



**Convención sobre los
Derechos del Niño**
Versión avanzada sin editar

Distr.: general
31 de mayo de 2019

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

**Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del
Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm.
22/2017*, ****

<i>Comunicación presentada por:</i>	J.A.B. (representado por Fundación Raíces)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	12 de junio de 2017
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	31 de mayo de 2019
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de niño no acompañado
<i>Cuestiones de Procedimiento:</i>	Falta de agotamiento de recursos internos, abuso del derecho a presentar comunicaciones, incompatibilidad <i>ratione personae</i> , falta de fundamentación de la queja
<i>Artículos de la Convención:</i>	2, 3, 6, 8, 12, 18(2), 20(1), 24 y 27
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	6

* Aprobado por el Comité en su 81º período de sesiones (13-31 de mayo de 2019).

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



1.1 El autor de la comunicación es J.A.B, ciudadano camerunés nacido el 1 de diciembre de 2000. Alega ser víctima de una violación de los artículos 2, 3, 6, 8, 12, 18(2), 20(1), 24 y 27 de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014.

1.2 De conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el 13 de junio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender la ejecución de la orden de expulsión contra el autor mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité, así como trasladarlo a un centro de protección de menores y suministrarle el tratamiento médico necesario para combatir las enfermedades diagnosticadas.

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

Los hechos según el autor

Llegada a España y acciones emprendidas para que sea tutelado

2.1 El autor vivía en Camerún con su padre y cinco hermanos. A los 10 años, empezó a vivir en la calle. Sin recursos suficientes para alimentarse y sin posibilidades de encontrar trabajo, el 5 de mayo de 2015, el autor dejó Camerún; pasó por Nigeria, Benín, Níger, Argelia y Marruecos, antes de llegar a Ceuta (enclave español en el continente africano) donde fue recibido por la Cruz Roja el 23 de abril de 2016.

2.2 Al haber manifestado ser menor de edad no acompañado, le contestaron que “era mejor que dijese que era mayor porque aquí [en Ceuta] no hay nada que [un menor] pueda hacer”¹. El autor fue llevado a comisaría, donde, en ausencia de traductor, no entendió lo que se decía; posteriormente, fue llevado al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta, donde contó con abogado y traductor. El autor permaneció en este centro para adultos cinco meses.

2.3 El 27 de septiembre de 2016, el autor fue trasladado a un centro para adultos de la Asociación Dianova, en la Comunidad de Madrid. Dadas las condiciones en las que se encontraban allí los inmigrantes, refugiados y toxicómanos, el autor abandonó el centro. Estuvo durmiendo en parques y albergues durante tres meses.

2.4 En octubre de 2016, el autor recibió de su familia su acta original de nacimiento camerunés, donde consta que su fecha de nacimiento es el 1 de diciembre de 2000². Con el acta de nacimiento original, el autor acudió el 27 de octubre de 2016 a la Embajada camerunesa en Madrid para solicitar la expedición de un pasaporte. El 3 de noviembre de 2016, el autor obtuvo su tarjeta de identidad consular, y el 30 de noviembre de 2016 obtuvo su certificado de inscripción consular.

2.5 El 29 de diciembre de 2016, el autor entró en contacto con la organización no gubernamental Fundación Raíces, donde se le indicó la importancia de comunicar su minoría de edad a efectos de ser debidamente protegido por el Estado parte. El autor la designó como su representante ante las autoridades españolas, manifestando asimismo que se negaría a someterse a pruebas médicas de determinación de la edad al contar con documentación oficial y original acreditativa de su minoría de edad. El autor citó las sentencias 453/2013 de 23 de diciembre de 2013 y 452/2014 de 24 de diciembre de 2014, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, según las cuales “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de

¹ De la lectura de los escritos posteriores, se desprende que sería muy común que menores extranjeros que llegan solos a las zonas fronterizas de Ceuta y Melilla digan que son mayores de edad para poder cruzar a la Península (ver párr. 5.1 infra).

² Consta en el expediente una copia a color del acta de nacimiento del autor, elaborado el 29 de diciembre de 2000 sobre declaración de nacimiento número 1678/2000 de la clínica de Douala.

su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada”³. El autor solicitó, asimismo: a) que se reconociera su minoría de edad, b) ser trasladado al Centro de Acogida de Menores, c) que se declarara su situación de desamparo, d) que la entidad de Protección de Menores asumiera su tutela.

2.6 Ese mismo día, Fundación Raíces se puso en contacto con la Policía Municipal de Madrid con el fin de poner a su disposición al menor en situación de desamparo. Dos agentes tutores de la Policía Municipal de Hortaleza se personaron en la sede de Fundación Raíces. A la vista de la situación de desamparo del autor, de su documentación de identidad oficial y del escrito mencionado previamente, fue trasladado al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza en Madrid⁴.

