



# Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general  
18 de febrero 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. 11/2017\* \*\* \*\*\*

<i>Comunicación presentada por:</i>	N. B. F. (representado por el abogado Albert Parés Casanova)
<i>Presunta víctima:</i>	N. B. F.
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	15 de febrero de 2017
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	27 de septiembre de 2018
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Falta de agotamiento de los recursos internos, abuso del derecho a presentar comunicaciones, falta de fundamentación de la queja
<i>Artículos de la Convención:</i>	3, 8, 12, 18, párrafo 2, 20, 27 y 29
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	7 c), e) y f)

\* Aprobado por el Comité en su 79º período de sesiones (17 de septiembre a 5 de octubre de 2018).

\*\* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter. De conformidad con el artículo 8, párrafo 1 a) del reglamento del Comité, en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, no participó en el examen de la comunicación el Sr. Jorge Cardona Llorens, miembro del Comité.

\*\*\* Opiniones individuales de Hatem Kotrane, Benyam Dawit Mezmur, Olga A. Khazova, Mikiko Otani, Ann Marie Skelton y Velina Todorova.



1.1 El autor de la comunicación es N. B. F., ciudadano de Côte d'Ivoire, quien afirma haber nacido el 26 de marzo 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 relativo a un procedimiento de comunicaciones entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014.

1.2 El 21 de febrero de 2017, de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, 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.

1.3 El 15 de junio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, decidió rechazar la solicitud del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo.

### **Los hechos según el autor**

2.1 El 26 de enero de 2017, la Policía Nacional española interceptó la patera en la que viajaba el autor cuando pretendía acceder ilegalmente a España. En el momento de su detención, el autor, que se encontraba indocumentado, manifestó haber nacido el 26 de marzo de 2000.

2.2 El 27 de enero de 2017, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada ordenó la práctica de pruebas osteométricas para determinar la edad del autor<sup>1</sup>. Dichas pruebas fueron practicadas ese mismo día en el Hospital Virgen de las Nieves de Granada y consistieron en una radiografía de la mano izquierda. El resultado de dicha radiografía determinó que la edad ósea del autor era "superior a 19 años"<sup>2</sup>.

2.3 Basándose en el resultado de dicha prueba, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada dictó ese mismo día un decreto que determinaba que el autor era mayor de edad<sup>3</sup>.

2.4 El 28 de enero de 2017, el Juzgado de Instrucción Núm. 3 de Motril ordenó el ingreso del autor en un centro de internamiento de extranjeros por un período máximo de 60 días, pendiente de la ejecución del acuerdo de devolución. El autor fue trasladado al centro de internamiento de extranjeros de Barcelona. En el momento de ingresar en dicho centro, manifestó nuevamente ser menor de edad, por lo que el cuerpo policial del centro envió un fax, con fecha de 15 de febrero de 2017, a la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Barcelona y a la administración pública de protección de menores (Generalitat de Catalunya) comunicando dicha situación. El autor afirma no haber recibido respuesta alguna hasta el momento.

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

### **Queja**

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

---

<sup>1</sup> Según copia aportada, la Fiscalía ordenó la práctica de "pruebas de osteometría precisas (...) debiendo remitirse el referido informe y radiografías correspondientes, así como concretando la horquilla de edad mínima y máxima en la que se encuentra el examinado".

<sup>2</sup> El autor aporta copia de dicho resultado médico del Servicio de Psiquiatría del Hospital Virgen de las Nieves de Granada.

<sup>3</sup> La mayoría de edad en España es a los 18 años.

los métodos utilizados para determinar la edad de estos niños varían según la comunidad autónoma de que se trate<sup>4</sup>.

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

3.3 El autor sostiene que el principio del interés superior del niño debe imperar en todo el procedimiento de determinación de la edad, debiendo realizarse únicamente aquellas pruebas médicas que resulten necesarias y de acuerdo con la ética médica. Los informes médicos resultantes deben indicar siempre el margen de error existente. Asimismo, la realización e interpretación de las radiografías debe ser a cargo de personal médico especializado en radiodiagnóstico, y la evaluación global de los resultados debe realizarla personal médico especializado en medicina legal y forense, siendo a menudo los servicios radiológicos los que realizan la evaluación de las pruebas<sup>5</sup>. Por último, la determinación de la edad debe basarse en diversas pruebas y exámenes complementarios. Asimismo, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, no cabe realizar pruebas de determinación de la edad cuando el niño se encuentre en posesión de documentos de identidad<sup>6</sup>.

3.4 El autor alega ser víctima de una violación del artículo 3, leído juntamente con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, dada la falta de nombramiento de un tutor o representante, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del niño no acompañado<sup>7</sup>. Sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad sobre la base de pruebas no fiables, quedó desamparado y sin la protección debida, en una situación de vulnerabilidad extrema.

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

<sup>4</sup> El autor cita las observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/3-4), párrs. 27 y 59.

<sup>5</sup> El autor cita el informe del Síndic de Greuges “Resolución sobre el proceso de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados” (2011).

<sup>6</sup> El autor cita asimismo el informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Consejo General de la Abogacía Española y Banesto “Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España” (2009); y el informe de La Merced Migraciones-Mercenarios, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Save the Children, Cátedra Santander de Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas, Baketik y Acem *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009.

<sup>7</sup> El autor cita la observación general núm. 6 (2005) del Comité, sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 21.

