



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
5 de noviembre de 2019

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. 27/2017* **

<i>Comunicación presentada por:</i>	R. K. (representado por la organización no gubernamental Fundación Raíces)
<i>Presunta víctima:</i>	R. K.
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	20 de julio de 2017
<i>Fecha de adopción del dictamen:</i>	18 de septiembre de 2019
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado solicitante de asilo
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Inadmisibilidad <i>rationae personae</i> ; falta de agotamiento de recursos internos
<i>Artículos de la Convención:</i>	3; 8; 12; 18, párr. 2; 20; 22; 27 y 29
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	7 c), e) y f)

1.1 El autor de la comunicación es R. K., ciudadano de Guinea, nacido el 1 de febrero de 2000. El autor alega ser víctima de violaciones de los artículos 3, 8, 12, 18, párrafo 2, 20, 22, 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 21 de julio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte que se abstuviera de devolver al autor a su país de origen y que lo trasladara a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

* Aprobado por el Comité en su 82º período de sesiones (9 a 27 de septiembre de 2019).

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



Los hechos según el autor

2.1 El 3 de junio de 2017, el autor llegó en patera a Almería desde Nador (Marruecos), siendo rescatada su embarcación por la Cruz Roja antes de llegar a costas españolas. Huyó de Guinea donde vivía con su familia. Sus padres eran cristianos y vivían en el barrio Astadi, de mayoría musulmana. Fueron asesinados cuando el autor tenía 14 o 15 años en el contexto de los enfrentamientos existentes entre cristianos y musulmanes. El autor logró escapar de su casa pero le atraparon, le ataron y le hicieron heridas en los brazos y en el pecho con una cuchilla de afeitar. Logró escapar de nuevo y se refugió en un barrio de cristianos, donde le curaron las heridas. Al regresar, su casa estaba destruida y quemada. El autor decidió salir solo desde Conakry, atravesando Malí, Argelia y Marruecos, viaje que duró un año. En la frontera entre Malí y Argelia, los tuaregs le detuvieron y le mantuvieron atado durante tres días. Finalmente llegó a Nador, donde permaneció seis meses.

2.2 Tras su llegada a España, el autor fue trasladado a la comisaría de policía de Almería, donde le llevaron directamente a un calabozo, en el que permaneció tres días junto con adultos. Durante ese tiempo le llevaban comida pero no pudo ducharse. Al tercer día, le llamaron para tomarle las huellas. A pesar de que el autor comunicó en todo momento que tenía 17 años, le pusieron como fecha de nacimiento el 1 de enero de 1996, atribuyéndole 21 años de edad.

2.3 El 5 de junio de 2017, se incoó orden de devolución contra el autor mediante el acuerdo 1461/17. El 6 de junio de 2017, el Juzgado de Instrucción de Almería núm. 1 dictó el auto 1152/2017 ordenando su internamiento en el Centro de Internamiento de Extranjeros adultos de Aluche, Madrid. El autor explica que declaró ante el Juzgado ser menor de edad, que no contó con la asistencia de un traductor, y que no sabe si tuvo abogado ya que no pudo hablar con él. El autor explica que una vez internado en el Centro, volvió a señalar que era menor de edad.

2.4 El 17 de julio, la organización SOS Racismo, que atiende a las personas internas en el Centro, envió escritos al Defensor del Pueblo y al Juez de vigilancia del Centro poniendo en conocimiento la existencia de cinco menores de edad, entre ellos el autor, y el riesgo que corrían de ser deportados el 24 de julio de 2017. El autor explica que, de manera informal, tuvo conocimiento de que había un vuelo de deportación previsto hacia Guinea el 24 de julio de 2017. Sin embargo, la notificación de devolución solo se realiza con 12 horas de antelación por lo que todavía no había sido formalmente notificado.

2.5 El 18 de julio de 2017, el autor acudió a una entrevista para solicitar asilo. El autor indica que no le permitieron formalizar su solicitud de protección internacional como menor de edad, ya que no contaba con un tutor.

2.6 El 19 de julio de 2017, el autor recibió oficio del Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid en el que ordenaba la realización de pruebas de edad.

