



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
10 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. 21/2017* ***

Comunicación presentada por: A. D. (representado por la organización no gubernamental Fundación Raíces)

Presunta víctima: El autor

Estado parte: España

Fecha de la comunicación: 2 de junio de 2017

Fecha de adopción del dictamen: 4 de febrero de 2020

Asunto: Procedimiento de determinación de la edad de niño no acompañado

Cuestiones de procedimiento: Falta de agotamiento de recursos internos, abuso del derecho a presentar comunicaciones, incompatibilidad *ratione personae*, falta de fundamentación de la queja

Artículos de la Convención: 3; 8; 12; 18, párrafo 2; 20; 27 y 29

Artículos del Protocolo

Facultativo: 6; 7, apartados 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, Cephas 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 A. D., ciudadano maliense nacido el 30 de abril de 2000. Alega ser víctima de una violación de los artículos 3; 8; 12; 18, párrafo 2; 20; 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 7 de junio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender la ejecución de la orden de expulsión contra el autor mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité, así como trasladarlo a un centro de protección de menores.

1.3 El 18 de diciembre de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité y de conformidad con el artículo 18, párrafo 5, de su reglamento en relación con el Protocolo Facultativo, decidió rechazar la solicitud del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo.

Los hechos según el autor

Llegada a España y acciones emprendidas para que sea tutelado

2.1 El 10 de marzo de 2017, el autor fue detenido por la policía nacional cuando pretendía entrar en el Estado parte a bordo de una patera, de forma ilegal. Aunque no disponía de documentación alguna, el autor manifestó que era menor de edad. Sin embargo, no solo no se le prestó ayuda, sino que la Fiscalía de Protección de Menores de Almería ordenó la realización de pruebas médicas, conocidas como Greulich y Pyle, para determinar su edad. Según el informe médico fechado el 10 de marzo de 2017, el autor poseía una edad ósea de entre 18 y 19 años.

2.2 El mismo día, 10 de marzo de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Almería ordenó la devolución del autor a su país de origen y, el 11 de marzo, ordenó su ingreso a un centro de internamiento de extranjeros por un período máximo de 60 días para que se procediera a ejecutar la orden de devolución. Al ser ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid, el autor volvió a manifestar que era menor de edad. El 7 de abril de 2017, el autor, presentando copia oficial de su certificado de nacimiento, notificó a cinco autoridades estatales diferentes¹ que, aun siendo menor de edad, había sido internado en un centro para extranjeros mayores de edad.

2.3 El 20 de abril de 2017, el Juzgado núm. 6 de Almería ordenó el cese del internamiento del autor para su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores. Al día siguiente, el autor ingresó en el Centro de Primera Acogida de Hortaleza (un centro de protección de menores de Madrid).

Determinación de su mayoría de edad por el Estado parte

2.4 La Fiscalía de Protección de Menores citó al autor para que se realice, el 9 de mayo de 2017, pruebas médicas para determinar su edad. El autor acudió a la cita con asistencia letrada de la Fundación Raíces, rehusándose a realizar dichas pruebas. Ello así, pues contaba con documentos oficiales de su país que acreditaban su edad y cuya validez podría comprobarse en la embajada correspondiente. El mismo día, la Fiscalía emitió un decreto por el cual afirmaba que el autor era mayor de edad, por haberse este negado a realizar las pruebas de determinación de la edad y por no considerar veraces los documentos de los cuales el autor disponía. El 12 de mayo de 2017, el autor obtuvo de la Embajada de Malí un resguardo de haber solicitado su pasaporte.

2.5 El 16 de mayo de 2017, la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid expulsó al autor del sistema de protección en virtud del decreto de la Fiscalía, dejándolo en situación de desamparo. Ante esta decisión, la Fundación Raíces presentó dos escritos ante el Juzgado núm. 6 de Almería, notificándolo de la situación del

¹ La Fiscalía de Protección de Menores de Madrid; la Fiscalía de Protección de Menores de Almería; el Servicio de Protección de Menores de Madrid; el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Almería; y la Policía de Almería.

autor y solicitando su mantenimiento en el sistema de protección de menores. El Juzgado emitió dos resoluciones, los días 26 y 31 de mayo de 2017, respectivamente, ratificando que su resolución del 20 de abril de 2017 era firme. Mientras tanto, el autor se encontraba en situación de calle, sin atención por parte del sistema de protección de menores y sin posibilidad de recurrir el decreto de la Fiscalía de Protección de Menores que determinó su mayoría de edad.

La queja

3.1 El autor sostiene que, debido a la falta de reconocimiento de validez de su documentación de identidad original y oficial emitida por su país de origen, y frente a su negativa a someterse a pruebas innecesarias de determinación de su edad, fue erróneamente considerado mayor de edad, quedando desamparado y sin protección del Estado parte, viviendo en la calle, y en riesgo de ser expulsado. El autor alega que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional², los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía son irrecubrables de forma directa, y que por ende los recursos disponibles no son efectivos para cuestionar la determinación de su edad.

