



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
14 de agosto de 2019

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

Decisión aprobada por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 14/2017* **

<i>Comunicación presentada por:</i>	A. D. (representado por el abogado Albert Parés Casanova)
<i>Presunta víctima:</i>	A. D.
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	17 de marzo de 2017
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	1 de febrero de 2019
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Falta de agotamiento de los recursos internos, abuso del derecho a presentar comunicaciones
<i>Artículos de la Convención:</i>	3, 8, 12, 18, párrafo 2, 20, párrafo 1, 27 y 29
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	7 c), e) y f)

* Aprobada por el Comité en su 80º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2019).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.



1.1 El autor de la comunicación es A. D., ciudadano de Guinea, quien afirma haber nacido el 2 de febrero de 2003. Alega ser víctima de una violación del artículo 3, leído solo y juntamente con los artículos 8, 18, párrafo 2, 20, párrafo 1, 27 y 29 de la Convención¹. El Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones 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 28 de marzo 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 lo trasladara a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

1.3 El 19 de octubre de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, decidió rechazar las solicitudes del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo y de levantar las medidas cautelares otorgadas².

Los hechos según el autor

2.1 El 1 de marzo de 2017, la Policía Nacional española interceptó la patera en la que viajaba el autor cuando pretendía acceder ilegalmente a España. El mismo día de su llegada, el autor, que se encontraba indocumentado, manifestó ser menor de edad.

2.2 El 2 de marzo de 2017, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Almería ordenó la práctica de pruebas médicas para determinar la edad del autor. Dichas pruebas fueron practicadas ese mismo día y consistieron en una radiografía de la mano izquierda. El resultado de la radiografía determinó que la edad ósea del autor era “superior a 18 años según el atlas de Greulich y Pyle (no existe desviación estándar para ese rango de edad)”³.

2.3 Con base en el resultado de la radiografía practicada, el mismo 2 de marzo, la Fiscalía de Menores dictó un decreto mediante el que determinaba que el autor era mayor de edad.

2.4 El mismo 2 de marzo, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería ordenó el ingreso del autor en un centro de internamiento de extranjeros por un período máximo de 60 días, estando pendiente la ejecución de su devolución. El autor fue trasladado al centro de internamiento de extranjeros de Barcelona ese mismo día. En el momento de ingresar a dicho centro, manifestó nuevamente ser menor de edad, por lo que el cuerpo policial del centro envió un fax a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona comunicando su situación. El autor afirma no haber recibido respuesta.

2.5 El autor señala que no dispone de ninguna documentación de identidad debido a que su madre falleció durante el viaje en la patera y su padre fue asesinado en su país de origen.

2.6 El autor sostiene que los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía no son impugnables en sede judicial, según lo confirmado por el Tribunal Constitucional español mediante auto 172/2013, por lo que habría agotado los recursos internos disponibles.

La queja

3.1 El autor sostiene que, durante el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido, no se tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención. Según lo constatado por el Comité, no existe en el Estado parte un protocolo uniforme de protección de los niños no acompañados a nivel nacional. Así, los

¹ Aun sin invocarlo expresamente en la comunicación inicial, el autor alega asimismo una violación del artículo 12 de la Convención (véanse los párrafos 3.4 y 5.4 *infra*).

² Véanse los párrafos 4.1 a 4.7 *infra*.

³ El autor aporta copia de dicho resultado médico del Servicio de Diagnóstico por Imagen del Complejo Hospitalario Torrecárdenas.

métodos utilizados para determinar la edad de esos niños varían según la comunidad autónoma de que se trate⁴.

3.2 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”. Añade que 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. El autor afirma que ese estudio, al igual que otros estudios realizados posteriormente, es meramente valorativo y no fue concebido con el fin de determinar la edad cronológica de una persona. 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, dado que existen factores que influyen en el crecimiento y desarrollo de la persona, como los 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.

3.3 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 personal médico especializado en medicina legal y forense, siendo a menudo los servicios radiológicos los que realizan la evaluación de las pruebas⁵. Por último, la determinación de la edad debe basarse en diversas pruebas y exámenes complementarios. Asimismo, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000⁶, no cabe realizar pruebas de determinación de la edad cuando el niño se encuentre en posesión de documentos de identidad⁷.