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

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

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

### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad**

4.1 En sus observaciones de 31 de marzo y 11 de abril de 2017, el Estado parte sostiene que la comunicación es inadmisibles por constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones y por ser manifiestamente infundada, de conformidad con el artículo 7 c) y f) del Protocolo Facultativo, respectivamente. Señala que el autor no ha aportado ninguna prueba que certifique su minoría de edad. Al igual que otros casos registrados ante el Comité, el autor es una persona presuntamente cercana a la mayoría de edad, que aparenta ser mayor de edad y que ha pasado, previo consentimiento, pruebas médicas objetivas en España que certifican su mayoría de edad; que no presenta ningún documento de identidad original con datos biométricos ni pruebas médicas que desmientan las practicadas, a pesar de estar representado por abogados con recursos; y que no manifiesta cuáles serían las pruebas médicas adecuadas. El Estado parte cita el caso *M. E. B. c. España*<sup>8</sup>, cuyo autor sostenía ser menor de edad pese a la existencia de una prueba radiológica que concluía que tenía 18 años. Tras averiguaciones policiales realizadas por España en el país de origen del autor, se determinó que éste había intentado suplantar una identidad ajena y que tenía realmente 20 años. El Estado parte advierte sobre las “mafias que trafican y se lucran con la inmigración ilegal, incitando a las personas a abandonar sus países en pos de una incierta y falsa bonanza en Europa”, y que frecuentemente recomiendan a estas personas que no lleven consigo o que oculten documentos de identidad y que aleguen ser menores de edad.

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

4.3 El Estado parte informa que, en fecha 27 de febrero de 2017, habiéndose excedido el tiempo máximo de sesenta días de internamiento en un centro de internamiento de extranjeros sin haberse ejecutado la orden de expulsión, el autor fue puesto en libertad. El autor se encuentra actualmente a cargo de la Fundación Cepaim en Teruel (Aragón).

4.4 El Estado parte sostiene que se ha vuelto a examinar la situación del autor de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, habiéndose concluido que: a) existen varias pruebas objetivas —la radiografía de la mano izquierda y el examen físico<sup>9</sup>— realizadas por médicos especializados bajo supervisión fiscal y judicial que demuestran que el autor es mayor de edad; b) no se ha aportado ninguna prueba documental que demuestre lo contrario; y c) la devolución del autor a su país de origen, donde tiene arraigo personal y familiar, no evidencia ningún riesgo irreparable para él ni constituye una circunstancia excepcional.

<sup>8</sup> *M. E. B. c. España* (CRC/C/75/D/9/2017).

<sup>9</sup> No se aporta copia del resultado del examen físico practicado.

4.5 El Estado parte informa sobre la aplicación de un protocolo específico para el caso de presuntos menores no acompañados<sup>10</sup>, conforme al cual, si un inmigrante en situación irregular alega ser menor de edad no acompañado y aparenta claramente ser menor de edad, es confiado inmediatamente a las autoridades de protección de menores y registrado en el Registro de Menores No Acompañados. Si se evidencian dudas de su apariencia física, se practican inmediatamente, previo consentimiento informado del interesado, pruebas médicas de determinación de la edad, conforme a los criterios aceptados por la comunidad médica forense. El resultado de dichas pruebas —que se interpreta en el sentido más favorable al inmigrante— es el que se tiene en cuenta para considerar si se aplican en lo sucesivo las disposiciones específicas de protección de menores.

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

5.1 En sus comentarios de 26 de mayo de 2017, el autor manifiesta que, si bien se le nombró un abogado de oficio —como persona mayor de edad— para tramitar el procedimiento de devolución en su contra, no se le nombró en ningún momento un representante para defender sus intereses en tanto que menor de edad y libremente designado por el autor, en violación del artículo 12 de la Convención<sup>11</sup>.

5.2 Señala que, dada su experiencia migratoria, su apariencia es muy distinta a la de una persona con una vida normalizada y no puede ser el factor relevante para determinar su edad. Insiste en la falta de fiabilidad de las pruebas basadas en el Atlas de Greulich y Pyle y sostiene que no se respetó su derecho a la presunción de minoría de edad<sup>12</sup>. Sostiene también que los niños extranjeros no acompañados deben ser puestos a disposición de los servicios de protección de menores incluso antes de la determinación de su edad. Discute que las pruebas médicas de determinación de la edad practicadas sean aceptadas por la comunidad médica forense.

5.3 El autor señala que no consta su consentimiento firmado ni la traducción de dicho documento a su idioma, ni la forma en que se le informó de las consecuencias de dicho consentimiento.

5.4 El autor sostiene que las afirmaciones del Estado parte relativas a su supuesto arraigo personal y familiar en su país son totalmente infundadas y no corroboradas.

5.5 El Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados ha sido impugnado ante el Tribunal Supremo ya que muchos de sus artículos se consideran inconstitucionales. En particular, dicho protocolo permite, en el caso de niños en posesión de un pasaporte, dejar sin efecto dicho pasaporte si la persona en apariencia es mayor de edad. El Tribunal Supremo ha determinado que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas (...) de determinación de su edad”.

5.6 Por último, el autor alega que el Estado parte ha incumplido la medida provisional dictada por el Comité dado que fue puesto a disposición de una entidad social privada como persona mayor de edad. Aclara que dicho traslado se produjo cuando aún no había transcurrido el plazo máximo de estancia en el centro de internamiento de extranjeros.

### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

6.1 En sus observaciones de fecha 10 de noviembre de 2017, el Estado parte reitera sus argumentos de inadmisibilidad. Señala que, a partir de la foto actual del autor, no hay duda

<sup>10</sup> Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 16 de octubre de 2014.

<sup>11</sup> El autor cita asimismo la observación general núm. 6 del Comité, párr. 25.

<sup>12</sup> El autor cita la observación general núm. 6, párr. 31 i), así como la resolución del Parlamento Europeo, de 5 de febrero de 2009, sobre la aplicación de la Directiva 2003/9/CE, párr. 51.

de que es mayor de edad. El propio representante del autor reconoce tácitamente que éste no aparenta ser menor de edad al ofrecer la explicación de su experiencia migratoria como justificación de su apariencia física.

6.2 El Estado parte mantiene que un criterio mínimo para la admisión de comunicaciones en virtud del Protocolo Facultativo debe ser que se presente una mínima prueba de que el autor es un niño.

6.3 El Estado parte señala que la conformidad de la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad con los derechos humanos ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Ahmade c. Grecia*. En dicha sentencia, el Tribunal interpretó la negativa del autor a someterse a una prueba radiológica dental como la muestra de un temor a que dicha prueba revelara una edad distinta a la alegada<sup>13</sup>.

6.4 El Estado parte reitera sus argumentos relativos a la falta de agotamiento de los recursos internos disponibles. Si bien la determinación provisional de la edad por el Ministerio Fiscal no es revisable judicialmente, el propio Ministerio Fiscal puede acordar la práctica de nuevas diligencias de investigación cuando se presenten nuevas pruebas objetivas. Asimismo, se puede solicitar al juez civil del lugar de internamiento que revise cualquier decisión de la comunidad autónoma en la que no se considere a la persona menor de edad. Se puede recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra la orden de devolución y contra la eventual denegación de asilo. Por último, se puede instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dado que, según lo manifestado por el Tribunal Constitucional, la determinación de la edad realizada por el Ministerio Fiscal es meramente “provisionalísima”.

6.5 El Estado parte sostiene que la queja es genérica y aparentemente 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.

6.6 A falta de prueba fehaciente sobre su minoría de edad, y sobre la exclusiva base de su declaración, no procedía mantener al autor en un centro con personas menores de edad, dado que ello podría conllevar un grave riesgo de abusos y malos tratos de estas últimas.

6.7 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, el Estado parte hace notar que el autor ha omitido informar que fue rescatado por autoridades españolas cuando se encontraba a bordo de una frágil embarcación; que fue atendido por servicios sanitarios a su llegada a territorio español, y por abogado e intérprete gratuitos; que tan pronto como alegó ser menor de edad se comunicó esta circunstancia al Ministerio Fiscal, institución a cargo de velar por el interés superior del menor; y que en la actualidad el autor se encuentra en libertad, beneficiándose de asistencia social. En consecuencia, difícilmente puede hablarse de una falta de asistencia legal o de desamparo del autor, aun si éste hubiera sido menor de edad, que no es el caso.

6.8 En cuanto a las alegaciones basadas en su derecho a la identidad, el Estado parte insiste en que el autor no ha aportado ningún documento de identidad oficial —menos aún con datos biométricos contrastables—. Sin embargo, las autoridades españolas le registraron con el nombre declarado cuando accedió ilegalmente a suelo español.

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

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ahmade v. Grèce*, demanda núm. 50520/09, 25 de septiembre de 2012, párrs. 77 y 78.

6.10 En cuanto a las medidas de reparación solicitadas, el autor no indica qué medios debieran utilizarse para descartar las pruebas médicas practicadas. En cuanto al resto de solicitudes, el Estado parte señala que el autor ya ha recibido protección pública. En cuanto a la educación gratuita, el autor la recibiría automáticamente si fuera menor de edad. Por último, los permisos de residencia y trabajo solo pueden adquirirse cumpliendo los requisitos legales generales, que no cumple por haber entrado ilegalmente y no haber solicitado protección internacional.

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

7.1 En sus comentarios de 3 de enero de 2018, el autor insiste que el Estado parte se basa en su apariencia física, lo cual denota la falta de criterios rigurosos y fiables para establecer la edad.

7.2 El autor insiste en la falta de designación de representante durante el procedimiento de determinación de la edad, así como en su falta de consentimiento para la realización de pruebas médicas de determinación de la edad.

7.3 El autor discute que su representante disponga de recursos para presentar pruebas médicas alternativas, siendo el Estado parte el que tiene la obligación de realizar dichas pruebas.

7.4 El autor señala que el Estado parte cita el caso *M. E. B. c. España* pero omite otro caso del Comité, *R. L. c. España*<sup>14</sup>, cuyo autor resultó ser menor de edad tras comprobaciones realizadas con el Consulado de Argelia en Barcelona a pesar de haber sido previamente declarado mayor de edad con base en las pruebas radiológicas practicadas, lo cual demuestra la poca fiabilidad de dichas pruebas.