3.2 El autor alega que el Estado parte no tomó en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la Convención. El autor cita observaciones finales sobre el Estado parte según las cuales el Comité expresa preocupación por la no existencia de un examen del interés superior del niño y por las disparidades en los métodos de determinación de la edad de los niños no acompañados³. El autor cita el párrafo 31 de la observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, para alegar la vulneración de este principio por la Fiscalía, que no respetó la presunción de minoría de edad y no otorgó el beneficio de la duda, incluso frente a su documentación oficial. El autor presenta diversos estudios para alegar que las estimaciones médicas utilizadas en el Estado parte y en particular la utilizada con el autor poseen un alto margen de error pues los estudios que las llevaron a cabo fueron basados en otras poblaciones con características raciales y socioeconómicas muy diferentes. El autor entiende que el principio del interés superior del niño no ha sido tenido en cuenta, en violación del artículo 3 de la Convención, toda vez que se hizo primar la negativa del autor a realizar un test inexacto por sobre un documento público cuya veracidad es puesta en duda por el Estado parte, pero no impugnada formalmente ante las autoridades del Estado emisor.

3.3 El autor alega asimismo una violación del artículo 3 de la Convención leído conjuntamente con su artículo 18, párrafo 2, debido a la ausencia de nombramiento de un tutor que pueda velar por sus intereses, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del menor no acompañado⁴. También sostiene la vulneración del artículo 3, párrafo 2, en relación con el artículo 20, párrafo 1, debido a la ausencia de protección del Estado parte frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante y no acompañado. En definitiva, el autor sostiene que el interés superior del menor debe primar sobre el orden público de extranjería y que frente a un menor con documentación válidamente expedida por su país de origen, el Estado parte ha de poner en marcha su maquinaria administrativa y nombrar un tutor de manera automática⁵.

3.4 El autor sostiene también que el Estado parte ha violado su derecho a la identidad, reconocido en el artículo 8 de la Convención, al señalar que la edad constituye un aspecto

² Auto 172/2013 de 9 de septiembre de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.

³ CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 59.

⁴ El autor cita la observación general núm. 6.

⁵ El autor cita Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), La Merced-Migraciones-Mercedarios, Save the Children, Baketik, ACCEM, Cátedra Santander de Menores de la Universidad de Comillas, “Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España” (2009), pág. 96: “Tan pronto como se identifique a un menor extranjero no acompañado [...] deberá contar con un tutor o representante legal con los conocimientos necesarios capaces de garantizar los intereses del niño y la atención apropiada de sus necesidades legales, sociales, médicas y psicológicas”.

fundamental de la identidad y que el Estado parte tiene el deber de no interferir en ella. Más aún, la obligación del Estado parte incluye el deber de conservar y rescatar los datos de la identidad del autor que todavía subsistan o que puedan subsistir. Sin embargo, el Estado parte le ha atribuido una edad que no tiene y una fecha de nacimiento que no se corresponde con la que recoge la documentación acreditativa de su identidad.

3.5 El autor alega además una violación a su derecho a ser escuchado consagrado en el artículo 12 de la Convención, destacando también que la ley nacional prevé la protección de tal derecho. En este sentido, destaca que, según el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor,

[e]l menor tiene derecho a ser oído y escuchado [...]. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. [...] Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente.

3.6 El autor alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención debido a la falta de protección y la exclusión social que ha sufrido como consecuencia de las decisiones y acciones del Estado parte. El autor alega que no ha sido protegido por el Estado parte al haberlo considerado mayor de edad sin ninguna prueba concluyente y cita la observación general núm. 6 según la cual este derecho debe ser interpretado teniendo en cuenta las circunstancias en que se encuentra el menor, su edad, su origen étnico, cultural y lingüístico.

3.7 Por otra parte, el autor alega ser víctima de violación de los artículos 27 y 29 de la Convención, por no haberse permitido su correcto desarrollo en todas sus facultades. Entiende el autor que la falta de un tutor que lo guíe implica que no pueda desarrollarse de una manera adecuada a su edad⁶.

3.8 El autor propone, como posibles soluciones, que: a) el Estado parte reconozca la presunción de minoría de edad del autor de acuerdo a su partida de nacimiento que se está utilizando para la obtención de su pasaporte; b) el Estado parte reconozca que la mera negativa a someterse a pruebas de edad no puede determinar la mayoría de edad; c) tanto la Fiscalía como la entidad de protección de menores den cumplimiento inmediato y sin dilaciones al auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Almería que ordenó el ingreso del autor al sistema de protección de menores; d) se reconozca la posibilidad de recurrir de forma directa los decretos de determinación de la edad ante instancias judiciales; e) se reconozca el derecho del menor a ser oído a través de persona o institución especializada en derecho de los menores; y e) se le reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, 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 en la sociedad.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

Relato de los hechos

4.1 En sus observaciones de 9 de agosto de 2017 sobre la admisibilidad de la comunicación, el Estado parte hace notar que los hechos presentados por el autor son parciales e inexactos. Indica que las únicas fotos del autor que acepta son las que fueron tomadas oficialmente al momento de su rescate y puestas a disposición judicial, impugnando expresamente las fotografías aportadas por el autor⁷.

4.2 El Estado parte explica que, luego de ser detenido en la comisaría de Almería para su identificación, se le informaron al autor de manera clara y comprensible sus derechos en presencia del intérprete⁸. Al procederse a su identificación, el autor, que carecía de

⁶ El autor cita la observación general núm. 6, párr. 44.

⁷ El Estado parte aporta tres fotos del autor tomadas el 10 de marzo de 2017; el autor aporta también una foto carnet tomada el 12 de mayo de 2017.

⁸ El Estado parte no aporta documentación que acredite estos hechos.

documentación, declaró voluntariamente llamarse A.D., haber nacido el 1 de enero de 2000 en Gambia y ser hijo de Stoy (padre) y Roukia (madre). Al haber alegado ser menor de edad, se le ofreció la práctica de pruebas para la determinación de edad, para las cuales el autor presentó su consentimiento expreso e informado⁹, por lo que se procedió a realizar la radiografía de la mano izquierda del autor que determinó que su edad ósea estimada era de 18 o 19 años de edad, sin que exista desviación estándar para ese rango de edad.