2.7 El 20 de julio de 2017, el autor envió escritos a la Embajada de Guinea en España, al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería, a la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, al Defensor del Pueblo, al Juzgado de control del Centro de Internamiento y a la Fiscalía Provincial de Madrid. En el escrito se instaba a las instituciones a que tomaran medidas de protección a favor del autor, indicándoles que tenía apariencia de menor de edad. Horas más tarde, tras recibir copia del extracto de su acta de nacimiento y el certificado judicial del extracto del acta de nacimiento, envió una copia de esta documentación a las instituciones antes mencionadas, así como a la Fiscalía Provincial de Almería y a la Comisaría Provincial de Almería.

2.8 El 28 de julio de 2017, tras recibir su documentación original por correo postal, el autor envió escritos al Juzgado de Control del Centro de Internamiento, al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería, a la Fiscalía Provincial de Almería y a la Fiscalía Provincial de Madrid, informándoles que disponía de dicha documentación. Ese mismo día el autor fue puesto en libertad, tras 52 días de internamiento en el Centro. Fue trasladado a un alojamiento para adultos, sin que se le nombrara un tutor y sin recibir el tratamiento ni la protección debida en tanto que menor de edad.

Queja

3.1 El autor alega que, en tanto que menor extranjero no acompañado solicitante de asilo, no se tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención. Señala que se ha vulnerado este principio al no respetarse la presunción de minoría de edad ante la duda o incertidumbre que pudiera existir, máxime cuando existe un riesgo real de que se produzca un daño irreparable¹. Indica que cuenta con documentación que acredita su minoría de edad: extracto de nacimiento y certificado judicial del extracto de acta de nacimiento. El autor alega que está sufriendo perjuicio por estar viviendo en un centro para adultos, ya que es un lugar totalmente inadecuado para menores de edad. Además, corre el riesgo de que se ejecute la orden de devolución en su contra, en cuyo caso se estaría expulsando del territorio español a un menor de edad solicitante de asilo.

3.2 El autor señala que, aunque la legislación española incluye el principio del interés superior del niño, todavía no se ha establecido ningún protocolo uniforme de determinación de la edad, dada las diferencias entre comunidades autónomas, para determinar qué es lo que constituye el citado principio².

3.3 El autor alega también ser víctima de una violación del artículo 3, leído conjuntamente con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, dada la falta de nombramiento de un tutor o representante, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del niño no acompañado³. Sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad solo con base en su apariencia y sin realizar las gestiones oportunas con la Embajada de su país de origen para confirmar si se trata de un menor de edad, el Estado parte le privó de todos los derechos que la Convención le reconoce como menor.

3.4 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.

3.5 El autor alega igualmente ser víctima de una violación del artículo 12 de la Convención ya que el Estado parte no le dio la posibilidad de ser escuchado.

3.6 Alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención ya que el Estado parte no le garantizó la protección debida en su condición de niño privado de su medio familiar. Agrega que el Estado parte consideró directamente al autor como mayor de edad, sin tomar en consideración su documentación original la cual indicaba que era menor de edad, privándolo de la protección debida.

3.7 Además, el autor alega ser víctima de una violación del artículo 22 de la Convención ya que trató de solicitar asilo sin que se le permitiera formalizar su solicitud por ser menor de edad. El autor se refiere a la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional la cual dispone que,

cuando una persona formule una solicitud de protección internacional a una autoridad competente para el registro de estas solicitudes con arreglo al derecho nacional, el registro se realizara en el plazo máximo de los tres días hábiles siguientes a que se formule la solicitud⁴.

El autor considera que el fundamento de establecer un plazo de tres días es dar seguridad y garantías a los solicitantes de asilo, atendiendo a las consecuencias que conlleva permanecer en situación irregular.

3.8 Por último, el autor alega ser víctima de una violación de los artículos 27 y 29 de la Convención ya que al no respetarse el interés superior del menor no se permitió un correcto

¹ El autor cita la observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 31 i).

² El autor cita CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 27.

³ El autor cita la observación general núm. 6, párr. 21.

⁴ Art. 6.

desarrollo del autor en todas sus facultades. La ausencia de un tutor que guíe al autor tiene como consecuencia que no pueda desarrollarse de manera adecuada a su edad.