7.5 En cuanto a los recursos contra la orden de devolución, el autor señala que el abogado de oficio que le fue designado no le asistió de forma presencial en ningún momento, ni se realizó ninguna entrevista. Dicho abogado no pudo preparar ningún recurso debido a que el mismo fue designado en Motril y el autor fue trasladado a Barcelona, sin que la normativa española prevea un cambio de abogado de oficio cuando una persona es trasladada a otra comunidad autónoma. Añade que el único recurso que puede presentarse contra la orden de devolución es administrativo, y no judicial. En cuanto a los recursos contra el auto judicial de internamiento, el autor señala que dicho auto no indicaba nada acerca de la determinación de la edad del autor.

### **Intervención de terceros**<sup>15</sup>

8.1 El 3 de mayo de 2018, el *ombudsman* de Francia (*Défenseur des droits*) presenta una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad. El *ombudsman* sostiene que los procesos de determinación de la edad deben gozar de las garantías necesarias para asegurar el respeto al mejor interés del niño. Según un informe del Consejo de Europa de 2017, las garantías procesales reconocidas por los tratados internacionales “no se respetan de forma coherente en todos los Estados parte”<sup>16</sup>.

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

<sup>14</sup> *R. L. c. España* (CRC/C/77/D/18/2017).

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

<sup>16</sup> Consejo de Europa, *Age Assessment: Council of Europe Member States' Policies, Procedures and Practices Respectful of Children's Rights in the Context of Migration* [Determinación de la edad: política, procedimientos y prácticas en los Estados miembro del Consejo de Europa respetuosas de los derechos del niño] (2017), pág. 6.

8.3 No existen reglas ni acuerdos comunes sobre determinación de la edad en los Estados europeos. Varios Estados combinan pruebas médicas y no médicas. Las pruebas médicas practicadas incluyen radiografías de la muñeca izquierda (23 Estados), radiografías dentales (17 Estados), radiografías de la clavícula (15 Estados), observación dental (14 Estados), o estimaciones basadas en la apariencia física (12 Estados). Aunque la determinación de la edad ósea es común, no es fiable, afecta a la dignidad y la integridad física de los niños y no presenta ninguna indicación médica, según lo confirmado por el Real Colegio de Radiólogos de Londres. En su resolución de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea, el Parlamento Europeo condenó el carácter inadecuado e invasivo de las técnicas médicas utilizadas para determinar la edad basadas en la edad ósea, las cuales pueden ser traumáticas, presentan amplios márgenes de error y se practican en ocasiones sin el consentimiento del niño.

8.4 El método Greulich y Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante, compuesta en su mayoría por adolescentes del África Sahariana, Asia o Europa del Este que huyen de sus países de origen, a menudo en condiciones socioeconómicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socioeconómica de la persona, lo cual justifica que ese método sea inapto para determinar la edad de la población no europea<sup>17</sup>. Ese método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre los 15 y los 18 años<sup>18</sup>. Según el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrece meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Esta interpretación de la información puede además variar de un país a otro, o de un especialista a otro<sup>19</sup>. El Comité de los Derechos del Niño también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea<sup>20</sup>.

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

<sup>17</sup> Véase M. Mansourvar y otros, “The applicability of Greulich and Pyle Atlas to assess skeletal age for four ethnic groups” [La aplicación del Atlas Greulich y Pyle para medir el desarrollo de la edad ósea para cuatro grupos étnicos], *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol. 22 (febrero de 2014), págs. 26 a 29.

<sup>18</sup> El *ombudsman* cita, entre otros, el informe del UNICEF sobre prácticas de determinación de la edad, 2011; el informe de la Academia Nacional de Medicina de Francia sobre la fiabilidad de las pruebas médicas para determinar la edad para fines judiciales y posibles mejoras para los niños no acompañados (“Sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l’âge à des fins judiciaires et la possibilité d’amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés”, *Bulletin de l’Académie nationale de médecine*, vol. 191, núm. 1 (enero de 2007), págs. 139 a 142); y el informe de la Sociedad pediátrica suiza titulado “Détermination de l’âge des jeunes migrants” [Determinación de la edad de los jóvenes migrantes], de 2017.

<sup>19</sup> Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Human Rights Comments, “Methods for assessing the age of migrant children must be improved” [Los métodos para determinar la edad de los niños migrantes deberían mejorar”] (2011).

<sup>20</sup> Observación general núm. 6 y observación general conjunta núm.4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre 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.

h) que exista un recurso efectivo para impugnar una decisión basada en un procedimiento de determinación de la edad.

8.6 El *ombudsman* recuerda que la detención de niños migrantes, aunque sea por períodos cortos o para fines de determinación de la edad, está prohibida por el derecho internacional y que los Estados deberían recurrir a medidas alternativas. Los Estados deberían prohibir la privación de libertad de los niños o su detención en centros para adultos<sup>21</sup>. Se debería informar inmediatamente a los servicios de protección de la infancia para que éstos pudieran valorar las necesidades de protección del niño<sup>22</sup>.

### Comentarios de las partes sobre la intervención de terceros

9. En sus comentarios de 1 de agosto de 2018, el autor sostiene que la intervención reafirma que el método utilizado para determinar su edad no fue apropiado dado el amplio margen de error, en particular en su grupo de edad. Los Institutos de Medicina Legal españoles también han afirmado lo mismo y han elaborado “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”<sup>23</sup>.

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

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

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

10.4 Cuando la persona aparenta ser menor o se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad con datos biométricos, no se la somete a pruebas de determinación

<sup>21</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Tarakhel v. Suisse*, demanda núm. 29217/12.

<sup>22</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, demandas núms. 25794/13 y 28151/13.