4.3 En virtud de dichas pruebas médicas el Fiscal Provincial de Almería dictó el 10 de marzo de 2017 un decreto determinando “provisionalismamente” la mayoría de edad del autor. La decisión de devolución tomada ese mismo día fue notificada personalmente al autor, contando con asistencia letrada, e informándole de la posibilidad de interponer recurso jurisdiccional contra ella.

4.4 El 30 de marzo el autor comenzó a ser representado por la Fundación Raíces, que presentó lo que dice ser actas de registro de nacimiento del autor, solicitando que se cambie el internamiento en el centro de internamiento de extranjeros por la puesta a disposición del autor a las autoridades de protección de la infancia. El Estado parte alega que las actas presentadas: a) no incluían datos biométricos que acreditaran que correspondiesen al autor; b) no se trataba de una inscripción de nacimiento practicada en el pasado, sino que era un levantamiento de constancia de una declaración del presunto padre realizada sin contradicción que había tenido lugar después de la entrada ilegal del autor al territorio del Estado parte; y c) afirman datos distintos a los que el autor proveyó al momento de su detención, a saber: i) dice que el autor nació en Malí, no en Gambia, ii) que el nombre de su padre es Sidy, en vez de Stoy, iii) el nombre de su madre es Rokia, en vez de Roukia, y iv) la fecha de nacimiento es el 31 de abril de 2000¹⁰, y no el 1 de enero de 2000.

4.5 El Estado parte alega que, ante las dudas sobre su mayoría de edad, el juez de instrucción acordó que, mientras se revisaba la determinación de edad correcta, la persona saliera del centro de internamiento de extranjeros y se procediera a su “puesta a disposición de los servicios de protección de menores”. Una vez en el Centro Abierto de Primera Acogida de Menores Hortaleza, en Madrid, se practicó, el 3 de mayo de 2017 y con ayuda de intérprete, una entrevista en la cual se destacó que el autor: a) dijo que nació el 27 de abril de 2000 (durante su detención dijo que había nacido el 1 de enero de 2000 y en el acta de nacimiento dice que nació el 31 de abril de 2000¹¹); b) dijo que mintió sobre su nacionalidad (Gambia) porque sabía que este era un país en guerra donde no le podrían repatriar; y c) dijo que llegó al territorio del Estado parte a través de varias mafias de inmigración ilegal, a las que pagó para ello.

4.6 El Estado parte sostiene que con la finalidad de determinar si efectivamente era o no mayor de edad, ante las dudas planteadas al respecto por la documentación no fehaciente aportada que contradice la única prueba médica objetiva practicada, se volvió a citar al autor a la Fiscalía para que prestara su consentimiento para la práctica de pruebas objetivas de determinación de edad adicionales (ortopantomografía dental, prueba de osificación de clavícula y exploración física por el médico forense). El autor, asistido por su letrado, se negó a la práctica de las pruebas. A la vista de la negativa a practicar las pruebas, y dado que no había documentación oficial de identidad fehaciente con datos biométricos, la Fiscalía dictó un decreto el 9 de mayo de 2017 mediante el cual se ratificó la mayoría de edad del autor. Ante este decreto, la Comisión de Tutela de Menores de la Comunidad Autónoma de Madrid decidió, el 16 de mayo de 2017, dar de baja al autor en la residencia de Primera Acogida de Hortaleza. Siendo un mayor de edad en libertad, el Estado parte alega que se desconoce el paradero actual del autor.

Causas de inadmisibilidad

4.7 El Estado parte sostiene la inadmisibilidad *ratione personae* de la comunicación por ser el autor mayor de edad. El Estado parte sostiene que el autor es mayor de edad porque:

⁹ El Estado parte adjuntó el acta de consentimiento informado firmada por el instructor, el autor, el intérprete y el secretario.

¹⁰ Esto parece ser un error dado que el acta de nacimiento dice 30 de abril de 2000.

¹¹ *Ibid.*

a) no presentaba documentos de identidad oficiales con datos biométricos verificables en el momento de su entrada ilegal al territorio del Estado parte; b) su apariencia era de mayor de edad, tal y como resulta de las fotografías tomadas al momento de su detención; c) la prueba médica objetiva practicada determinó no solo que el autor tenía 18 años de edad, sino que incluso podría tener 19; d) el acta de nacimiento carece de características para hacer fe de que corresponde al autor, pues no incluye datos biométricos y se expide sobre la base de una declaración interesada, no sometida a procedimiento contradictorio y con fecha posterior a la entrada ilegal; e) el autor mintió sobre su nacionalidad y ha referido en diversas ocasiones distintos nombres de los padres y distintas fechas de nacimiento; y f) el autor ha rechazado expresamente realizar otras pruebas médicas objetivas.

4.8 Según el Estado parte, admitir una comunicación en presencia de pruebas objetivas de mayoría de edad solo “beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal”, a las cuales el autor pagó, y quienes “recomiendan a los inmigrantes que vayan sin documentos y que aleguen ser menores de edad”.