2.7 El 11 de enero de 2017, acompañado por una educadora del Centro de Menores, el autor acudió al Hospital Universitario la Paz donde se le diagnosticó con tuberculosis, esquistosomiasis (una enfermedad parasitaria, con tasa de mortalidad baja pero altamente incapacitante debido a las fiebres con las que se manifiesta), estrongiloidiasis (parasitosis intestinal asociada con malos hábitos higiénicos y precariedad socioeconómica, que puede causar traumatismos, daños mecánicos e inflamatorios en la piel, mucosa intestinal y pulmón), y malaria⁵.

Determinación de su mayoría de edad por el Estado parte

2.8 El 23 de enero de 2017, el autor informó a Fundación Raíces de que había sido citado por la Fiscalía de Menores de Madrid a una comparecencia para ese mismo día, y que deseaba ser acompañado por su abogado. Sin embargo, personal del Centro de Menores informó al letrado de Fundación Raíces que no le era permitido acompañar al autor. Desde Fundación Raíces se envió un fax a la Fiscalía, en el cual: a) se adjuntaba los documentos de identidad del autor y se informaba que, según conversación con la Embajada de Camerún, el pasaporte estaría listo en las dos semanas siguientes; b) se adjuntaba la declaración de representación y derecho a ser oído; y c) se recordaba la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desautorizando la realización de pruebas médicas para la determinación de edad de menores no acompañados documentados.

2.9 El 23 de enero de 2017, el autor compareció sin tutor ni abogado, a pesar de su petición de ser acompañado por éste. En la comparecencia, la Fiscal solicitó al autor que se sometiera a la realización de pruebas de determinación de la edad ya que su apariencia física no se correspondía con la edad manifestada. Le informó que, si se negaba, sería considerado mayor de edad. El autor no fue informado sobre la prueba que se pretendía realizar, su consistencia, la consideración que le iban a dar a sus resultados, y las implicaciones de la misma para su salud y sus derechos. Al disponer de documentación oficial y original expedida por las autoridades de su país de origen, el autor se negó a ser sometido a tales pruebas.

2.10 El 26 de enero de 2017, se dictó el decreto por el cual se declaró la mayoría de edad del autor, junto con la resolución administrativa por la que se cursó su baja del centro de protección de menores, entregados al autor el 3 de febrero de 2017, cuando funcionarios del Centro le comunicaron que sería expulsado del Centro esa misma tarde⁶.

2.11 El decreto de mayoría de edad considera que el acta de nacimiento no puede ser valorado al tratarse de una fotocopia. El autor indica que el original se encontraba en la Embajada para la emisión del pasaporte, y que, aun informando de ello, aportando el resguardo de solicitud del pasaporte, e indicando que en unas semanas se le entregaría, la Fiscalía no decidió aplazar la comparecencia. El decreto también dispone que la tarjeta de identidad consular “ha sido expedida encontrándose el interesado ya en España, por lo que

³ En escritos posteriores también hay referencia a otras sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desautorizando la realización de pruebas médicas para la determinación de edad de menores no acompañados documentados (como por ejemplo la sentencia 320/2015 de 22 de mayo de 2015).

⁴ De acuerdo al expediente, el traslado al Centro de Menores tuvo el efecto de poner al autor bajo tutela.

⁵ Constan en el expediente copias de los informes médicos del Servicio de Pediatría del Hospital Carlos III de 11 de enero de 2017, 22 de febrero de 2017, 1 de marzo de 2017, 24 de marzo de 2017 y 21 de abril de 2017.

⁶ De acuerdo al expediente, lo anterior tuvo el efecto de revocar la tutela del autor.

dicho documento carece de fiabilidad”, que su apariencia física no se corresponde con la edad manifestada, que desde su llegada a España fue considerado y tratado como mayor de edad, y que la “negativa reiterada a someterse a pruebas radiológicas, así como a examen físico por el médico forense, constituyen un indicio revelador de que el explorado teme que a través de las mismas se revele su verdadera edad”. El decreto retoma como supuesta fecha de nacimiento del autor el 3 de enero de 1998, fecha que consta en su expediente de expulsión, iniciado por haber entrado ilegalmente al país. Así, la resolución administrativa por la cual se cursa la baja del autor del Centro de Menores resuelve registrar esa fecha como fecha de nacimiento del autor.

2.12 Una vez en la calle, el autor fue trasladado al Centro Abierto Municipal para Personas sin Hogar “Catalina Labouré”, donde estuvo varios días durmiendo en una silla, junto con adultos. El autor estuvo posteriormente durmiendo en la calle, en el Albergue Municipal de San Juan de Dios, y también en casas de particulares que lo acogieron esporádicamente.