3.9 El autor propone, como posibles soluciones: a) que el Estado parte reconozca su minoría de edad y que se paralice la ejecución de la devolución a su país de origen; b) que se le permita formalizar su solicitud de asilo como menor de edad; c) que sea declarado en desamparo y que la Comunidad de Madrid asuma su tutela; y d) que se reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de niño, incluido el derecho a ser escuchado, a recibir protección de la administración pública, a un representante legal, a la educación y a una autorización de residencia y trabajo que le permita el pleno desarrollo de su personalidad y su integración social.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones del 24 de noviembre de 2017, el Estado parte sostiene que el autor se halla en paradero desconocido, por lo que las medidas cautelares acordadas carecen de sentido.

4.2 El Estado parte alega que la comunicación es inadmisibile *rationae personae*, de acuerdo con el artículo 7 c) y f), del Protocolo Facultativo, porque el autor es mayor de edad. Ello se demuestra porque: a) el autor no ha presentado documentos de identidad oficiales con datos biométricos verificables; b) el certificado de nacimiento que presentó no tiene las características necesarias para hacer fe de que corresponde al autor, siendo meras fotocopias que no incluyen datos biométricos; y c) su apariencia es de mayor de edad tal y como resulta de las fotografías que se le tomaron en el momento de su entrada ilegal en España. El Estado parte agrega que, en ausencia de prueba fehaciente de minoría de edad, admitir esta comunicación “solo beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal a las que el autor ha pagado y de las que se ha servido”.

4.3 Además, el Estado parte señala que el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid ordenó mediante oficio de 19 de julio de 2017 dirigido al Hospital Gregorio Marañón de Madrid, la realización de pruebas médicas consistentes en una osmometría de muñeca y una ortopantomografía dental con el fin de verificar si el autor era menor de edad. En los informes médicos de 20 y 24 de julio de 2017, se estimó una edad ósea de 19 años, según la escala Greulich y Pyle y una edad mínima de 18 años según la prueba de ortopantomografía. Las conclusiones medicolegales establecieron que la edad mínima más probable del autor era de 18 años.

4.4 El Estado parte sostiene asimismo que, de acuerdo con el artículo 7 e), del Protocolo Facultativo, la comunicación es inadmisibile por falta de agotamiento de todos los recursos internos, dado que: a) el autor podía haber solicitado que se practicaran pruebas médicas que pudieran acreditar la minoría de edad; b) el autor puede solicitar la revisión de cualquier decisión de la Comunidad Autónoma en la que no se considera que la persona sea menor de edad a los efectos de protección de menores, conforme con el procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) puede recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa tanto la orden de devolución como la eventual denegación de asilo y; d) puede instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015.

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

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

5.1 En sus observaciones del 19 de enero de 2018, el Estado parte reitera su descripción de los hechos y sus argumentos sobre la admisibilidad de la comunicación.

5.2 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, el Estado parte sostiene que “difícilmente se puede haber vulnerado el interés de un menor”

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

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

5.4 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, el Estado parte hace notar que el autor fue atendido por servicios sanitarios a su llegada a territorio español, y por abogado e intérprete gratuitos; su estado fue inmediatamente comunicado a la autoridad judicial competente para asegurar el respeto de sus derechos y 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 niño. En consecuencia, difícilmente puede hablarse de una falta de asistencia legal o de desamparo del autor, aun si este hubiera sido menor de edad, que no es el caso.

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

5.6 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su derecho a ser escuchado, el Estado parte sostiene que el autor siempre ha tenido la posibilidad de ser escuchado. El autor fue escuchado cuando alegó ser menor de edad y se le ofreció, previo consentimiento informado, realizar pruebas médicas de determinación de edad. Se le ofreció asistencia letrada, siendo representado y defendido en todo momento por un abogado. El Estado parte indica que, el 6 de junio de 2017, se extendió una diligencia de información de derechos al detenido en aplicación de la Ley de Extranjería con intérprete y abogado, la cual fue firmada por el autor. El autor fue en todo momento oído y asistido por abogado en todas las actuaciones judiciales que le concernían, tanto ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería, como ante el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid.