3.4 El autor alega ser víctima de una violación del artículo 3, leído juntamente con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, dada la falta de nombramiento de

⁴ El autor cita las observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/3-4), párrs. 27 y 59. El autor cita asimismo la observación general núm. 6 (2005) del Comité, sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 31.

⁵ 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).

⁶ El artículo 35, párrafo 3, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y Su Integración Social, dispone: “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”.

⁷ El autor cita asimismo el informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Consejo General de la Abogacía Española y Banesto titulado “Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España” (2009); y el informe de La Merced Migraciones-Mercenarios, 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 publicado con el título *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009.

un tutor o representante lo antes posible, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del niño no acompañado⁸. El autor sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad sobre la base de pruebas no fiables, ha quedado desamparado y sin la protección debida del Estado parte. Ello lo deja en una situación de vulnerabilidad extrema.

3.5 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 su identidad, en particular teniendo en cuenta que el autor no dispone de referentes familiares en el país de acogida.

3.6 El autor alega que el Estado parte no cumplió con su obligación de protegerle al considerarlo mayor de edad sin ninguna prueba concluyente, en violación del artículo 20 de la Convención.

3.7 Finalmente, el autor 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.

3.8 El autor propone, como posibles soluciones: a) que el Estado parte reconozca la imposibilidad de establecer la edad del autor a través de las pruebas médicas realizadas; b) que se reconozca la posibilidad de recurrir los decretos de determinación de la edad de la Fiscalía ante instancias judiciales; c) que se reconozca el derecho del menor a ser oído a través de persona o institución especializada en derechos del niño, y d) que se reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, incluido el derecho a recibir protección de las administraciones competentes, a gozar de un representante legal, el derecho a la educación, y que se le conceda una autorización de residencia y trabajo que le permita el pleno desarrollo de su personalidad y su integración en la sociedad.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 26 de mayo de 2017, el Estado parte precisa, en relación con los hechos, que el autor accedió ilegalmente a territorio español el 27 de febrero de 2017, fecha en la que la embarcación en la que viajaba fue rescatada por las fuerzas de seguridad españolas⁹. A su llegada, el autor, que carecía de todo documento de identidad, indicó espontáneamente su nombre, el nombre de sus padres, y haber nacido el 1 de diciembre de 1998¹⁰. Fue posteriormente a su entrada que el autor invocó ser menor de edad, razón por la cual, a pesar de no aparentar ser menor de edad, fue sometido a pruebas de determinación de la edad, consistentes en la radiografía de la mano izquierda, conforme al atlas de Greulich y Pyle, y el diagnóstico de edad por un médico. Sobre la base de dichas pruebas, la Fiscalía lo declaró provisionalmente mayor de edad. El 2 de marzo de 2017, el autor ingresó en el centro de internamiento de extranjeros de Barcelona. El 17 de marzo de 2017, presentó varios escritos ante la policía y la Fiscalía Provincial de Barcelona solicitando la práctica de pruebas adicionales para acreditar su minoría de edad. El Juzgado de Instrucción núm. 30 de Barcelona abrió diligencias previas y ordenó la realización de nuevas pruebas de determinación de la edad, que fueron practicadas el 24 de marzo de 2017 y consistieron en reconocimiento físico por médico forense, revisión del estado dentario, pubograma de Tanner, prueba ósea Greulich y Pyle y ortopantomografía. De todas estas pruebas, el autor resultó tener una edad superior a los 18 años, por lo que el juez de instrucción decidió archivar las diligencias previas el 29 de marzo de 2017. El Estado parte

⁸ El autor cita la observación general núm. 6, párr. 21.

⁹ El Estado parte aporta copia de las diligencias previas dictadas por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería el 2 de marzo de 2017, donde consta la fecha de localización referida por el Estado parte.