4.9 Por otra parte, basándose en el artículo 7, apartado e), del Protocolo Facultativo, el Estado parte sostiene la inadmisibilidad de la comunicación alegando que no se han agotado todos los recursos internos disponibles. El autor tenía la posibilidad de: a) solicitar del Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas adicionales; b) solicitar al juez civil, conforme al procedimiento 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que revise la resolución por la cual se acordó no conceder la tutela; c) recurrir la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que el autor hizo pero queda pendiente de resolución); y d) instar ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015, un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad.

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

5.1 En sus comentarios de 25 de septiembre de 2017, el autor alega que: a) no mintió sobre el nombre de su padre ni de su madre¹²; b) no dio su consentimiento informado a la prueba de edad, pues no fue debidamente informado del procedimiento y sus efectos ni contó con asistencia letrada; c) no es cierto que se pueda interponer recurso jurisdiccional contra la orden de devolución sino que solo cabe interponer, como la propia orden lo indica, recurso administrativo de alzada que no suspende los efectos de la orden; d) los documentos aportados no podían haber incluido datos biométricos en ningún caso, ya que las actas de nacimiento nunca incluyen datos biométricos; e) el auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Almería de 20 de abril de 2017 en ningún momento condiciona el cese del internamiento del autor a la revisión de la determinación de su edad; f) no se comunicó de forma fehaciente al autor ni se le dio la opción de ser acompañado por su letrado a la entrevista del 3 de mayo de 2017 (una falta de garantía que debe tener como consecuencia la absoluta falta de validez de cualquier manifestación por parte del autor en dicho acto); g) no se le permitió a la asistencia letrada del autor intervenir en la redacción del acta de comparecencia, motivo por el cual esta no firmó dicha acta (que tampoco le fue entregada, ni al autor, ni a su abogado); h) el autor permaneció 26 días en el Centro de Hortaleza sin estar tutelado; e i) el Estado parte omite decir que el autor comenzó a tramitar su pasaporte estando bajo los servicios de protección de la Comunidad de Madrid.

5.2 El autor también alega que dijo haber nacido en Gambia por miedo a ser deportado, ya que no existe acuerdo de devolución con dicho país. En cuanto a las discrepancias relacionadas con la fecha de nacimiento, alega que pudo deberse a un error ocurrido con

¹² En cuanto a su padre, siempre dijo que su nombre era Sidy, como surge de la hoja de filiación, el acta de consentimiento informado, la orden de devolución y el listado para el centro de internamiento de extranjeros, presentados por el propio Estado parte. Según surge de los anexos, el nombre del padre siempre figura como Sidy. En dos de los documentos, el nombre aparece escrito a mano y en mayúsculas (SIDY) y podría erróneamente leerse como STOY. En cuanto a su madre, la diferencia en el nombre es insignificante y no atribuible al autor dado que entre Rokia, en su acta de nacimiento, y Roukia, en la orden de devolución, hay solo una “u” de diferencia que puede explicarse por la similitud fonética entre los sonidos “o” y “ou” en el idioma francés que puede resultar imperceptible para quien haya transcripto el nombre de la madre.

ocasión de su identificación por parte de la policía¹³. Sin embargo, estos datos no pueden ser determinantes dado que el menor no contó con asistencia letrada en esta ocasión, y que el menor tuvo que proporcionar estos datos en un momento de estrés.

5.3 En cuanto a los argumentos del Estado parte sobre inadmisibilidad *ratione materiae*, el autor alega en primer lugar que no puede solicitarse la inadmisibilidad del caso sin analizar el fondo, porque la determinación de la edad del autor es precisamente la cuestión de fondo de su comunicación.

5.4 En segundo lugar, el autor indica que no se puede afirmar que sea mayor de edad, pues: a) el hecho de que no portara documentos oficiales con datos biométricos en el momento de su entrada no puede interpretarse, en ningún caso, como prueba de su mayoría de edad; b) la valoración subjetiva de la apariencia del autor no puede ser tenida como un medio válido para desvirtuar la presunción de minoría de edad; y c) en ningún caso puede considerarse la prueba médica realizada como una prueba objetiva que permita determinar con exactitud la edad del autor¹⁴. En cambio, los documentos presentados por el autor (que en ningún momento fueron considerados falsos) sí constituyen prueba de su minoría de edad, pues se trata de documentación oficial, válidamente expedida por el Gobierno de Malí, y aceptada por el juez de instrucción. Más aún, cuando el juez dictó el auto en cuestión ya había valorado todas las circunstancias, mientras que la Fiscalía desoyó lo establecido por el juez con un solo elemento adicional: la negativa del autor de someterse a pruebas de edad cuya exactitud es poco confiable. El autor agrega que el propio Tribunal Supremo ha desautorizado expresamente la realización de pruebas médicas en el marco concreto de la determinación de edad de los menores no acompañados¹⁵. Por otro lado, el hecho que el autor haya mentido sobre su nacionalidad nada aporta sobre su edad, y es falso que el autor haya mentido sobre los nombres de sus padres.

5.5 En tercer lugar, el autor explica que la negativa a someterse a pruebas de edad, muy intrusivas y cuyos resultados están muy cuestionados, no puede interpretarse de ninguna manera como una prueba de mayoría de edad. Explica el autor que, ante dicha negativa, podrían haberse realizado gestiones ante la Embajada de Malí para poder identificarlo, pero no se hizo. De esta manera, la presunción de minoría de edad y el principio del interés superior del menor deben ser consideraciones primordiales por encima de cualquier otra, y en caso de que existan dudas, según lo entendió el propio juez, el Estado debe garantizar al individuo el trato como un menor (máxime cuando se aportó documentación oficial acreditativa de la edad). La actuación del Estado parte pone de manifiesto un procedimiento de determinación de la edad sin garantías en el que se ha invertido la presunción de minoría de edad, imponiendo sobre los menores una carga probatoria imposible de alcanzar.