2.13 En marzo de 2017, la Embajada camerunesa en Madrid entregó su pasaporte al autor.

2.14 El 5 de abril de 2017, se dictó resolución administrativa de expulsión del autor.

Recursos internos interpuestos por el autor

2.15 El 3 de abril de 2017, el autor interpuso recurso de oposición contra la resolución de cese de tutela, solicitando medidas cautelares⁷.

2.16 El 19 de junio de 2017, el autor solicitó la revisión del decreto de Fiscalía de 26 de enero de 2017 de determinación de la mayoría de edad, aportando su pasaporte como documentación nueva⁸.

2.17 El 20 de junio de 2017, el autor interpuso también un recurso contencioso-administrativo en contra de la orden de expulsión del 5 de abril de 2017⁹.

La denuncia

3.1 El autor sostiene que, debido a la falta de reconocimiento de validez de su documentación de identidad original y oficial emitida por su país de origen, y frente a su negativa a someterse a pruebas innecesarias de determinación de su edad, fue erróneamente considerado mayor de edad, quedando desamparado y sin protección del Estado parte, viviendo en la calle estando enfermo, y en riesgo de ser expulsado.

3.2 El autor alega que los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía son irrecurribles de forma directa –según el Auto 172/2013 de 9 de septiembre de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional español–, y que agotó los recursos disponibles, los cuales no son efectivos para cuestionar la determinación de su edad.

3.3 El autor alega ser víctima de una violación del artículo 2 de la Convención, dado que fue víctima de discriminación por haberse cuestionado los documentos originales y oficiales emitidos por la Embajada de Camerún. Añade que ni su pasaporte ni su acta de nacimiento han sido en ningún momento calificados o denunciados como presuntamente falsos, y que en caso de que suscitaran dudas, debería el Estado parte haberse dirigido a las autoridades camerunesas en España para hacer las comprobaciones necesarias.

3.4 El autor alega también que el Estado parte no tomó en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la Convención. Sostiene que, al ser un menor de edad no acompañado, su situación de especial vulnerabilidad requería que este principio se aplicara con especial cautela en todos los momentos del proceso de determinación de su edad, pero que ningún acto hizo mención a este principio. El autor cita el párrafo 31 de la Observación general Núm. 6 del Comité¹⁰, para alegar la vulneración de este principio por la Fiscal, quien

⁷ Según escrito sometido posteriormente, el Juzgado desestimó el recurso (ver párr. 11.2 infra).

⁸ Según escritos sometidos posteriormente, la Fiscalía denegó –dos veces– la revisión del decreto (ver párr. 5.5 y 11.1 infra).

⁹ Según escritos sometidos posteriormente, el Juzgado anuló la orden de expulsión, pero no dispuso nada acerca de su reingreso en un centro de menores (ver párr. 5.5 y 11.1 infra).

¹⁰ Observación general Núm. 6 (2005) del Comité, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*,

no respetó la presunción de minoría de edad y no otorgó el beneficio de la duda, incluido frente a su documentación oficial. Asimismo, sostiene que la Fiscal incumplió la jurisprudencia del Tribunal Supremo declarando al autor mayor de edad por negarse a someterse a las pruebas médicas de determinación de la edad.

3.5 El autor alega asimismo una violación del artículo 3 de la Convención leído conjuntamente con su artículo 18 (2) debido a la ausencia de nombramiento de un tutor que pueda velar por sus intereses, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior del menor no acompañado¹¹. También sostiene la vulneración del artículo 3 en relación con el artículo 20 (1) debido a la ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo. En definitiva, el autor defiende que el interés superior del menor debe primar sobre el orden público de extranjería y que frente a un menor con documentación válidamente expedida por su país de origen, el Estado parte ha de poner en marcha su maquinaria administrativa y nombrar un tutor de manera automática¹².

3.6 El autor alega también ser víctima de una violación del artículo 6 de la Convención debido a que no se proporcionaron las condiciones óptimas para su supervivencia y desarrollo, viviendo a la intemperie y dependiendo de la caridad de particulares.

3.7 El autor sostiene también que el Estado parte ha violado su derecho a la identidad, reconocido en el artículo 8 de la Convención, al señalar que la edad constituye un aspecto fundamental de la identidad y que el Estado parte tiene el deber de no interferir en ella. Sin embargo, el Estado parte le ha atribuido una edad que no tiene y una fecha de nacimiento que no se corresponde con la que recoge la documentación acreditativa de su identidad. El autor precisa que la propia legislación y jurisprudencia del Tribunal Supremo señalan que la documentación expedida por las autoridades de origen es la que da fe de la identidad de un extranjero¹³.