¹⁰ El Estado parte aporta copia del fax enviado por el Cuerpo Nacional de Policía de Almería al Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería informando del salvamiento de la patera con 32 migrantes subsaharianos y solicitando su ingreso en centros de internamiento de extranjeros. Se adjunta a dicho fax un listado con los nombres, fechas de nacimiento y padres de los migrantes, incluido el autor, cuya fecha de nacimiento indica el 1 de diciembre de 1998.

hace notar que el autor alegó ante la médica forense haber nacido el 2 de febrero de 2003 y tener, por tanto, 14 años¹¹.

4.2 El Estado parte sostiene que la comunicación es inadmisibles por ser manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 7 f) del Protocolo Facultativo, ya que el autor no ha aportado ni una sola prueba médica que demuestre su edad.

4.3 El Estado parte sostiene asimismo que la comunicación es inadmisibles por constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones y por ser incompatible *ratione personae* con la Convención, de conformidad con el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo. El autor no ha aportado ningún documento oficial original fehaciente ni ninguna prueba médica objetiva que acredite su minoría de edad. Tampoco ha aportado ninguna fotografía. Por el contrario, el Ministerio Fiscal ha realizado hasta seis pruebas médicas objetivas que acreditan su mayoría de edad. Al igual que en otros casos registrados ante el Comité, el autor es una persona presuntamente cercana a la mayoría de edad, que aparenta ser mayor de edad y que ha pasado, previo consentimiento, pruebas médicas objetivas en España que certifican su mayoría de edad; que no presenta ningún documento de identidad original con datos biométricos ni pruebas médicas que desmientan las practicadas, a pesar de estar representado por abogados con recursos para ello; y que no manifiesta cuáles serían las pruebas médicas adecuadas. Por último, el Estado parte cita el caso *M. E. B. c. España*¹² presentado ante el Comité, cuyo autor sostenía ser menor de edad pese a la existencia de una prueba radiológica que concluía que tenía 18 años. Tras averiguaciones policiales realizadas por España en el país de origen del autor, se determinó que este había intentado suplantar una identidad ajena y que tenía realmente 20 años. El Estado parte advierte sobre las “mafias que trafican y se lucran con la inmigración ilegal, incitando a las personas a abandonar sus países en pos de una incierta y falsa bonanza en Europa”, y que frecuentemente recomiendan a estas personas desamparadas que no lleven consigo o que oculten documentos de identidad y que aleguen, cuando puedan, ser menores de edad.

4.4 El Estado parte sostiene asimismo que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo por falta de agotamiento de los recursos internos, dado que: a) la determinación de la edad puede ser revisada mediante la presentación de nuevas pruebas objetivas (documentos de identidad con datos biométricos o pruebas médicas objetivas), en cuyo caso el Ministerio Fiscal puede acordar que se practiquen nuevas diligencias de investigación para determinar la edad de la persona; b) se puede solicitar la determinación judicial de la edad; y c) la orden de devolución también puede ser recurrida en vía administrativa y judicial.

4.5 El Estado parte informa que, una vez excedido el plazo máximo de 60 días de internamiento en un centro de internamiento de extranjeros sin haberse ejecutado la orden de expulsión, el autor fue puesto en libertad, encontrándose actualmente residiendo en un centro de acogida de la Fundación Cepaim en Teruel.

4.6 El Estado parte sostiene que se ha vuelto a examinar la situación del autor de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, habiéndose concluido que: a) existen varias pruebas objetivas —radiografía de la mano izquierda y examen físico¹³— realizadas por médicos especializados bajo supervisión fiscal y judicial, de las que resulta que el comunicante es mayor de edad; b) no se ha aportado ninguna prueba documental que demuestre una edad distinta; y c) la devolución del autor a su país de origen, donde tiene arraigo personal y familiar, no evidencia ningún riesgo irreparable para él ni constituye una circunstancia excepcional.

4.7 El Estado parte informa sobre la aplicación de un protocolo específico para el caso de presuntos menores no acompañados¹⁴, conforme al cual, si un inmigrante en situación

¹¹ El Estado parte aporta copia del informe médico de 28 de marzo de 2017, en el que consta dicha declaración.

¹² *M. E. B. c. España* (CRC/C/75/D/9/2017).

¹³ No se aporta copia del resultado del examen físico practicado.