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

5.8 El Estado parte niega igualmente que el derecho al asilo del autor haya sido vulnerado ya que el 28 de julio de 2017 la Subdirección General de Asilo del Ministerio de Interior admitió a trámite la solicitud de asilo formulada por el autor.

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

5.10 En cuanto a las posibles soluciones propuestas por el autor en su comunicación inicial, el Estado parte sostiene que el autor no solicita ni propone “algún medio por el cual pueda determinarse con certeza la edad del autor”. Tampoco ofrece ninguna indagación de datos sobre el autor ante las autoridades de su supuesto país de origen. Por ende, solicitar que España reconozca la imposibilidad de establecer la edad del autor no soluciona ningún

problema, en la medida en que no es aceptable que una persona que aparenta ser mayor deba ser tenida por menor de edad sobre la base de su mera declaración. En cuanto a la solicitud de poder recurrir judicialmente los decretos de la Fiscalía, el Estado parte alega que son decisiones “provisionalísimas”, que pueden ser revisadas por el propio fiscal si se presenta prueba nueva y que pueden ser sustituidos por decisiones definitivas adoptadas en otras instancias judiciales. En cuanto al resto de las solicitudes del autor, el Estado parte señala que el autor ya ha recibido protección pública y ha sido asistido por los jueces y el ministerio fiscal. Por último, los permisos de residencia y trabajo en España solo pueden adquirirse cumpliendo los requisitos legales generales.

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

6.1 En sus comentarios de 13 de julio de 2018, el autor sostiene que no es cierta la afirmación del Estado parte según la cual se encuentra desaparecido. El autor estuvo residiendo en un centro de adultos dentro de un programa financiado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el cual hace seguimiento de las personas que se encuentran en dicho centro. El autor informa que, desde hace ocho meses, se encuentra residiendo en un recurso para adultos en Burgos gestionado por la Red Acoge.

6.2 El autor hace notar que el 25 de julio de 2017 pudo formalizar su solicitud de asilo. En febrero de 2018, la Oficina de Asilo y Refugio renovó su tarjeta de solicitante de asilo. El autor señala que en el formulario de formalización de la solicitud de asilo hizo constar la fecha de nacimiento que viene recogida en su documentación original que acredita que era menor edad, siendo su fecha de nacimiento el 1 de febrero de 2000. Sin embargo, la fecha que aparece en la tarjeta que acredita su condición de solicitante de asilo refleja la fecha de 1 de febrero de 1998, indicando que no se le registró como menor de edad. Ante dicha discrepancia, el autor informa que ha solicitado a la Oficina de Asilo y Refugio el cambio de fecha de la tarjeta identificativa y que todavía no ha recibido respuesta a dicha solicitud.

6.3 En cuanto al argumento del Estado parte según el cual la comunicación debe ser considerada inadmisibles *rationae materiae* el autor alega que, contrariamente a lo que afirma el Estado parte, no se puede afirmar que es mayor de edad. Sostiene que, de acuerdo con su acta de nacimiento, se puede afirmar que es menor de edad. Agrega que las pruebas radiológicas de determinación de la edad, concretamente la evaluación de la radiografía de la muñeca de la mano izquierda según el método de Greulich y Pyle presenta tales márgenes de error según la literatura científica más reciente que no permiten la obtención de conclusiones infalibles.

6.4 En relación con el agotamiento de los recursos internos, el autor señala que el artículo 7 f), del Protocolo Facultativo establece que tal agotamiento no será necesario cuando sea improbable que con tales recursos se logre una reparación efectiva. El autor sostiene que la orden de devolución no es recurrible directamente en vía jurisdiccional teniendo que interponerse necesariamente un recurso de alzada, el cual es resuelto por la propia administración contando con un plazo de tres meses para resolver, y no suspende los efectos de dicha devolución.

6.5 El autor señala que la Fiscalía no ha revisado el decreto de mayoría de edad a pesar de que el autor aportó documentación expedida por la Embajada de Guinea acreditando su minoría de edad, alegando que esta documentación entra en contradicción con las pruebas médicas realizadas. El autor concluye, que contrariamente a lo señalado por el Estado parte, los decretos de mayoría de edad, no son decisiones provisionalísimas que se revisan al presentar nuevos documentos.