3.8 El autor alega además que en ningún momento se ha respetado su derecho a ser oído, siendo así víctima de una violación del artículo 12 de la Convención, dado que se le prohibió asistir a la Fiscalía en compañía de su abogado y que no tuvo la posibilidad de ser asistido por ningún abogado antes de que la administración resolviese acerca de su edad.

3.9 El autor alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención debido a la falta de protección del Estado parte de su condición de niño privado de su medio familiar.

3.10 Por otra parte, el autor alega ser víctima de violación del artículo 24 de la Convención, no solamente porque tiene diagnosticadas una serie de enfermedades que requieren seguimiento médico continuo y cuidadoso que no le puede ser administrado al haber sido expulsado del sistema de protección a los 23 días de la primera consulta, interrumpiéndose forzosamente su tratamiento médico, sino también porque algunas vacunas no le son administradas por requerirse consentimiento de un representante legal o exigirle su empadronamiento en Madrid, cosa que no puede hacer sin autorización de un representante legal¹⁴. El autor precisa que las enfermedades de las cuales padece fueron diagnosticadas antes de la determinación de su edad, que la educadora del Centro de Menores tenía conocimiento de estos hechos, y que el informe médico de 21 de abril de 2017 notaba la

¹¹ El autor cita la Observación General Núm. 6 (2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párrafo 21.

¹² El autor cita el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, La Merced-Migraciones-Mercedarios, Save the Children, Baketik, ACCEM, Cátedra Santander de Menores de la Universidad de Comillas, *Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España*, 2009: “Tan pronto como se identifique a un menor extranjero no acompañado, deberá contar con un tutor o representante legal con los conocimientos necesarios capaces para garantizar los intereses del niño y la atención apropiada de sus necesidades legales, sociales, médicas y psicológicas”.

¹³ El autor cita el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la Sentencia num. 368/2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

¹⁴ El autor cita la Observación general Núm. 6 (2005, párr. 46 y 47.

necesidad de que “el menor ingrese en un Centro de Acogida hasta que se completen los tratamientos”.

3.11 Finalmente, el autor también alega la violación del artículo 27 de la Convención en relación con el artículo 24. Al respecto, basándose en el párrafo 44 de la Observación general Núm. 6 (2005), el autor defiende que no solo no pudo desarrollarse de manera adecuada a su edad por faltarle un tutor que lo guíe en su madurez, sino que su correcto desarrollo se vio impedido por vivir en la calle, estando además enfermo.

3.12 El autor propuso, como posibles soluciones, que: a) el Estado parte reconozca que la mera negativa a someterse a pruebas de edad no puede suponer una presunción de mayoría de edad; b) se reconozca la posibilidad de recurrir de forma directa los decretos de determinación de la edad ante instancias judiciales; c) se reconozca su minoría de edad; d) reciba el tratamiento debido a un menor de edad no acompañado, puesto a disposición de los servicios de protección, tutelado y con la atención necesaria para el tratamiento de sus enfermedades; e) se le reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, incluido el derecho a recibir protección de la administración pública, a un representante legal, a la educación, y a una autorización de residencia y trabajo que le permita el pleno desarrollo de su personalidad y su integración en la sociedad; f) se reconozca su derecho a ser oído a través de persona o institución especializada en derecho de los menores.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 14 de agosto de 2017 sobre la admisibilidad de la comunicación, el Estado parte hace notar que la relación de hechos presentada por el autor es parcial e inexacta. Indica que el 23 de abril de 2016, 101 personas asaltaron la valla fronteriza de Ceuta, siendo el autor interceptado por la Guardia Civil y aceptando ser trasladado al CETI. En su solicitud de ingreso, el autor manifestó haber nacido el 3 de enero de 1998 (con 18 años y 3 meses en la fecha de entrada a España). El Estado parte avanzó también que ni en el CETI ni en el centro de adultos de la ONG Dianova se dudó, por su apariencia física, de su condición de mayor de edad, y que manifestó por primera vez ser menor de edad el 29 de diciembre de 2016, aportando fotocopia simple de una partida de nacimiento camerunesa. El Estado parte alega que, al no contar el autor con “documentos oficiales fehacientes con datos biométricos”, fue advertido, en la comparecencia que se celebró con asistencia de intérprete, de las consecuencias de su negativa a someterse a pruebas médicas”.

4.2 El Estado parte precisó también que Fundación Raíces solicitó la revisión del decreto que determinó la mayoría de edad del autor, aportando como documentación nueva el pasaporte, emitido sobre la base del acta de nacimiento y “las manifestaciones del interesado”. El 26 de junio de 2017, el Fiscal denegó la revisión del decreto: a) por no haber aportado documento objetivo alguno acreditativo de la legitimidad y realidad de los datos de filiación y nacimiento; b) porque el pasaporte ha sido expedido conforme al acta de nacimiento que “carece de fiabilidad”; c) porque el autor ha declinado de manera insistente el ofrecimiento a practicar pruebas médicas de determinación de edad, “indicio revelador de que a través de las mismas se revele su verdadera edad”, y d) porque el resultado de las pruebas médicas debe prevalecer sobre la documentación aportada en casos en los que existan dudas razonables.