¹⁴ Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del

irregular alega ser menor de edad no acompañado y aparenta claramente ser menor de edad, es confiado inmediatamente a las autoridades de protección de menores y registrado en el Registro de Menores No Acompañados. Si, a pesar de alegar ser menor, se evidencian dudas visibles de su apariencia física, se practican inmediatamente, previo consentimiento informado del interesado, pruebas médicas de determinación de la edad, conforme a los criterios aceptados por la comunidad médica forense. El resultado de dichas pruebas —que se interpretan en el sentido más favorable al inmigrante— es el que se tiene en cuenta para considerar si se aplican en lo sucesivo las disposiciones específicas de protección de menores.

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

5.1 En sus comentarios de 11 de julio de 2017, el autor confirma que, a su llegada a España, manifestó espontáneamente su nombre, el nombre de sus padres y su fecha de nacimiento. Sostiene que llegó en una embarcación en pésimas condiciones físicas y mentales. Añade que el Estado parte no ha indicado ningún tipo de registro o documento donde conste la fecha de nacimiento que supuestamente invocó el autor. Añade que los menores que llegan en embarcaciones a España desconocen la normativa aplicable y los derechos de los menores de edad en ese país. Al contrario, existe la convicción de que si manifiestan ser menores de edad serán devueltos con mayor celeridad, por lo que en ocasiones manifiestan ser mayores de edad sin serlo. Añade que el Estado parte dio más valor a la primera manifestación de edad del autor que a la segunda sin ningún tipo de justificación.

5.2 El autor hace notar que el Estado parte sigue basándose en la apariencia del autor como criterio para determinar la edad, lo cual demuestra la falta de profesionalidad y rigor en la defensa de los derechos de los menores extranjeros y la falta de presunción de la condición de menor de edad, a pesar de que la legislación interna establece dicho principio¹⁵. El autor hace notar que los servicios de protección de menores tienen que velar por el menor mientras no se declare su mayoría de edad, es decir, mientras no se demuestre de forma fehaciente y mediante resolución administrativa firme su mayoría de edad.

5.3 El autor insiste en la falta de fiabilidad de las pruebas médicas practicadas, las cuales no pueden considerarse objetivas ni constituir la única base para determinar la edad de una persona. El autor sostiene que no se respetó su derecho a la presunción de minoría de edad, según lo dispuesto en la observación general núm. 6 del Comité¹⁶. Los niños extranjeros no acompañados deben ser puestos a disposición de los servicios de protección de menores incluso antes de la determinación de su edad.

5.4 El autor hace notar que, si bien se le nombró un abogado de oficio —como persona mayor de edad— para tramitar el procedimiento de devolución en su contra, no se le nombró en ningún momento un representante para defender sus intereses en tanto que menor de edad y libremente designado, en violación del artículo 12 de la Convención¹⁷.

5.5 El autor señala que no recurrió contra el decreto de determinación de la edad emitido por el Ministerio Fiscal debido a que no existe ningún recurso posible contra esos decretos. Si bien se pueden recurrir otros actos administrativos que inciden indirectamente en la determinación de la edad, no se puede recurrir la decisión de la Fiscalía sobre la determinación de la edad.

Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 16 de octubre de 2014.

¹⁵ El autor cita el artículo 35, párrafo 3, de la Ley Orgánica 4/2000, que dispone, en su parte pertinente, que “a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se la 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”.

¹⁶ El autor cita el párrafo 31 i) de la observación general núm. 6, así como la resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE, párr. 51.

¹⁷ El autor cita asimismo la observación general núm. 6, párr. 25.

5.6 El autor señala que, a la luz de las múltiples comunicaciones presentadas ante el Comité por parte de varias organizaciones españolas, se puede hablar de que existen en el Estado parte violaciones sistemáticas en el sentido del artículo 13 del Protocolo Facultativo.