6.6 En relación con la violación del interés superior del niño, conforme con el artículo 3 de la Convención, el autor reitera que el Estado parte no ha respetado la presunción de minoría de edad, máxime ante un riesgo inminente de producirle un daño irreparable como es una posible expulsión. El autor se refiere a 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, en tanto

subraya que los documentos aportados en el procedimiento de determinación de la edad deben ser considerados válidos hasta que haya prueba en contrario y que las afirmaciones de los niños deben ser tenidas en cuenta y que, en caso de incertidumbre sobre la edad, se otorgará a la persona el beneficio de la duda. El autor alega que tendría que haber sido trasladado de inmediato a un centro de menores, o en caso de duda, las autoridades españolas deberían de haberse dirigido a las autoridades consulares de Guinea para haber comprobado su identidad.

6.7 Agrega que no es posible considerar la prueba médica que se le realizó como objetiva o que permita determinar con exactitud su edad. El autor se refiere a la sentencia de la Audiencia Nacional del 9 de octubre de 2017 la cual considera que un informe médico de determinación de edad siempre debe establecer un margen de más o menos dos años, debido a la falta de exactitud. El autor alega que, en el presente caso, dicho margen no se tuvo en consideración.

6.8 Con relación a sus alegaciones sobre la violación de su interés superior, en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, el autor alega que contrariamente a lo que afirma el Estado parte, no puede afirmarse que el papel desarrollado por la Fiscalía en el procedimiento de determinación de su edad haya sustituido adecuadamente al que debería haber tenido un tutor o representante legal nombrado por las autoridades tan pronto como tuvo conocimiento de la posible minoría del autor. Agrega que el artículo 20 de la Convención impone a los Estados partes la obligación de tomar medidas de atención y alojamiento en relación con los menores privados de su entorno familiar. El autor reitera que no se ha beneficiado de ninguna de esas medidas.

6.9 Con relación a la vulneración de su derecho a la identidad, el autor alega que el artículo 8 de la Convención impone al Estado parte una obligación negativa de preservar la identidad de los niños, así como una obligación positiva de restablecerla cuando un niño se haya visto privado de algún elemento de su identidad. El autor entiende que la edad de una persona es un elemento que permite individualizarla y que por lo tanto ha de ser protegido al amparo del artículo 8. Explica que el Estado parte ha vulnerado su derecho a la identidad al atribuirle, y constar en su tarjeta de solicitante de asilo, una fecha de nacimiento que no se corresponde con la que recoge la documentación acreditativa de su identidad expedida por las autoridades de su país de origen.

6.10 El autor reitera que se le denegó su derecho a ser oído de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Este derecho fue vulnerado en el momento en que llegó a España y a pesar de alegar que era menor de edad, fue registrado con una edad que no era la suya. Igualmente, en la comisaría de Almería, el autor permaneció en los calabozos a pesar de haber indicado que era menor de edad. Reitera que no contó ni con asistencia letrada ni con intérprete.

6.11 El autor indica que las condiciones del Centro de Internamiento no propiciaban el ejercicio correcto de su derecho a ser oído ya que era un ambiente hostil e inadecuado para menores de edad. Además, no dispuso de asistencia letrada durante la realización de las pruebas de edad. El autor se refiere a la observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, según la cual los Estados partes deberán garantizar que el menor decida cómo ejercerá el derecho a ser escuchado, bien sea de forma directa o por medio de sus representantes y sobre todo asegurar que la expresión de la opinión del niño se produce en plena libertad y con la debida información entendiéndose que no se tiene esa libertad cuando el niño ha sido manipulado o ha estado sujeto a una influencia o presión indebida. El Comité señala, en el párrafo 34 de dicha observación general, que

[n]o se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles a apropiados para los niños.