<sup>23</sup> El autor adjunta “Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España (2010)”, cuyo objetivo es “la normalización y armonización de las condiciones mínimas exigibles a los informes periciales, así como de la interpretación de los márgenes de error que se derivan de la distribución normal y la variabilidad del desarrollo madurativo individual. Se propone que la estimación de la edad se realice en Institutos de Medicina Legal por facultativos experimentados sometidos a supervisión, tras obtener el consentimiento informado del presunto menor” (*Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1 (enero-marzo de 2011), pág. 22).

de la edad. Finalmente, el *ombudsman* francés no especifica qué pruebas de determinación de la edad deberían utilizarse.

### **Deliberaciones del Comité**

#### *Consideración de la admisibilidad*

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

11.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibles de conformidad con el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo porque el autor aparenta claramente ser mayor de edad y no ha aportado prueba documental ni médica alguna que certifique lo contrario. El Comité observa, sin embargo, que no existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que el autor, un joven que alegaba ser menor de edad en el momento de los hechos, fuera un adulto en el momento de su llegada a España. En consecuencia, el Comité considera que el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo no constituye obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

11.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque: a) no solicitó al Ministerio Fiscal la revisión del decreto de determinación de la edad, b) no solicitó la determinación judicial de la edad, c) no recurrió contra la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y d) no recurrió contra el auto de internamiento ante la jurisdicción civil. Sin embargo, el Comité observa que, según lo señalado por el Estado parte, la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por el Ministerio Fiscal procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba, cuales serían documentos de identidad con datos biométricos o nuevas pruebas médicas que desvirtúen las anteriores. En este sentido, el Comité hace notar que el autor no disponía de los documentos indicados por el Estado parte ni de los recursos para someterse a pruebas médicas alternativas y que, en todo caso, según lo manifestado por el autor, correspondería al Estado parte la realización de aquellas pruebas, médicas y psicológicas, necesarias para determinar la edad del autor. El Comité observa asimismo que, mediante fax de 15 de febrero de 2017, el Ministerio Fiscal fue informado de la reiteración del autor de su minoría de edad, hecho que no propició por sí solo la práctica de nuevas pruebas de determinación de la edad. 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 vigente. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían la deportación del autor. En consecuencia, el Comité considera que el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

11.4 El Comité considera que las alegaciones del autor basadas en los artículos 18, párrafo 2, 20, párrafo 1, 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.

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

#### *Examen de la cuestión en cuanto al fondo*

12.1 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.

12.2 La cuestión 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 alegó ser menor de edad, 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 pruebas médicas que sirvieron 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.

12.3 El Comité considera 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 imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité considera que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad.

12.4 El Comité recuerda que, 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. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta 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 utilizar métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios<sup>24</sup>.

12.5 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 pruebas médicas consistentes en una radiografía de su mano izquierda y un supuesto examen físico, 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 las pruebas practicadas, el centro médico en cuestión determinó que la edad ósea del autor era superior a 19 años según el Atlas de Greulich y Pyle, sin establecerse ningún margen de desviación posible; y c) con base a este resultado médico, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Granada emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad.

12.6 El Estado parte ha citado el caso *M. E. B. c. España* como precedente que demostraría la fiabilidad de la prueba radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle. Sin embargo, el Comité observa la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de dicho examen, 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.

12.7 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se le podía considerar directamente como tal sin necesidad de practicar prueba alguna, a pesar de lo cual en el presente caso se procedió a realizar pruebas médicas de determinación de la 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 madurez psicológica (...) 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,

<sup>24</sup> Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, párr. 4.

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 tal<sup>25</sup>.

12.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor —no refutadas por el Estado parte— de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses en tanto que posible niño a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados parte deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas 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 equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchadas. 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.

12.9 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, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular el examen utilizado para determinar la edad del autor y la ausencia de un representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, 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.

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

12.11 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de la medida provisional consistente en el traslado del autor a un centro de protección de menores mientras su caso se encontraba pendiente de examen. El Comité considera que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados parte se comprometen a 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 individuales. 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 esos 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 a 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.

12.12 El Comité, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

13. El Estado parte tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante los procedimientos se designe rápidamente a las personas sometidas a los mismos una representación calificada y gratuita.

14. 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.

<sup>25</sup> Observación general núm. 6, párr. 31 i).

15. 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.

## Anexo I

[Original: inglés]

### **Opinión conjunta de los miembros del Comité Benyam Dawit Mezmur, Olga A. Khazova, Ann Marie Skelton y Velina Todorova (concurrente)**

1. Esta opinión presenta una justificación diferente para alcanzar el mismo resultado del dictamen de la mayoría y aclara la forma en que debería otorgarse el beneficio de la duda.