5.7 El autor hace notar que el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados ha sido impugnado ante el Tribunal Supremo ya que muchos de sus artículos se consideran inconstitucionales. En particular, dicho Protocolo permite, en el caso de niños en posesión de un pasaporte, dejar sin efecto dicho pasaporte si la persona aparenta ser mayor de edad. El autor indica que, por el contrario, el Tribunal Supremo ha determinado 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”.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

6.1 En sus observaciones de 19 de febrero de 2018, el Estado parte señala que el autor no ha aportado prueba alguna que demuestre que sus facultades mentales estuvieran afectadas en el momento de su llegada a España. La fecha de nacimiento declarada a su ingreso en España consta en la documentación aportada, incluida la solicitud de ingreso en un centro de internamiento de extranjeros realizada por la Policía Nacional¹⁸, así como la ficha personal de ingreso en el centro de internamiento de extranjeros de Barcelona¹⁹.

6.2 El Estado parte reitera sus argumentos de inadmisibilidad y mantiene que un criterio mínimo para la admisión de comunicaciones con arreglo al Protocolo Facultativo debe ser que se presente una mínima prueba de que el autor es un niño.

6.3 El Estado parte señala que, si bien la determinación provisional de la edad por el Ministerio Fiscal no es revisable judicialmente, el propio Ministerio Fiscal puede acordar la práctica de nuevas diligencias de investigación cuando se presenten nuevas pruebas objetivas. Asimismo, se puede solicitar al juez civil del lugar de internamiento que revise cualquier decisión de la comunidad autónoma en la que no se considere al autor menor de edad. Se puede asimismo recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la orden de devolución y contra la eventual denegación de asilo. Por último, se puede instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En este sentido, según lo manifestado por el Tribunal Constitucional, la determinación de la edad realizada por el Ministerio Fiscal es meramente “provisionalísima”, por lo que puede solicitarse la determinación definitiva de la edad en sede judicial.

6.4 El Estado parte sostiene que la queja del autor es genérica y aparentemente basada en la premisa de que toda práctica de pruebas médicas para la determinación de la edad cuyo resultado arroje que la persona sea mayor de edad implica una violación de la Convención. El Estado parte sostiene que 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. El artículo 35 de la Ley 4/2000 establece que se dará atención inmediata conforme a la legislación de protección jurídica del menor al “extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”. Es decir, que se presume la minoría de edad, aun cuando se carezca de documentación, si la persona aparenta ser menor. Sin embargo, cuando la persona indocumentada aparenta ser claramente mayor de edad, las autoridades pueden legalmente considerarla como tal sin necesidad de practicar prueba alguna. No obstante, en el presente caso, las autoridades ofrecieron al autor la oportunidad —previo consentimiento informado— de someterse a pruebas médicas objetivas de determinación de la edad. El Estado parte añade que el autor critica las pruebas a las que fue sometido, pero sin proponer qué pruebas alternativas debieran haberse practicado.

¹⁸ Véase la nota 10 *supra*.

¹⁹ En dicha ficha, de 2 de marzo de 2017, expedida por la policía del centro de internamiento de extranjeros de Barcelona y firmada por el autor, consta la fecha de nacimiento del autor como 1 de diciembre de 1998, junto con otros datos personales y su foto.

6.5 El Estado parte mantiene que, a falta de prueba fehaciente sobre su minoría de edad, y sobre la exclusiva base de su declaración, no procedía mantener al autor en un centro con personas menores de edad, dado que ello podría poner en grave peligro a estas últimas.

6.6 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, el Estado parte hace notar que el autor ha omitido informar que fue rescatado por autoridades españolas cuando se encontraba a bordo de una frágil embarcación; que fue atendido por servicios sanitarios a su llegada a territorio español, y por abogado e intérprete gratuitos; que 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; y que en la actualidad el autor se encuentra en libertad, beneficiándose de asistencia social. En consecuencia, el Estado parte señala que difícilmente puede hablarse de un defecto de asistencia legal o de desamparo del autor, aun si este hubiera sido menor de edad, que no es el caso.

6.7 En cuanto a las alegaciones del autor basadas en su derecho a la identidad, el Estado parte señala que es el representante del autor quien ha vulnerado su derecho a la identidad puesto que a la fecha no ha aportado ningún documento de identidad oficial a su nombre. Sin embargo, las autoridades españolas registraron la identidad del autor declarada tan pronto como fue salvado en alta mar y accedió ilegalmente a suelo español.