6.12 El autor observa que el Estado parte pretende argumentar que, en la medida en que es solicitante de asilo, no se ha vulnerado el artículo 22 de la Convención. Al respecto, el autor reitera que el 18 de julio de 2017, intentó solicitar asilo en el Centro de Internamiento, pero al alegar su minoría de edad, no le fue permitido formalizar la solicitud. El autor solo pudo formalizar la solicitud de asilo el 25 de julio de 2017, una vez que presentó su queja al Comité y que este solicitó al Estado parte medidas provisionales. El autor concluye que

cuando envió su queja al Comité se le había impedido acceder al procedimiento de asilo, dejándole en una situación de total indefensión y de máxima vulnerabilidad, al estar expuesto a una posible devolución, prevista para el 24 de julio de 2017. El autor señala que solamente se le permitió solicitar asilo como mayor de edad, tal y como consta en su tarjeta de asilo. Indica que, al ser menor de edad, tenía derecho a solicitar asilo con las cautelas y garantías previstas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como dispone la observación general núm. 6⁵.

6.13 En relación con la vulneración del artículo 27 de la Convención, el autor manifiesta que el Estado parte no le proporcionó las condiciones necesarias para garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual y social. En particular, no le fue asignado un tutor, no fue acogido en un centro de protección de menores y no se le proporcionó la asistencia psicológica necesaria que requería tras el largo viaje emprendido desde su país de origen hasta las costas de Almería. El autor agrega que Estado parte no aporta prueba de que el autor haya efectivamente recibido cobertura sanitaria.

6.14 Finalmente, el autor señala que el Estado parte no ha cumplido las medidas provisionales solicitadas por el Comité, ya que, tras ser puesto en libertad del Centro de Internamiento de Extranjeros, nunca fue trasladado a un Centro de Protección de Menores ni fue tutelado. El incumplimiento de las medidas provisionales supone una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

Intervención de terceros⁶

7. 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 expulsión⁷.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

8.1 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.

8.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *rationae personae* de conformidad con el artículo 7 c) y f), del Protocolo Facultativo por ser un abuso del derecho porque el autor es mayor de edad y no presentó prueba “mínima” y “fehaciente” que acredite lo contrario. El Comité observa, sin embargo, que el autor afirma haber declarado ser menor de edad a su llegada a España, que ha ofrecido un relato detallado y consistente de los hechos, y que presentó ante la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción copia de su acta de nacimiento de Guinea que establecía su minoría de edad, sin haber obtenido respuesta. El Comité también observa que la Embajada de Guinea expidió después documentación certificando que el autor era menor 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 Guinea para comprobar la identidad del autor y no lo hizo. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7 c), del Protocolo Facultativo no constituye obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

⁵ Párrs. 68 a 75.

⁶ Esta intervención afecta a las comunicaciones núms. 17/2017, 21/2017 y 27/2017, registradas ante el Comité.

⁷ 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.

8.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque: a) podría haber solicitado al Ministerio Fiscal que se practicaran pruebas médicas que pudieran probar su minoría de edad; b) podría haber solicitado la revisión de cualquier decisión de la Comunidad Autónoma en la que no se considera que la persona sea menor de edad, con base en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) podría haber recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa su orden de devolución; y d) podría haber instado un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015. El Comité observa también que, según lo señalado por el Estado parte, la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por la Fiscalía procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba. Sin embargo, el Comité observa la afirmación del autor según la cual la Fiscalía denegó su solicitud de revisión del decreto de mayoría de edad, a pesar de que aportó documentación expedida por la Embajada de Guinea que acreditaba su minoría de edad, alegando que esta documentación entraba en contradicción con las pruebas médicas realizadas. 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 vigente⁸. 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 e), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

8.4 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 y las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7 f), del Protocolo Facultativo.

8.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 3, 8, 12, 20 y 22 de la Convención, relacionadas con la falta de consideración del interés superior del niño y la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad y de solicitud de asilo. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la queja admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

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

9.2 Una de las cuestiones ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, el proceso de determinación de edad al que fue sometido el autor, quien declaró ser menor de edad y presentó su acta de nacimiento y documentación expedida por la Embajada de Guinea 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 y de solicitud de asilo.

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

⁸ *Ibid.*, párr. 11.3.

En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad⁹.

9.4 El Comité recuerda también que, en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados,

[p]ara efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños. Asimismo, es de vital importancia conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. Los Estados deben abstenerse de basarse en métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, y tener amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios¹⁰.