5.6 En cuanto a la alegación del Estado parte de que admitir la comunicación beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal, el autor sostiene que tal afirmación evidencia cómo se impone el control de los flujos migratorios por encima del interés superior del menor.

5.7 En lo relativo a la inadmisibilidad por falta de agotamiento de los recursos internos, el autor insiste en que los decretos de determinación de la edad son irrecursibles

¹³ El autor explica que el Estado parte yerra dos veces al decir primero que el autor había indicado que había nacido el 1 de enero de 2017 (cuando parecería que quiso decir 2000), y que en el acta de nacimiento dice que el autor nació el 31 de abril de 2000, cuando dicha acta dice que el autor nació el 30 de abril de 2000.

¹⁴ El autor vuelve a explicar que, según la literatura científica más reciente, este método de determinación de edad presenta tales márgenes de error que no permiten la obtención de conclusiones infalibles.

¹⁵ Según uno de los fallos citados “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” máxime “cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no haya sido cuestionada ni hayan sido invalidados por ningún organismo competente” (STS 320/2015, 22 de mayo). El autor explica que, a la luz del principio de interés superior del menor, debe entenderse que una partida de nacimiento debería ser considerada un documento válido para probar su minoría de edad.

judicialmente de forma directa, como lo indica el propio decreto emitido por la Fiscalía en este caso. Del mismo modo, todos los recursos internos mencionados por el Estado parte son inefectivos o inaccesibles para el autor. En primer lugar, el autor resalta la imposibilidad de proponer pruebas complementarias u otros medios de prueba a la Fiscalía (como solicitar que se hagan comprobaciones en la Embajada de Malí) dado que se le impidió ejercer su derecho a ser oído y su derecho a asistencia letrada. En segundo lugar, el recurso previsto por el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inefectivo para los menores no acompañados pues: a) al no tener garantizada la asistencia letrada en fases administrativas previas los menores no pueden conocer y poner en marcha las vías que tienen para oponerse a la determinación de su edad; y b) la duración de los procedimientos y la falta de automaticidad de las medidas cautelares ponen de manifiesto la inefectividad del recurso. De hecho, a pesar de que el Tribunal Supremo haya estimado pretensiones de menores que se encontraban en situaciones similares a las del autor, dichas resoluciones han llegado en muchos casos cuando el recurso había perdido en parte su objeto y el menor había pasado a ser mayor de edad¹⁶. Además, los recursos se tramitan sin la adopción de medidas cautelares o con la adopción inefectiva de ellas¹⁷. De hecho, en el caso del autor, se presentó el 12 de julio una demanda de oposición al cese de tutela con solicitud de medidas cautelares y más de dos meses después no se había obtenido respuesta sobre dichas medidas, dejando al menor sin tutela. En tercer lugar, el autor explica que el recurso pendiente en contra de la orden de devolución no es efectivo frente a la desprotección de un menor de edad en la calle sin tutelar, además de que únicamente contrarrestaría los efectos de la expulsión, pero no los de la situación de desamparo. En cuarto lugar, el autor indica que Fundación Raíces ha iniciado la vía de la jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad en otros casos y las demandas fueron desestimadas, por no considerarse la vía adecuada.

5.8 Finalmente, el autor explica que en la medida en que su documentación no es impugnada judicialmente, es válida a todos los efectos para el resto de las administraciones públicas españolas, quienes lo consideran un menor. Así, si el autor necesita someterse a un tratamiento médico, solicitar asilo, o empadronarse, no puede hacerlo pues necesita la autorización de un tutor que no le ha sido asignado.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones de 12 de diciembre de 2017, el Estado parte sostiene la inexistencia de vulneración del interés superior del niño protegido por el artículo 3 de la Convención, al ser el autor mayor de edad. El Estado parte precisó que solamente se debe presumir la minoría de edad “en caso de incertidumbre” pero no cuando es patente que la persona sea mayor. El Estado parte concluyó que, “en este caso, en el que la persona totalmente indocumentada aparenta ser mayor de edad, las autoridades pueden legalmente considerarla mayor de edad sin necesidad de practicar prueba alguna”. El Estado parte alega que considerar menor a un adulto a falta de prueba fehaciente y con base en la exclusiva declaración del interesado pondría en grave peligro a los menores cuidados en centros de acogida (quienes pueden verse sometidos a abusos y maltratos por aquellos), lo que sí supondría una vulneración del interés superior de los menores.

6.2 El Estado parte sostiene también la inexistencia de vulneración del interés superior del niño en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, alegando que: a) tan pronto como el autor pisó suelo español fue atendido por los servicios sanitarios; b) se le documentó y se le ofreció abogado e intérprete gratuitos a cargo del Estado; c) su estado fue inmediatamente comunicado a la autoridad judicial competente para asegurar el respeto de sus derechos mientras se efectuaran las tramitaciones derivadas de su estancia ilegal; d) tan pronto como alegó ser menor de edad, se informó al Ministerio Fiscal, que determinó provisionalmente que era mayor de edad, lo cual fue revisado a instancia del autor, por lo que no puede hablarse de un defecto de asistencia legal o de desamparo; y e) al momento de enviar las observaciones sobre el fondo, el autor se

¹⁶ El autor cita diversa jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹⁷ El autor cita casos en los cuales se denegó la medida cautelar, aunque luego se estimó la demanda, y un caso en el que la medida cautelar se otorgó un año después de haber sido solicitada.

encontraba en libertad, beneficiándose de un recurso de protección concertado por las autoridades administrativas competentes para su asistencia social.