4.3 El Estado parte sostiene la inadmisibilidad *ratione personae* de la comunicación por ser el autor mayor de edad. El Estado parte sostiene que: a) atenta contra todo sentido común creer que el autor tuviera 15 años en el momento de su entrada a España; b) el autor declaró haber nacido el 3 de enero de 1998 y solicitó ser albergado en un centro para mayores; c) en ningún momento durante los cinco meses de estancia en el CETI refiere a los abogados especializados ser menor de edad; d) tampoco manifiesta su minoría de edad cuando es trasladado a la península al centro de mayores de la Asociación Dianova; e) es solamente cuando conoce que se ha iniciado un procedimiento administrativo de expulsión y entra en contacto con Fundación Raíces que manifiesta ser menor; f) únicamente aporta fotocopia de una partida de nacimiento de Camerún sin datos biométricos cuya veracidad no consta; g) los documentos expedidos posteriormente tienen como exclusivo soporte la fotocopia previamente mencionada, careciendo de fuerza probatoria; y h) la negativa a practicar

pruebas médicas no invasivas de determinación de edad sólo puede responder al intento de evitar que la realidad resulte probada.

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

4.5 Por otra parte, basándose en el artículo 7 (e) del Protocolo y en los artículos 20 y 21 del Reglamento del Comité en relación con el Protocolo facultativo, el Estado parte sostiene la inadmisibilidad de la comunicación por falta de agotamiento de todos los recursos internos disponibles y efectivos, alegando que es necesario agotar *todos* ellos. El autor tenía la posibilidad de: a) solicitar del Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas adicionales; b) conforme al procedimiento 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitar al juez civil que revise la resolución por la cual se acordó no conceder la tutela; c) recurrir la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa; d) conforme a la Ley 15/2015, instar ante la jurisdicción civil un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad.

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

5.1 En sus comentarios de 6 de noviembre de 2017, el autor reitera que, al llegar a Ceuta, sí manifestó al personal de la Cruz Roja que era menor de edad, pero que ese personal le aconsejó no decir que era menor dado que en tal caso se quedaría en Ceuta. El autor precisó que, como lo observó la UNICEF, es muy común entre los menores extranjeros que llegan solos a las zonas fronterizas de Ceuta y Melilla afirmar ser mayores de edad para poder cruzar a la Península, en razón de la precaria situación de los centros de protección de menores de ambas ciudades autónomas y de la inexistencia de traslados entre centros de protección de menores de distintas Comunidades Autónomas¹⁵. El autor sostuvo asimismo que no contó con asistencia letrada en ese momento, lo cual supone una falta de garantías, teniendo en cuenta que no pueden ser determinantes unos datos que facilitó en un momento de estrés.

5.2 En cuanto al alegato del Estado según el cual los documentos aportados¹⁶ no incluían datos biométricos, el autor sostiene que no podían haberlos incluido, no porque adolezcan de algún defecto o irregularidad, sino porque dichos documentos nunca incluyen datos biométricos. En cambio, sí que deberían comprometer a las instituciones competentes como mínimo a respetar el principio de presunción de minoría de edad. Por otro lado, dado que el único documento que incluye datos biométricos es el pasaporte que en ese momento se encontraba en trámite en la Embajada de Camerún en Madrid, la Fiscalía debería haber oficiado a la misma para comprobar la información.

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

5.4 En cuanto a las alegaciones del Estado parte basadas en la incompetencia *ratione personae*, el autor mantiene que la cuestión de su edad es precisamente la cuestión de fondo de la comunicación, por lo que no puede considerarse un motivo de inadmisibilidad. El autor hace notar que: a) la valoración subjetiva del Estado parte sobre su apariencia física revela la total falta de garantía del procedimiento de determinación de la edad; b) el hecho de que declarara en algún momento ser mayor de edad tampoco prueba que realmente lo fuera; c) el hecho de que los documentos presentados no le ofrezcan al Estado parte las garantías suficientes, no permite afirmar que sea mayor de edad; d) la negativa a someterse a pruebas de edad cuyos resultados están muy cuestionados tampoco puede interpretarse como una

¹⁵ UNICEF Comité Español, *Acogida en España de los niños refugiados: estudio sobre el sistema de acogida de personas refugiadas en España desde la perspectiva de derechos de la infancia*, 2016, disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/estudio-sobre-el-sistema-de-acogida-de-personas-refugiadas-en-espana-desde-la>.

