.

10.3 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativo la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad¹¹.

10.4 El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual la observación general núm. 6 no impide ni prohíbe la realización de pruebas médicas objetivas de determinación de la edad en personas que aparentan ser mayores, carecen de documentación y alegan ser menores (párr. 6.3 *supra*). Sin embargo, el Comité recuerda que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria¹². Además, en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados:

[p]ara efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños [...] en un idioma que el niño pueda

¹¹ *N. B. F. c. España*, párr. 12.3.

¹² Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 4.

entender. [...] Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando¹³.

10.5 En el presente caso, el Comité observa que: a) con el fin de determinar la edad del autor, que se encontraba indocumentado a su llegada a territorio español, se le sometió a unas pruebas médicas consistentes en una osmometría de muñeca y una ortopantomografía dental, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas; b) como resultado de esas pruebas practicadas, el hospital en cuestión determinó que la edad ósea del autor era de 19 años según el Atlas de Greulich y Pyle y una edad mínima de 18 años según la prueba ortopantomografía dental, sin establecerse ningún margen de desviación posible; c) con base a este resultado médico, las autoridades judiciales del Estado parte resolvieron que el autor continuara en el centro de internamiento de extranjeros bajo la consideración de que el autor era mayor de edad; y d) que las autoridades del Estado parte no consideraron como válido el certificado de nacimiento presentado por el autor.

10.6 Sin embargo, el Comité observa la amplia información que sugiere la falta de precisión de los exámenes oseométricos, que tiene un amplio margen de error y, en consecuencia, no es apropiado como el único método para determinar la edad cronológica de una persona joven que afirma ser menor de edad y presenta documentación acreditativa al efecto.

10.7 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad. Sin embargo, el Comité recuerda su observación general núm. 6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica, que la evaluación deberá basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal¹⁴.

10.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido y que resultó en un informe médico determinando su mayoría de edad. El Comité recuerda que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad, para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchado¹⁵. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial.

10.9 A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, y que presentó prueba acreditativa de ello, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular del examen utilizado para determinar la edad del autor, la ausencia de un representante para acompañarlo durante dicho procedimiento y la desestimación casi automática del valor probatorio del certificado de nacimiento aportado por el autor, sin haber el Estado parte siquiera valorado formalmente sus datos y, en caso de duda, haberlos confirmado con las autoridades consulares de Guinea, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.

10.10 El Comité toma nota también de las alegaciones del autor de que el Estado parte violó sus derechos por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad y una

¹³ *N. B. F. c. España*, párr. 12.4.

¹⁴ Párr. 31, apdo. i).

¹⁵ *A. L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.8. y *J. A. B. c. España*, párr. 13.7.

fecha de nacimiento que no correspondían con la información recogida en su certificado de nacimiento. El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño forma parte de su identidad y que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En este caso, el Comité observa que el Estado parte, aun cuando el autor presentó ante las autoridades españolas copia de su certificado de nacimiento, este no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio a dicho documento, sin un examen previo formal de los datos incluidos en el certificado, realizado por autoridad competente y sin haber alternativamente cotejado los datos del certificado con las autoridades del país de origen del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención.

10.11 Habiéndose concluido la existencia de una violación de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención, el Comité no examinará separadamente la queja del autor relativa a la violación del artículo 20, párrafo 1, de la Convención por los mismos hechos.

10.12 Finalmente, el Comité observa el incumplimiento por el Estado parte de la medida provisional consistente en que se trasladara al autor a un centro de protección de menores. El Comité recuerda que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes tienen la obligación internacional de respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales¹⁶. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa de que el autor es una persona mayor de edad. El Comité también toma nota del riesgo de enviar un potencial niño a un centro que alberga solamente a adultos reconocidos. En consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de la medida provisional solicitada constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

10.13 El Comité de los Derechos del Niño, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

11. Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte, teniendo debidamente en cuenta el hecho de que era un niño no acompañado cuando llegó a España. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. A este respecto, el Comité recomienda al Estado parte:

a) Garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de dichos procesos: i) los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean aceptados como auténticos; y ii) a estos jóvenes se les asigne sin demora un representante legal cualificado u otros representantes de forma gratuita, que los abogados privados designados para representarlos sean reconocidos y que todos los representantes legales u otros representantes tengan permiso para ayudar a estas personas durante dichos procesos;

b) Desarrollar un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los jóvenes migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18 años para que puedan solicitar una revisión de los decretos o decisiones que establezcan la mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado;

¹⁶ *N. B. F. c. España*, párr. 12.11.

c) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre la observación general núm. 6 y las observaciones generales conjuntas núms. 22 y 23 del Comité.

12. Con arreglo a lo establecido en el artículo 11 del Protocolo Facultativo, el Comité desea recibir del Estado parte, a la mayor brevedad y en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Asimismo, pide al Estado parte que incluya información sobre esas medidas en los informes que presente en virtud del artículo 44 de la Convención. Por último, se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité y le dé amplia difusión.