#### **Admisibilidad**

2. Coincidimos con la opinión de la mayoría sobre la admisibilidad (párr. 11.2), pero presentamos argumentos adicionales. Las deficiencias de los procedimientos de determinación de la edad son fundamentales para este asunto, y declarar la inadmisibilidad del caso sobre la base de las pruebas derivadas de ese proceso sería prejuzgarlo. Tanto el autor como el Estado parte proporcionan ejemplos que demuestran que el método de determinación de la edad produce resultados poco fiables. En el dictamen de la mayoría (párr. 4.1), el Estado parte cita el caso *M. E. B. c. España*<sup>1</sup>, en el que una prueba radiológica había concluido que el autor (quien sostenía ser menor de edad) tenía 18 años. Tras la realización de averiguaciones, se determinó que realmente tenía 20 años. El autor señala (párr. 7.4) el caso *R. L. c. España*<sup>2</sup>, en el que el autor resultó ser menor de edad a pesar de haber sido previamente declarado mayor de edad con base en los resultados de las pruebas radiológicas practicadas. Esto demuestra que la presentación del Estado parte de los resultados de la prueba (18 años) como precisos y sin margen de error no es acertada. Por lo tanto, no podemos basarnos en el resultado de la prueba como causa de inadmisibilidad.

#### **Fondo**

3. Estamos de acuerdo con las conclusiones expresadas en los párrafos 12.3, 12.4 y 12.8 del dictamen de la mayoría.

4. Coincidimos también con la conclusión (párr. 12.9) de que la ausencia de un procedimiento multidisciplinario para determinar la edad y la falta de garantías llevaron a concluir 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.

5. Sin embargo, para llegar a la conclusión de que se había infringido la Convención, el Comité debió establecer que el autor era un niño o que, a falta de pruebas fehacientes, se debía otorgar al autor el beneficio de la duda respecto de su edad. En otras palabras, se debía dar prelación a su declaración sobre su edad y no a la edad determinada mediante la prueba defectuosa.

6. Es necesario examinar las pruebas del caso sobre la edad del autor. El Estado parte se basó en gran medida en la apariencia física del autor. El autor realizó una declaración, no comprobada, sobre su edad. La única prueba adicional que se obtuvo eran los resultados de la prueba radiológica defectuosa, y, por lo tanto, no podemos basarnos en ella. ¿Debió el autor aportar más pruebas? Existen situaciones en las que los niños han huido de situaciones de peligro y buscan asilo, y en tales circunstancias es muy poco probable que logren obtener pruebas de las autoridades de sus países de origen o de las embajadas. Los problemas relacionados con la falta de certificados de nacimiento y la apatridia se suman a las dificultades para demostrar la edad. Sin embargo, en el presente caso, el autor no

---

<sup>1</sup> CRC/C/75/D/9/2017.

<sup>2</sup> CRC/C/77/D/18/2017.

formula ninguna de esas alegaciones y no aduce las razones por las que no ha podido obtener las pruebas que demuestran su edad.

7. ¿No está el Estado parte, gracias a los recursos a su disposición, en una posición más sólida para determinar la edad? En situaciones en las que el niño está solicitando asilo, no sería adecuado que el Estado parte colabore con el Estado de origen para determinar la edad del niño u obtener otros datos personales. Al respecto, no se ha sugerido que el autor estuviera solicitando asilo. Si bien es cierto que el autor no demostró su edad correcta, el Estado parte tampoco aportó ninguna prueba real de la edad correcta del autor.

8. Por lo tanto, el Comité no dispone de pruebas fiables sobre la edad. El dictamen de la mayoría de los miembros del Comité no se basa exactamente en la conclusión de que se debería conceder el beneficio de la duda al autor. Sin embargo, esta es una de las cuestiones fundamentales en el presente caso. En nuestra opinión, esta es la única forma en la que se puede determinar que se vulneraron los derechos del autor en el sentido de los artículos 3 y 12 de la Convención.

9. En la intervención de terceros presentada por el *ombudsman* de Francia (*Défenseur des droits*) se recomendó que, en caso de duda, se debería presumir que la persona es un niño durante el proceso de determinación de la edad y que en casos en los que la duda persista al final del procedimiento, debería prevalecer el beneficio de la duda.

10. A toda persona que afirme ser un niño se le debería conceder el beneficio de la duda, toda vez que cualquier otro enfoque requerirá que se realice una determinación previa de la cuestión misma que se debe establecer: la edad de la persona. Sin embargo, se puede comprender a un Estado parte que, tras haber empleado un proceso de determinación de la edad que cuente con las garantías exigidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, continúe recibiendo solicitudes interminables de que se otorgue el beneficio de la duda a todo aquel que siga insistiendo en que es un niño. En el presente caso, puede ser pertinente la observación general núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, en la que el Comité sostiene que el beneficio de la duda consiste en que, en la hipótesis de que la persona sea un menor, se lo trate como tal. Este enfoque evita que una persona deshonesto solicite el beneficio de la duda cuando no exista la posibilidad de que se trate de un menor.

11. ¿Qué aporta esto al presente caso? No existen pruebas fiables en cuanto a la edad. A pesar de que no llegamos a la conclusión de qué parte tiene la responsabilidad de presentar esas pruebas, se debe señalar que ninguna parte lo hizo ni adujo razones para no hacerlo. Esta situación debería evitarse en casos futuros, y las partes deberían procurar obtener y presentar todas las pruebas disponibles o explicar su ausencia. Sin embargo, ante la falta de pruebas fiables en el presente caso, se debería conceder el beneficio de la duda.

12. El Estado parte otorgó en un principio el beneficio de la duda al autor, y realizó la prueba radiológica defectuosa. El autor continuó insistiendo en que era un niño y el Estado parte se negó a concederle una vez más el beneficio de la duda. ¿Se equivocó el Estado parte al proceder de esta manera?