6.3 Según el Estado parte, en el caso de que el autor fuera menor de edad, tampoco se vulneró el derecho a la identidad protegido por el artículo 8 de la Convención, ya que se procedió a “registrar su identidad declarada tan pronto como accedió ilegalmente a suelo español”.

6.4 El Estado parte sostiene también la inexistencia de vulneración del derecho a ser escuchado, protegido por el artículo 12 de la Convención. Sostiene que el autor siempre ha tenido la posibilidad de ser escuchado y de formular las alegaciones que deseara. En este sentido, fue escuchado al ser detenido cuando alegó ser menor, al designar abogados de su elección, y al elegir negarse a la práctica de pruebas médicas.

6.5 Finalmente, el Estado parte sostiene la inexistencia de vulneración del artículo 20 de la Convención, ya que “es predictable exclusivamente de los menores de edad cuando dicha minoría es indubitable. En el presente supuesto, el derecho alegado es sencillamente inaplicable”.

Comentarios del autor a las observaciones del Estado parte sobre el fondo

7.1 En sus comentarios de 19 de febrero de 2018, el autor actualizó los hechos del caso aclarando que, a esa fecha, el Estado parte continuaba incumpliendo las medidas provisionales solicitadas por el Comité el 7 de junio de 2017 en lo relativo al traslado del autor a un centro de protección de menores. Por su parte, el 4 de septiembre de 2017, el Juzgado de 1^a Instancia núm. 23 de Madrid resolvió emplazar al autor para que se apersonara al juzgado en un plazo de diez días, para decidir sobre la medida cautelar y la oposición a la decisión administrativa de cese de tutela. Al desconocerse el paradero exacto del autor debido al incumplimiento de la medida provisional por parte del Estado parte, el 16 de octubre de 2017 el Juzgado acordó la inadmisión de la demanda, archivando la causa. Por último, el autor actualmente cuenta con su tarjeta NINA, necesaria para obtener primero su tarjeta de identidad y luego el pasaporte, la cual lo identifica de forma fehaciente con datos biométricos (a través de un número único, sus huellas dactilares y una fotografía).

7.2 En cuanto al fondo de la comunicación, el autor sostiene que varias decisiones del Estado parte constituyen una vulneración del interés superior del menor, en particular: a) considerarlo persona indocumentada a pesar de aportar documentación identificativa que constitúa prueba plena de su edad; b) querer practicarle pruebas de determinación de la edad aun estando documentado; c) considerarlo mayor de edad por la mera negativa de someterse a las pruebas de edad; y d) expulsarlo del sistema de protección de menores. El autor recuerda que el Comité mostró su preocupación por la utilización generalizada de este tipo de pruebas, incluso en los casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre la práctica¹⁸.

7.3 El autor sostiene que no puede afirmarse que el Ministerio Fiscal haya actuado como una suerte de representante legal del autor velando por sus intereses, pues existe un claro conflicto de interés, como lo ha identificado alguna vez la jurisprudencia española¹⁹. Por ello, el Estado parte no cumplió con la obligación de nombrar un tutor o representante legal del menor. Igualmente, las únicas medidas de atención y alojamiento hacia el autor fueron las otorgadas en el breve período en el que estuvo en el Centro de Protección de Menores de Hortaleza. Más aún, el Estado parte alega que el autor se encuentra “beneficiándose de un recurso de protección asistencial concertado por las autoridades administrativas”. Sin embargo, no aporta ninguna prueba y, a conocimiento de la Fundación Raíces que

¹⁸ CRC/C/ESP/CO/5-6, párr. 44. El autor también recordó la observación general núm. 6, párr. 31, apdo. i); y la 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.

¹⁹ STC 183/2008, de 22 de diciembre.

representa al autor, este se encuentra en Almería fuera de cualquier programa de asistencia social y se desconoce su situación exacta²⁰.

7.4 El autor sostiene que, en cuanto a la vulneración del artículo 8 de la Convención, el Estado parte ha alterado elementos importantes de su identidad al atribuirle una edad y una fecha de nacimiento que no se corresponde con la reflejada en su documentación oficial, que no fue oficialmente impugnada.

7.5 El autor afirma que su derecho a ser oído, según el artículo 12 de la Convención, fue violado en dos ocasiones. Primero, en el primer procedimiento que determinó su edad, debido a que no contaba ni con tutor ni con asistencia letrada y que el acta de consentimiento informado no indicó qué pruebas médicas se practicarían, ni cuáles serían las consecuencias de una negativa a prestar el consentimiento²¹. Después, en el segundo procedimiento, el autor tuvo una primera entrevista en la cual no participó ni su tutor (que nunca fue designado) ni su asistencia letrada. Luego, en la segunda entrevista, no se permitió a la asistencia letrada intervenir durante ella cuando consideraba que el acta de la comparecencia no reflejaba lo dicho por el autor. El autor entiende que el artículo 12 está vinculado al artículo 3 de la Convención en tanto configura la dimensión procedural del interés superior del niño, que en este caso no fue respetado.

7.6 El autor afirma la violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo dado que el Estado parte incumplió las medidas cautelares ordenadas por el Comité.