6.8 Finalmente, el Estado parte sostiene que el autor fue atendido por el Estado hasta que transcurrió el período máximo de internamiento, momento en que fue puesto en libertad y pasó a beneficiarse de una asistencia concertada y de cobertura sanitaria, por lo que no se habría vulnerado su derecho al desarrollo.

6.9 En cuanto a las medidas de reparación solicitadas, el Estado parte observa que resulta paradójico que el autor solicite una autorización de trabajo si tiene 14 años, edad en que ningún niño español puede trabajar porque ello atentaría contra su derecho a la educación. Ello revela que el representante del autor sabe implícitamente que se trata de un mayor de edad que pretende permanecer en España para realizar una actividad laboral retribuida.

Intervención de terceros²⁰

7.1 El 3 de mayo de 2018, el *ombudsman* de Francia presentó una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad. El *ombudsman* sostiene que los procesos de determinación de la edad deben gozar de las garantías necesarias para asegurar el respeto al mejor interés del niño. Según un informe del Consejo de Europa de 2017, las garantías procesales reconocidas por los tratados internacionales y europeos no se respetan de forma coherente en todos los Estados parte²¹.

7.2 Solo se deberían iniciar procedimientos de determinación de la edad en caso de duda seria sobre la edad de una persona, dado que la edad debería verificarse basándose en documentos o declaraciones de la persona afectada. En estos procedimientos, los Estados no deberían considerar solamente la apariencia física de la persona, sino también su madurez psicológica, debiendo adoptar un enfoque multidisciplinario. En caso de que persistiera la duda una vez concluido el procedimiento, debería darse el beneficio de la duda a la persona afectada.

7.3 No existen reglas ni acuerdos comunes sobre determinación de la edad en los Estados europeos. Varios Estados combinan pruebas médicas y no médicas. Las pruebas médicas practicadas incluyen radiografías de la muñeca izquierda (23 Estados), radiografías dentales (17 Estados), radiografías de la clavícula (15 Estados), observación dental (14 Estados), o estimaciones basadas en la apariencia física (12 Estados). Aunque la determinación de la edad ósea es común, no es fiable y afecta a la dignidad y la integridad

²⁰ 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.

²¹ D. Wenke, *Age assessment: Council of Europe member States' Policies, Procedures and Practices Respectful of Children's Rights in the Context of Migration*, Consejo de Europa, 2017, pág. 6.

física de los niños. Esa determinación no presenta ninguna indicación médica, según lo confirmado por el Colegio Real de Radiólogos de Londres. En una resolución de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, el Parlamento Europeo condenó asimismo el carácter inadecuado e invasivo de las técnicas médicas utilizadas para determinar la edad basadas en la edad ósea, las cuales pueden ser traumáticas, presentar amplios márgenes de error y se practican en ocasiones sin el consentimiento del niño.

7.4 El método Greulich y Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante, compuesta en su mayoría por adolescentes del África Sahariana, Asia o Europa del Este que huyen de sus países de origen, a menudo en condiciones socioeconómicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socioeconómica de la persona, lo cual justifica que este método sea inapto para determinar la edad de la población no europea²². Este método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre los 15 y los 18 años²³. Según el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrece meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Esta interpretación de la información puede además variar de un país a otro, o de un especialista a otro²⁴. El Comité también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea²⁵.

7.5 El *ombudsman* recomienda, en consecuencia: a) que la determinación de la edad tenga un enfoque multidisciplinario y que las pruebas médicas sean usadas como último recurso cuando hay motivos serios para dudar de la edad; b) que el niño sea informado y se le ofrezca la posibilidad de prestar su consentimiento previo; c) que se presuma que la persona es un niño durante el proceso de determinación de la edad, y que se adopten medidas de protección, como la designación de un representante legal encargado de asistirle durante todo el procedimiento; d) que la prueba se practique con estricto respeto a los derechos del niño, incluido a su dignidad y su integridad física; e) que se respete el derecho del niño a ser oído; f) que en caso de duda persistente al final del procedimiento, se le dé el beneficio de la duda; g) que no se deniegue una solicitud de protección exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas; y h) que exista un recurso efectivo para impugnar una decisión basada en un procedimiento de determinación de la edad.