13. Si se hubiera definido y empleado un proceso de determinación de la edad conforme a la Convención, se habría podido aceptar justificadamente la edad determinada y llegar a la conclusión de que no quedaban dudas. Sin embargo, esas no eran las circunstancias del caso. Coincidimos con la decisión del Comité (párr. 12.9) de que el proceso de determinación de la edad no cuenta con las garantías necesarias previstas en la Convención. En tales circunstancias, el Estado parte debía haber otorgado el beneficio de la duda al autor, incluso después de haber concluido el proceso de determinación de la edad. Ante la ausencia de pruebas fiables y en el contexto de un proceso de determinación de la edad que no cuenta con las garantías previstas en la Convención, el Comité también debe conceder el beneficio de la duda al autor y considerar que se le debía tratar como un niño. Al no haberlo hecho, el Estado parte incurre en una violación de los derechos del autor reconocidos en los artículos 3 y 12 de la Convención.

## Anexo II

[Original: inglés]

### Opinión individual de la miembro del Comité Mikiko Otani (disidente)

1. Lamento presentar una opinión disidente, ya que estoy de acuerdo con la mayor parte de las conclusiones de la decisión de la mayoría, tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo, incluidos los problemas del proceso de determinación de la edad empleado por el Estado parte. Sin embargo, no me puedo sumar a la conclusión de que el Estado parte violó los derechos del autor reconocidos en los artículos 3 y 12 de la Convención.

#### Admisibilidad

2. Estoy de acuerdo con la decisión sobre la admisibilidad, pero es necesario ampliar la razón aducida en el párrafo 11.2. En el expediente del presente caso no existe ninguna prueba de que el autor fuera un adulto cuando se cometió la presunta vulneración de sus derechos, es decir, cuando el autor fue sometido al proceso de determinación de la edad. Si se comprobara, incluso después, que el autor era un adulto en ese momento, la comunicación sería incompatible con las disposiciones de la Convención, en cuanto que instrumento que protege los derechos del niño, y, por lo tanto, inadmisibles de conformidad con el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo<sup>1</sup>. Sin embargo, el argumento del Estado parte sobre la inadmisibilidad con arreglo a este artículo se basa solamente en la foto actual del autor, que, según el Estado parte, no deja ninguna duda de que es mayor de edad (párr. 6.1) A pesar de que el expediente contiene una copia del informe médico del Servicio de Psiquiatría del Hospital Virgen de las Nieves de Granada, aportada por el autor, según la cual los resultados de la radiografía determinaban que la edad ósea del autor era “superior a 19 años” (párr. 2.2), el Comité no puede basarse en ese informe para concluir que el autor era un adulto, toda vez que la fiabilidad de la prueba y la estimación realizada son cuestionables. Por consiguiente, el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

#### Fondo

3. Considero que en la decisión no se tuvieron debidamente en cuenta los hechos de que el autor no ha aportado ninguna prueba que demostrara que era un niño, aparte de su declaración, y de que el autor no aprovechó el procedimiento a su disposición previsto en la legislación española que le habría permitido probar que era un niño, a pesar de que se le asignó un abogado. Asimismo, la información de que dispone el Comité no indica que el autor hubiera tratado de aportar pruebas para demostrar que era un niño, y el autor tampoco argumentó la razón por la que no podía presentar prueba alguna; por ejemplo, que el nacimiento no había sido inscrito, que no disponía de un certificado de nacimiento o que lo había perdido.

4. No es mi intención dar a entender con lo anterior que el proceso empleado por el Estado parte para determinar la edad no presentaba problemas. Al contrario, estoy de acuerdo con las conclusiones expresadas en los párrafos 12.3, 12.4 y 12.8. El método y la falta de garantías procesales en el proceso de determinación de la edad empleado por el Estado parte habrían violado los derechos del autor reconocidos en la Convención si fuera un niño. Sin embargo, sobre la base de la información aportada, no creo que el Comité esté en condiciones de concluir que se cometió una violación de los derechos del autor en calidad de niño. No me convence el argumento de que se debía haber dado el beneficio de la duda al autor y establecido que era un niño en el momento de la presunta violación. Es posible que se presente alguna situación en la que la incertidumbre de que el autor fuera un niño persista a pesar de las pruebas aportadas por el autor. En ese caso, sería apropiado que

<sup>1</sup> *Y. M. c. España* (CRC/C/78/D/8/2016).

el Comité concluyera que el autor era un niño otorgándole el beneficio de la duda. Sin embargo, esas no son las circunstancias de la presente comunicación, toda vez que el autor no ha aportado ninguna prueba además de su declaración de haber nacido el 26 de marzo de 2000 (párr. 2.1) y de que era menor de edad (párr. 2.4). No sugiero que las declaraciones orales del autor carezcan de valor probatorio. Tampoco tengo la intención de presentar argumentos sobre la carga de la prueba. Mi posición es que, en el presente caso, el Comité necesitaba al menos información adicional que indicara que el autor era un niño para concluir que existió una violación de sus derechos en calidad de niño.

5. Considero que es mi obligación señalar que el objeto de las comunicaciones individuales es otorgar recursos a la persona a quien se le hayan vulnerado los derechos que le reconoce la Convención. En mi opinión, la decisión de la mayoría confunde dos cuestiones: por un lado, si el proceso de determinación de la edad que empleó el Estado parte infringió sus obligaciones dimanantes de la Convención y, por otro lado, si se violaron los derechos del autor reconocidos en la Convención. Esta confusión también se ve reflejada en la decisión de la mayoría sobre los recursos otorgados, ya que el Comité solo recomienda medidas generales para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro y no formula recomendaciones sobre los recursos de que se deban otorgar al autor de conformidad con el artículo 27, párrafo 4, del Reglamento del Comité en relación con el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (párr. 13).