Intervención de terceros²²

8. El 12 de noviembre de 2018, el Ombudsman de Francia presentó una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad y la detención en centros de adultos a la espera de su expulsión²³. Dicha intervención fue transmitida a las partes, quienes fueron invitadas a presentar comentarios. 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*²⁴, 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.

Información y observaciones adicionales de las partes

Información adicional del autor

9.1 El 31 de octubre de 2019, el autor presentó información adicional afirmando que el 14 de abril de 2018, el Consulado de Malí en Madrid le hizo entrega de su tarjeta consular, confirmando nuevamente su edad e identidad. El 20 de abril de 2018, el autor presentó una demanda de juicio ordinario contra el Ministerio Fiscal solicitando la declaración de validez de toda la documentación oficial presentada (acta de nacimiento, tarjeta de identidad consular y tarjeta NINA), el reconocimiento de su minoría de edad y la asunción de tutela por parte de la Comunidad de Madrid. El autor solicitó el nombramiento de un procurador de oficio, y presentó la demanda sin esperar a que este sea nombrado dada la urgencia, solicitando también una medida cautelar de protección. La demanda fue inadmitida por el Juzgado el 25 de abril de 2018 porque el autor no contaba con defensor judicial. Esta

²⁰ El 19 de julio de 2018, la Fundación Raíces presentó información adicional según la cual el autor se encontraba en Roquetas de Mar (Almería), y manifestaba su voluntad de continuar con el procedimiento ante el Comité, adjuntando la declaración pertinente.

²¹ El autor cita la observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 34, según la cual: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”.

²² Esta intervención afecta a las comunicaciones núms. 17/2017, 21/2017 y 27/2017, registradas ante el Comité.

²³ 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. En dicha comunicación, la intervención fue presentada el 3 de mayo de 2018 pero no difiere sustancialmente de la presentada en el marco de esta comunicación.

²⁴ CRC/C/81/D/22/2017, párrs. 9 y 10.

decisión fue notificada al autor el 3 de mayo de 2018, tres días después de que este cumpliera la mayoría de edad. El autor no apeló el auto porque en otros casos similares los juzgados habían archivado los procedimientos una vez que los menores alcanzaban la mayoría de edad por carencia sobrevenida de objeto.

9.2 El 17 de mayo de 2018, el autor recibió su pasaporte original pero no lo presentó ante ninguna autoridad dado que ya había cumplido la mayoría de edad. A la fecha de presentación del escrito, el autor alega que se encuentra en situación administrativa irregular, por lo que la policía podría emitir orden de expulsión en su contra en cualquier momento.

Observaciones del Estado parte a la información adicional del autor

9.3 El 19 de noviembre de 2019, el Estado parte presentó observaciones a la información adicional del autor. El Estado parte afirma que el autor incumplió su deber de lealtad al no comunicar al Comité que recibió su pasaporte y que cumplió la mayoría de edad el 30 de abril de 2018, por lo que la comunicación habría perdido su objeto de forma sobrevenida. El Estado parte agrega que las alegaciones del autor son incongruentes pues fue precisamente por reconocer la minoría de edad del autor que el juez decidió que no tenía capacidad suficiente para interponer la demanda y debía contar con un defensor judicial. De este modo, las autoridades judiciales dieron validez a la documentación y reconocieron al autor como menor de edad.

9.4 El Estado parte solicita al Comité que archive la comunicación dado que: a) las autoridades judiciales dieron validez al pasaporte presentado por el autor; b) el autor no comunicó al Comité que alcanzó la mayoría de edad; y c) la comunicación ha perdido su objeto al haber alcanzado el autor la mayoría de edad.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

10.1 Antes de examinar toda queja formulada en una comunicación, el Comité debe decidir si la comunicación es admisible, 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.

10.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisible *ratione personae* porque: a) el autor aparentaba ser mayor de edad; b) la prueba médica determinó que era mayor de edad; c) el acta de nacimiento no incluye datos biométricos y por lo tanto no puede probar su mayoría de edad; d) el autor mintió sobre su nacionalidad y ha referido distintas fechas de nacimiento; y e) el autor ha rechazado realizar otras pruebas médicas. El Comité observa, sin embargo, que el autor declaró ser menor de edad a su llegada a España, y que presentó ante la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción copia de su acta de nacimiento de Malí que establecía su minoría de edad. El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que, al carecer de datos biométricos, el acta de nacimiento presentada no puede cotejarse con los datos del autor. 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 acta de nacimiento, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Malí para comprobar la identidad del autor y no lo hizo, máxime cuando el autor comenzó a tramitar su pasaporte mientras estaba bajo el sistema de protección de menores y presentó documentación acreditativa a tal efecto. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7, apartado c), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

10.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque podría haber: a) solicitado al Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas adicionales; b) solicitado al juez civil que revise la resolución por la cual se acordó no conceder la tutela, conforme al procedimiento 780 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) recurrido la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y d) instado ante la jurisdicción civil un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad, conforme a la Ley 15/2015. A su vez, el Comité toma nota de los argumentos del autor según los cuales los remedios internos mencionados por el Estado parte no se encuentran disponibles o son inefectivos. 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 vigente²⁵. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían 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.