¹⁶ Copia del acta de nacimiento original de Camerún, tarjeta de identidad consular de la Embajada de Camerún en España y resguardo de solicitud del Pasaporte.

prueba de mayoría de edad. El autor concluye que todo ello pone de manifiesto un procedimiento de determinación de la edad sin garantías en el que se ha invertido la presunción de minoría de edad, convirtiéndose en presunción de mayoría de edad. Al respecto, señala la preocupación expresada por diversas instituciones en cuanto a la falta de garantías del procedimiento de determinación de la edad en España¹⁷. El autor menciona también que el llamado Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados ha sido impugnado ante el Tribunal Supremo porque se considera que vulnera derechos fundamentales, precisamente el derecho a ser oído y el derecho a la asistencia letrada, dos garantías que le fueron negadas en el presente caso.

5.5 En lo relativo a los recursos internos, el autor insiste en la ineffectividad del recurso de revisión del decreto de determinación de la edad, al haber denegado la Fiscal revisarlo por considerar que el pasaporte no es un documento objetivo que acredite la realidad y legitimidad de sus datos de identidad¹⁸. En segundo lugar, el recurso previsto por el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es ineffectivo para los menores no acompañados, sin referentes ni apoyos, que no hablan el idioma y no tienen asistencia letrada; su duración y la falta de automaticidad de las medidas cautelares ponen de manifiesto la ineffectividad del recurso. Al respecto, el 3 de abril de 2017 se interpuso anuncio de demanda contra la resolución administrativa de cese de tutela con una solicitud de medidas cautelares consistentes en el ingreso del autor en un centro de protección de menores, y se presentó la demanda el 25 de octubre de 2017¹⁹. En tercer lugar, el autor avanza que el recurso en contra de la orden de expulsión no es un recurso efectivo frente a la desprotección de un menor de edad enfermo sin tutelar, además de que únicamente vendría a contrarrestar los efectos de la expulsión, pero no los de la situación de desamparo. Sin embargo, también agotó esa vía ya que recurrió la orden de devolución, solicitando la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido y su reingreso en el Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza. El 25 de julio de 2017, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid procedió a “acordar las medidas cautelares solicitadas en cuanto a la suspensión de la Orden de Expulsión sin que proceda pronunciamiento alguno sobre la pretensión de internamiento en un centro de acogida al no ser competente esta Jurisdicción para pronunciarse sobre dicha cuestión”. En cuarto lugar, el autor indica que Fundación Raíces ha iniciado la vía de la Jurisdicción Voluntaria para la determinación de la edad en otras ocasiones y las demandas fueron desestimadas, por no considerarse la vía adecuada.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones de 21 de diciembre de 2017, el Estado parte sostiene la inexistencia de vulneración del interés superior del niño protegido por el artículo 3 de la Convención, al ser el autor mayor de edad. El Estado parte precisó que solamente se debe presumir la minoría de edad “en caso de incertidumbre” pero no cuando es patente que la persona sea mayor. El Estado parte concluyó que, “en este caso, en el que la persona totalmente indocumentada aparenta ser mayor de edad, las autoridades pueden legalmente considerarla mayor de edad sin necesidad de practicar prueba alguna”.

¹⁷ El autor cita los informes de Save the Children *Infancia y Justicia: una cuestión de Derechos*, 2012, disponible en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf, e *Infancias invisibles*, 2016, disponible en <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>. Además, el autor cita el informe de UNICEF, Comité Español, *Informe Complementario al V y VI Informe de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, 2017, disponible en https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/CRC-UNICEF_ESP_publicacion.pdf. Asimismo, Defensor del Pueblo, *Asistencia Jurídica a Extranjeros en España*, 2005, páginas 316 a 340, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2005-05-Informe-sobre-asistencia-jur%C3%ADdica-a-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf>. Por último, Consejo General de la Abogacía Española, Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona y Fundación Raíces *Sólo por estar Solo*, 2014, disponible en <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf>.

¹⁸ Posteriormente, la Fiscal negará por segunda vez la revisión del decreto, incluso frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que anulará la orden de expulsión por considerar al autor menor.

¹⁹ Según escrito sometido posteriormente, el Juzgado desestimó el recurso (ver párr. 11.2 infra).

6.2 El Estado parte sostiene también la inexistencia de vulneración del interés superior del niño en relación con los artículos 18.2 y 20.1 de la Convención, alegando que: a) tan pronto como el autor pisó suelo español fue atendido por los servicios sanitarios; b) se le documentó y se le ofreció abogado e intérprete gratuitos a cargo del Estado; c) fue inmediatamente comunicado su estado a la autoridad judicial, competente para asegurar el respeto de sus derechos mientras se efectuaran las tramitaciones derivadas de su estancia ilegal; d) tan pronto como alegó ser menor de edad, se informó al Ministerio Fiscal, quien determinó provisionalmente que era mayor de edad, lo cual fue revisado a instancia del autor por lo que entiende el Estado que no puede hablarse de un defecto de asistencia legal o de desamparo.