6. Para proteger eficazmente los derechos específicos del niño reconocidos por el Pacto, el Comité debe ejercer adecuadamente las funciones que le confiere el Protocolo Facultativo.

## Anexo III

[Original: francés]

### Opinión individual del miembro del Comité Hatem Kotrane (disidente)

#### Admisibilidad

1. No estoy de acuerdo con la decisión de la mayoría de los miembros del Comité de que no existe ninguna prueba en el expediente que indique que el autor era un adulto en el momento de su llegada a España y que, en consecuencia, el artículo 7 c) del protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.
2. En mi opinión, existe una confusión entre el beneficio de la duda otorgado al niño ante las autoridades de inmigración y la condición de la edad como condición de admisibilidad de una comunicación presentada al Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo.
3. El autor no aporta al Comité ningún documento en el que se demuestre que es un niño. La condición de ser un niño es una cuestión fundamental del procedimiento ante el Comité. Solamente los niños pueden presentar comunicaciones y el Comité no es competente si, en el momento de la presentación de una comunicación, el autor no aporta ninguna prueba que demuestre que es un niño, como en el presente caso.
4. Asimismo, la presunción de minoría de edad, o beneficio de la duda, no está contemplada expresamente en el Protocolo Facultativo ni en la Convención. El Comité la reconoció como uno de los elementos para determinar la edad del joven que se presenta como menor no acompañado y que debe ser protegido por las autoridades durante el tiempo que sea necesario mientras se determina su edad. Por lo tanto, se presume que el joven es menor de edad desde que llega al país extranjero y acude a los servicios de inmigración, no cuando presenta una comunicación al Comité, que no dispone de ningún medio para efectuar evaluación alguna de la minoría de edad alegada, condición fundamental para el Comité, puesto que este debe corroborar su propia competencia, tal como se establece en el Protocolo Facultativo.
5. La edad constituye además un hecho jurídico. De esta calificación se entiende que la prueba de la edad es libre en principio. Los documentos del registro civil son pruebas eficaces y los abogados del autor deberían haber presentado al Comité esos documentos, cuyo valor probatorio se basa en una presunción de la validez de los documentos extendidos en el extranjero.
6. En el presente caso, sin embargo, el autor no presenta al Comité ningún documento que demuestre que es un niño, a pesar de que las autoridades del Estado parte cuestionan su minoría de edad. El Comité no puede reconocer ninguna presunción de minoría de edad y la carga de la prueba de la condición de niño recae en el autor.

#### Fondo

##### *Presunción de minoría de edad*

7. La decisión de la mayoría se basa en recordar al Estado parte las limitaciones de las pruebas médicas, que no estuvieron acompañadas de pruebas psicológicas ni de entrevistas con el autor.
8. Sin embargo, conviene recordar que en la observación general núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, el Comité afirma que es conveniente: “en caso de incertidumbre, otorga[r] al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un

menor, se lo trate como tal<sup>2</sup>". En consecuencia, el principio es el de la presunción de minoría de edad, que, a su vez, se basa en dos presunciones: la de la autenticidad de los documentos presentados y la de la legitimidad de su titular. De esto se entiende que:

a) El Comité no excluye completamente el recurso a una evaluación científica, pero "la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana<sup>3</sup>";

b) El beneficio de la duda no es absoluto. Se otorga al niño "en caso de incertidumbre<sup>4</sup>" y "en la hipótesis de que se trate de un menor<sup>5</sup>".

9. Por lo tanto, si entre los resultados del examen científico que establecería la mayoría de edad y los documentos que comprobarían lo contrario persiste la incertidumbre, se debería otorgar al niño el beneficio de la duda. En 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, el Comité reiteró esta posición afirmando que "Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria<sup>6</sup>".

10. La situación es diferente cuando no persiste ninguna duda y la persona no aporta ningún documento y se limita a declarar que es un niño, a pesar de que las autoridades de inmigración practicaron un examen científico y comprobaron que era un adulto.

#### *Interés superior del niño y derecho a ser escuchado*

11. La decisión del Comité concluye que el Estado parte violó los artículos 3 y 12 de la Convención, en particular, al no asignar un representante que defendiera los intereses del joven durante el proceso de determinación de su edad.

12. Me parece que esta posición es exagerada, toda vez que los derechos reconocidos en los artículos 3 y 12 de la Convención se limitan a los niños. En efecto, el Estado parte está obligado a proteger a un joven que afirme ser menor de edad y a no de remitirlo, por ejemplo, a un centro de detención para adultos, pero no considero que la asignación de un representante *ad hoc* deba ser sistemática, si la persona no aportó ninguna prueba para demostrar que es menor de edad. Se debe acordar la presunción de la minoría de edad y asumir todas sus consecuencias, "en caso de incertidumbre<sup>7</sup>" persistente. Sin embargo, esto es precisamente lo que refuta el Estado parte, a pesar de que el autor no ha presentado ninguna prueba de su minoría de edad.

---

<sup>2</sup> Observación general núm. 6, párr. 31 i).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>7</sup> Observación general núm. 6, párr. 31 i).