9.5 En el presente caso, el Comité observa que: a) con el fin de determinar la edad del autor, que se encontraba indocumentado a su llegada a territorio español, se le sometió a unas pruebas médicas consistentes en una osmometría de muñeca y una ortopantomografía dental, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, 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 19 años según el atlas de Greulich y Pyle, y una edad mínima de 18 años según la prueba ortopantomografía dental, sin establecerse ningún margen de desviación posible; c) con base a este resultado médico, la Fiscalía emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad y; d) que la Fiscalía no consideró la documentación expedida por la Embajada de Guinea acreditando su minoría de edad, para una posible revisión del decreto que determinaba su mayoría de edad.

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

9.7 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad. Sin embargo, el Comité recuerda su observación general núm. 6 en el sentido que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica, que la evaluación deberá basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal¹¹.

9.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado, 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, 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

⁹ *Ibid.*, párr. 12.3.

¹⁰ 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.

¹¹ Párr. 31 i).

esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchado¹². 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.

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

9.10 El Comité toma nota también de las alegaciones del autor de que el Estado parte violó sus derechos por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad y una fecha de nacimiento que no se correspondían con la información recogida en su acta de nacimiento, incluso luego de que el autor presentara documentación expedida por la Embajada de Guinea acreditando su minoría de edad ante las autoridades españolas. El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño forma parte de su identidad y que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En este caso, el Comité observa que el Estado parte, aun cuando el autor presentó ante las autoridades españolas copia de su acta de nacimiento, este no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio a la copia de su acta de nacimiento, sin un examen previo formal de los datos incluidos en el acta, realizado por autoridad competente y sin haber alternativamente cotejado los datos del acta con las autoridades del país de origen del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó del artículo 8 de la Convención.

9.11 El Comité también debe determinar si el hecho de que el autor no pudiera solicitar asilo en tanto que menor de edad, violó sus derechos reconocidos por la Convención. El Comité toma nota de las alegaciones del autor según las cuales: a) intentó formalizar su solicitud de asilo como menor de edad, siéndole denegada dicha posibilidad, y b) el hecho de que no pudiera formalizar su solicitud de asilo le expuso a una situación de riesgo de expulsión. El Comité observa también que el autor finalmente obtuvo una tarjeta de asilo, tras ser considerado como adulto a pesar de contar con un acta de nacimiento que acreditaba su minoría de edad.

9.12 Al respecto, el Comité recuerda su observación general núm. 6 según la cual

tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. [...]

Cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal¹³.

El Comité considera que el hecho de que al autor no le fuera asignado un tutor para que pudiera solicitar asilo en tanto que menor de edad, a pesar de contar con documentación oficial que acreditaba su minoría de edad, tuvo como consecuencia que se viera privado de la especial protección que deben tener los menores no acompañados solicitantes de asilo y

¹² *A. L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.8. y *J. A. B. c. España* (CRC/C/81/D/22/2017), párr. 13.7.

¹³ Párrs. 33 y 36.

le expuso a un riesgo de daño irreparable en caso de devolución a su país de origen en violación de los artículos 20, párrafo 1, y 22 de la Convención.

9.13 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de la medida provisional consistente en que se trasladara al autor a un centro de protección de menores. El Comité recuerda que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes tienen la obligación internacional de respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales¹⁴. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa de que el autor es una persona mayor de edad. El Comité 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 la medida provisional solicitada constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

9.14 El Comité de los Derechos del Niño, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8, 12, 20, párrafo 1, y 22 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

10. Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte, teniendo debidamente en cuenta el hecho de que era un niño no acompañado cuando presentó por primera vez su solicitud de asilo y corrigiendo la fecha de nacimiento en su tarjeta de solicitante de asilo. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. A este respecto, el Comité recomienda al Estado parte:

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

b) Garantizar que a los jóvenes no acompañados solicitantes de asilo que afirman ser menores de 18 años se les asigne un tutor competente lo antes posible para que puedan solicitar asilo como menores, 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 solicitantes de asilo y de otros menores migrantes, y en particular sobre las observaciones generales núms. 6, 22 y 23 del Comité.

¹⁴ *N. B. F. c. España*, párr. 12.11.

11. El Comité recuerda que, al pasar a ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación de la Convención o de sus dos Protocolos Facultativos sustantivos.

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.