7.6 El *ombudsman* recuerda que la detención de niños migrantes, aunque sea por períodos cortos o para fines de determinación de la edad, está prohibida por el derecho internacional y que los Estados deberían recurrir a medidas alternativas. Los Estados deberían prohibir la privación de libertad de los niños o su detención en centros para

²² Véase M. Mansourvar y otros, “The applicability of Greulich and Pyle atlas to assess skeletal age for four ethnic groups”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol. 22 (febrero de 2014), págs. 26 a 29.

²³ El *ombudsman* cita, entre otros, T. Smith y L. Brownlees, *Las prácticas de evaluación de la edad: una revisión de la literatura y bibliografía comentada*, UNICEF, 2011; Academia Nacional de Medicina de Francia, “Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l’âge à des fins judiciaires et la possibilité d’amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés”, *Bulletin de l’Académie nationale de médecine*, vol. 191, núm. 1 (enero de 2007), págs. 139 a 142; y S. Depallens y otros, “Détermination de l’âge des jeunes migrants. Position de la Société Suisse de Pédiatrie”, *Paediatrica*, vol. 28, núm. 2 (2017), pág. 3.

²⁴ Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Human Rights Comments, “Methods for assessing the age of migrant children must be improved” (2011).

²⁵ Observación general núm. 6 y 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 los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

adultos²⁶. Se debería informar inmediatamente a los servicios de protección de la infancia para que estos puedan valorar las necesidades de protección del niño²⁷.

Comentarios de las partes sobre la intervención de terceros

8. En sus comentarios de 1 de agosto de 2018, el autor sostiene que la intervención reafirma que el método utilizado para determinar su edad no fue apropiado dado el amplio margen de error, en particular en su grupo de edad. Los Institutos de Medicina Legal españoles también han afirmado lo mismo y han elaborado recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados²⁸.

9.1 En sus observaciones de 3 de agosto de 2018, el Estado parte señala que ninguno de los casos registrados contra España ante el Comité concierne a personas detenidas. A los autores en estas comunicaciones se les ofrece la opción de quedarse en centros abiertos mientras sus casos administrativos/judiciales siguen en curso. Añade que ninguno de estos casos concierne a solicitantes de asilo, sino a migrantes económicos.

9.2 El test Greulich y Pyle no es la única prueba utilizada en España. En otras comunicaciones ante el Comité, los autores habían sido sometidos hasta a cinco pruebas médicas de determinación de la edad. Asimismo, las pruebas médicas solo se practican cuando la persona no aparenta ser un niño. El Tribunal Supremo ha determinado que cuando una persona se encuentra en posesión de un pasaporte o documento similar, no se la someta a pruebas de determinación de la edad. Sin embargo, también hizo notar que, si existe una justificación razonable para cuestionar la validez de dichos documentos o si los mismos han sido declarados inválidos por las autoridades competentes, el niño no se considerará “documentado” y podrá estar sujeto a dichas pruebas en caso de duda. El Estado parte añade que se desprende de esta interpretación que un menor no acompañado solamente podrá ser considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo, lo cual no es el caso en ninguna de las comunicaciones pendientes ante el Comité. En consecuencia, los autores de esas comunicaciones deben considerarse como indocumentados. Además, su apariencia física no era la de un menor, razón por la cual se les sometió a pruebas de determinación de la edad. En algunos casos, el autor había inicialmente afirmado ser mayor de edad y posteriormente declaró ser menor. En otros, los autores habían sido reconocidos como niños por las autoridades españolas y, sobre esa base, el Comité había archivado el caso. En otro caso, las autoridades del país de origen del autor habían confirmado que el autor era adulto, habiéndose también archivado. Ello demuestra la veracidad de las pruebas médicas practicadas.

9.3 El Estado parte reitera que poner a personas declaradas adultas con base en pruebas médicas en centros de protección de menores podría poner en peligro a los niños en esos centros.

9.4 Cuando la persona aparenta ser menor o se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad con datos biométricos, no se la somete a pruebas de determinación de la edad. Finalmente, el *ombudsman* de Francia no especifica qué pruebas de determinación de la edad deberían utilizarse.

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Tarakhel v. Switzerland*, demanda núm. 29217/12.