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

6.4 El Estado sostiene también la inexistencia de vulneración del derecho a ser escuchado protegido por el artículo 12 de la Convención, alegando que el autor siempre ha tenido posibilidad de ser escuchado y de formular las alegaciones que tuviera por conveniente.

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

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

7.1 En sus comentarios de 5 de marzo de 2018, el autor sostiene que no se deben agotar *todas* las vías del ordenamiento interno, ya que los recursos que se exige agotar han de ser accesibles y efectivos²⁰. Alega asimismo que las deficiencias ya explicadas sobre la falta de accesibilidad y efectividad de los recursos internos son cada vez más claras, ya que si bien en el marco del procedimiento judicial en contra de la orden de expulsión se adoptó la medida cautelar de no expulsión, no se otorgó la medida cautelar consistente en su traslado a un centro de menores; asimismo, la solicitud de medidas cautelares en el marco del recurso de oposición al cese de tutela tuvo que ser reiterada frente a la inacción del Estado parte²¹. También puntualiza el autor que el Estado parte sigue sin cumplir con las medidas provisionales ordenadas por el Comité de transferirle a un centro de protección de menores, y solamente recibe ayuda esporádica de personas u organizaciones que le apoyan para evitar su situación de calle.

7.2 El autor sostiene que varias decisiones del Estado parte constituyen una vulneración del interés superior del menor, en particular: 1) considerarlo persona indocumentada a pesar de aportar documentación identificativa que constituía prueba plena de su edad; 2) querer practicarle pruebas de determinación de la edad aun estando documentado; 3) considerarlo mayor de edad por la mera negativa de someterse a las pruebas de edad; y 4) no revisar el decreto de mayoría de edad cuando aportó su pasaporte. El autor recuerda que el Comité mostró su preocupación por la utilización generalizada de este tipo de pruebas incluso en los casos en que los documentos de identificación parecen ser auténticos, y a pesar de varias decisiones de la Corte Suprema sobre la práctica²².

²⁰ El autor menciona jurisprudencia de los órganos de tratado (CAT/C/42/D/261/2005 del 12 de mayo de 2009, par. 7.1), así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Moreira Barbosa c. Portugal; Jeličić c. Bosnie-Herzégovine; Karakó c. Hongrie; Aquilina c. Malte; Riad y Idiab c. Belgique; Kozacioglu c. Turquie; Micallef c. Malte).

²¹ Según escrito sometido posteriormente, el Juzgado desestimaré finalmente el recurso (ver párr. 11.2 infra).

²² Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto, CRC/C/ESP/CO/5-6, 2 de febrero de 2018, párrafo 44. El autor también recordó la Observación General Núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño, párrafo 31.i); y la Observación General conjunta Núm. 4 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y Observación General Núm. 23 (2017) del Comité de Derechos del Niño.

7.3 Finalmente, el autor sostiene que no puede afirmarse que el papel desarrollado por la Fiscalía en el procedimiento de determinación de la edad haya sustituido adecuadamente el papel del asesor que había designado, en violación a su derecho a que su interés superior fuera una consideración primordial en las decisiones adoptadas por las autoridades.

Intervención de terceros²³

8.1 El 3 de mayo de 2018, el Ombudsman de Francia (Défenseur des Droits) presentó una intervención de terceros sobre la protección de los menores no acompañados, tratando también de la cuestión de la determinación de la edad, cuyo procedimiento debe de estar rodeado de todas las garantías necesarias para preservar el interés superior del niño dado que es de esta fase que se determinará el acceso al dispositivo de protección previsto para los menores.

8.2 La intervención de terceros sostiene que el método Greulich & Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante, constituida en su mayoría por adolescentes del África Sahariana, Asia o Europa del este que huyen a menudo en condiciones socio-económicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socio-económica de la persona, lo cual justifica que este método sea inapto para determinar la edad de la población no europea²⁴. Este método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre 15 y 18 años²⁵. Según el Alto Comisionado 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 ofrecen 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 al otro, o de un especialista al otro²⁶. El Comité de los derechos del niño también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea²⁷.

8.3 Asimismo, sólo se deberían iniciar procedimientos de determinación de la edad en caso de duda seria sobre la edad de una persona, dado que la edad debería verificarse con base a documentos de identidad, los cuales deben de considerarse auténticos salvo que se prueba lo contrario.