10.4 El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual la comunicación debe archivarse al haberse reconocido la minoría de edad del autor en virtud de su pasaporte y de que, luego de cumplida la mayoría de edad, la presente comunicación debe archivarse por carecer de objeto. El Comité observa que la minoría de edad no es un requisito para que una comunicación pueda ser decidida, o incluso presentada, en la medida en que las alegadas violaciones hayan ocurrido cuando el autor era menor de edad, como sucede en el presente caso. Por ello, el artículo 7, apartado f), del Protocolo Facultativo no es obstáculo para la admisibilidad de la comunicación. Del mismo modo, el Comité considera que el autor no incurre en ninguna violación o abuso del proceso al no haber tomado acción para informar directamente el cumplimiento de su mayoría de edad. En efecto, dicho cumplimiento tuvo lugar a 18 años de la fecha de nacimiento que el autor alegó durante todo el procedimiento ante el Comité, y no afecta ni a la admisibilidad ni al fondo de la comunicación.

10.5 El Comité considera que las alegaciones del autor basadas en los artículos 18, párrafo 2, 27 y 29 de la Convención no han sido suficientemente fundamentadas a los efectos de la admisibilidad, por lo que las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7, apartado f), del Protocolo Facultativo.

10.6 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus alegaciones basadas en los artículos 3, 8, 12 y 20 de la Convención. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la denuncia admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.7 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.

10.8 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 luego su acta de nacimiento para acreditarlo, 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.

10.9 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 excluida 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 imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como la oportunidad de poder cuestionar el resultado de este proceso mediante apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o

²⁵ N. B. F. c. España, párr. 11.3.

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 edad²⁶.

10.10 El Comité recuerda también que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria²⁷. En ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados,

para 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 y en un idioma que el niño pueda entender. [...] Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando²⁸.

10.11 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 oseométricas consistentes en una radiografía de muñeca, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, y sin que conste que se haya realizado entrevista alguna al autor en el marco de dicho proceso; b) como resultado de esas pruebas practicadas, el hospital en cuestión determinó que la edad ósea del autor era de entre 18 y 19 años según el atlas de Greulich y Pyle, sin tomar en cuenta que dicho estudio, que no establece márgenes de desviación estándar para ese rango etario, no es claramente extrapolable a individuos con las características del autor; c) con base en este resultado médico, la Fiscalía emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad; d) ante la presentación del acta de nacimiento el juez competente determinó la minoría de edad del autor, poniéndolo a disposición de los Servicios de Protección de Menores; e) con posterioridad la Fiscalía de menores citó al autor para practicarle más pruebas médicas; f) ante la negativa del autor a practicárselas, la Fiscalía determinó la mayoría de edad del autor, lo que implicó su expulsión de los Servicios de Protección de Menores; y g) el autor no fue acompañado por un tutor en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido.

10.12 El Comité observa también la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de los exámenes oseométricos, que tienen un amplio margen de error, y, en consecuencia, no son apropiados 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.

10.13 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 realizarse con 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 tal²⁹.

10.14 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, antes y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido y que resultó en el decreto de mayoría de edad. El Comité recuerda que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad,

²⁶ *Ibid.*, párr. 12.3.

²⁷ 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, párr. 4.

²⁸ *N. B. F. c. España*, párr. 12.3.

²⁹ Observación general núm. 6, párr. 31, apdo. i).

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 escuchado³⁰, no bastando para ello el rol desempeñado por la Fiscalía de Menores. 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.

10.15 El Comité también toma nota de la afirmación del Estado parte en el sentido de que un menor no acompañado será considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo con datos biométricos que certifique la edad. No solo es esta una exigencia que no exige ni la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado parte (párr. 5.4 *supra*), sino que no puede actuarse contrariamente a lo dispuesto en un acta de nacimiento original y oficial emitida por un país soberano, sin impugnársela oficialmente.

10.16 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, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, ello resulta de la falta de consideración del acta de nacimiento oficial y original del autor emitida por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de someterse a pruebas de determinación de la edad, y la no asignación de un tutor para acompañarlo durante dicho procedimiento. Por ello, 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.

10.17 El Comité toma nota también de las alegaciones del autor de que el Estado parte violó sus derechos previstos en el artículo 8 de la Convención por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad que no se correspondía con la información recogida en el documento oficial expedido por su país de origen. El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño forma parte de su identidad y que los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio al acta de nacimiento que acreditaba su minoría de edad, sin tan solo analizar su validez y sin haber cotejado los datos de dichos documentos 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.

10.18 El Comité también toma nota de las alegaciones del autor, no refutadas por el Estado parte, de ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante y no acompañado, así como la contradicción de reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo que este necesite un tutor para realizar actos administrativos como, por ejemplo, de salud. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas su acta de nacimiento que confirmaba que era un niño y de que un juez determinara su acogimiento en el sistema de protección de menores, ante una decisión de la Fiscalía por el mero hecho de negarse a practicar pruebas médicas cuya precisión está seriamente cuestionada. Por ello, el Comité considera que lo anterior constituye una violación del artículo 20, párrafo 1.

10.19 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de las medidas provisionales consistentes en su traslado 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

³⁰ *A. L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.8 y *J. A. B. c. España*, párr. 13.7.

pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales³¹. 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 según la cual el autor es una persona mayor de edad. El Comité considera que el riesgo mayor es 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 las medidas provisionales solicitadas constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

10.20 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 una violación de los artículos 3; 8; 12; y 20, párrafo 1, 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, incluso ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte. 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 estos 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) Garantizar que a los jóvenes no acompañados que afirman ser menores de 18 años se les asigne un tutor competente lo antes posible, incluso cuando el proceso de determinación de su edad esté aún pendiente;

c) 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 de 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;

d) 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 los observaciones generales núms. 6, 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.

³¹ *N. B. F. c. España*, párr. 12.11.