²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, demandas núms. 25794/13 y 28151/13.

²⁸ El autor adjunta “Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (2010)”, cuyo objetivo es “la normalización y armonización de las condiciones mínimas exigibles a los informes periciales, así como de la interpretación de los márgenes de error que se derivan de la distribución normal y la variabilidad del desarrollo madurativo individual. Se propone que la estimación de la edad se realice en Institutos de Medicina Legal por facultativos experimentados sometidos a supervisión, tras obtener el consentimiento informado del presunto menor” (*Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1 (enero-marzo de 2011), pág. 22).

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

10.1 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.

10.2 El Comité observa que el objeto de la presente comunicación consiste en analizar si el procedimiento al que fue sometido el autor para determinar su edad gozó de las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención.

10.3 Sin embargo, antes de entrar a pronunciarse sobre la cuestión de fondo, el Comité debe analizar si existen elementos de prueba en el expediente que demuestren que el autor, un joven indocumentado que alega ser menor de edad en el momento de los hechos, no pueda presumirse como tal²⁹. En este sentido, el Comité toma nota del argumento del Estado parte de que, en el momento de su llegada a España, el autor indicó espontáneamente su nombre, el nombre de sus padres y su fecha de nacimiento el 1 de diciembre de 1998, según consta en dos documentos oficiales (véase el párrafo 6.1 *supra*). Según estas declaraciones, el autor habría alcanzado la mayoría de edad antes de su llegada a España. El autor parece reconocer en sus comentarios de 11 de julio de 2017 (véase el párrafo 5.1 *supra*) haber manifestado en el momento de su llegada haber nacido el 1 de diciembre de 1998, afirmando encontrarse en pésimas condiciones mentales debido al viaje realizado. Sin embargo, el Comité observa que el autor no ha ofrecido ninguna explicación convincente que justifique en qué medida las duras condiciones de su viaje en patera le hubieran llevado a alegar una fecha de nacimiento supuestamente errónea a su llegada. El Comité observa asimismo que el resto de información declarada por el autor en ese momento —incluido el nombre de sus padres— fue correcta y que tampoco ha aportado prueba alguna de haber sufrido una afectación mental tal en el momento de su llegada que le hubiera hecho olvidar su fecha de nacimiento y dar una fecha con cinco años de diferencia.

10.4 El Comité considera que los Estados parte deben otorgar el beneficio de la duda a los jóvenes que, a pesar de carecer de documentos de identidad, afirman ser menores de edad, presumiéndoles y tratándoles como tales mientras su mayoría de edad no pueda ser establecida con certidumbre mediante pruebas fiables. Sin embargo, el Comité observa que, en el presente caso, existen serias inconsistencias o divergencias acerca de las propias afirmaciones del autor sobre su edad ante las autoridades españolas y ante el propio Comité, sin que el autor haya ofrecido ninguna explicación razonable para justificar dichas divergencias. En particular, el Comité observa que el autor omitió en la comunicación inicial señalar que habría declarado ser mayor de edad ante la Policía Nacional española en el momento de su llegada. El autor tampoco ha explicado por qué habría validado su fecha de nacimiento como el 1 de diciembre de 1998, según consta en la ficha de ingreso al centro de internamiento de extranjeros de Barcelona, firmada por él el 2 de marzo de 2017 (véase el párrafo 6.1 *supra*), a pesar de haber indicado en su comunicación inicial que manifestó ser menor de edad en el momento de su ingreso a dicho centro.

10.5 A la luz de todo lo anterior, el Comité concluye que las inconsistencias del autor en sus alegaciones relativas a su edad, que no han sido debidamente justificadas, son suficientes para desvirtuar la presunción de minoría de edad en el presente caso.

10.6 En consecuencia, el Comité concluye que la comunicación es incompatible con las disposiciones de la Convención en tanto que instrumento que protege los derechos de los niños y las niñas, y es inadmisibles de conformidad con el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo.

²⁹ Véase, en este sentido, *N. B. F. c. España* (CRC/C/79/D/11/2017), párr. 11.2.

11. El Comité decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo;
 - b) Que la presente decisión será transmitida al autor de la comunicación y, para información, al Estado parte.
-