8.4 El Ombudsman hace varias recomendaciones, de las cuales se pueden retomar las siguientes, pertinentes para el presente caso: a) la determinación de la edad debe tener un enfoque multidisciplinario y las pruebas médicas deben ser usadas como último recurso cuando haya motivos serios para dudar de la edad; b) no se debe negar una solicitud de protección exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas.

Comentarios de las partes sobre la intervención de tercero

9. En sus observaciones de 6 de agosto de 2018, el Estado parte señala que el test Greulich & Pyle no es la única prueba utilizada en España, y que las pruebas médicas solo se practican cuando la persona no aparenta ser un niño. Reconoce que el Tribunal Supremo ha

²³ Esta intervención afecta a las comunicaciones núm. 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.

²⁴ *La aplicación del atlas Greulich & Pyle para medir el desarrollo de la edad ósea para cuatro grupos étnicos*, 2014, Revista de Medicina Forense y Médica.

²⁵ El Ombudsman cita, entre otros, el informe de 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*, 2007; y el informe de la Sociedad pediátrica suiza titulado *Determinación de la edad de los jóvenes migrantes*, 2017.

²⁶ Informe del Alto Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, *Los métodos para determinar la edad de los niños migrantes deberían mejorar*, 2011.

²⁷ Observación general Núm. 6 (2005) y Observación general conjunta Núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

determinado que, cuando una persona se encuentra en posesión de un pasaporte o documento similar, no se le debe de someter a pruebas de determinación de la edad, salvo que exista una justificación razonable para cuestionar la validez de dichos documentos o si los mismos han sido declarados inválidos por las autoridades competentes. Reconoce así el Estado parte que, si la persona “aporta un documento de identidad oficial auténtico (pasaporte o documento de identidad similar) con datos biométricos que certifique la edad, no es necesario practicar pruebas para ser considerado menor de edad”.

10. En sus comentarios de 17 de agosto de 2018, el autor acoge la intervención e informa que el Defensor del Pueblo, la figura homóloga en España, se ha pronunciado también en la misma línea. Señala que el procedimiento de determinación de la edad debe iniciarse solamente en caso de serias dudas sobre la edad de un posible menor, nunca hacerse de manera sistemática, y que, salvo prueba en contrario, deben valorarse la declaración de la persona y los documentos aportados cuya autenticidad debe considerarse.

Informaciones adicionales presentadas por el autor

11.1 El 26 de octubre de 2018, el autor informó que el 9 de abril de 2018, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 24 de Madrid revocó la orden de expulsión contra el autor por considerarlo menor de edad, observando que el “pasaporte corresponde al menor de edad recurrente, sin que la Administración haya interesado prueba alguna tendente a desvirtuar la veracidad o autenticidad del mismo”. Dicha sentencia fue declarada firme por ese mismo juzgado mediante diligencia de 28 de mayo de 2018. A pesar de lo anterior, no solamente el Estado parte insistió en la realización de pruebas de determinación de la edad (citando al autor a comparecer al Hospital Gregorio Marañón el 3 de julio de 2018 para la realización de las mismas), sino que la Fiscalía Provincial de Madrid decidió, el 23 de julio de 2018, no proceder a la revisión del Decreto de mayoría de edad.

11.2 El 25 de marzo de 2019, el autor informó que el 12 de noviembre de 2018 se dictó sentencia desestimatoria en el procedimiento de oposición al cese de tutela. El Juzgado nota que el autor declaró ser mayor de edad entrando a España y que tanto su apariencia física como su negativa a someterse a las pruebas de determinación de edad son “demostrativas de su mayoría de edad”, y que el pasaporte aportado es insuficiente para demostrar su edad.

11.3 El autor señala el incumplimiento de la medida provisional del Comité, al continuar sin estar tutelado y viviendo del apoyo esporádico de personas y organizaciones. Asimismo, indica que no va a poder obtener el certificado de profesionalidad oficial en carpintería, a pesar de haber asistido a clases desde diciembre de 2016, debido a que sigue sin contar con autorización de residencia, derecho que habría tenido si hubiese sido tutelado.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

12.1 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.

12.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibles *ratione personae* porque el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que su negativa a las pruebas médicas de determinación de edad sólo puede responder al intento de evitar que la realidad resulte probada. 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 en realidad un adulto. El Comité observa, en particular, que el autor presentó ante la Fiscalía su pasaporte expedido por el consulado de Camerún en Madrid, solicitando la revisión del decreto de determinación de la edad, solicitud que fue rechazada por la Fiscalía el 26 de junio de 2017 por considerar que había sido expedido con base al acta de nacimiento, que carecería de veracidad, sin mayor justificación. El Comité observa que, en ausencia de otra información o pruebas en el expediente que desvirtúen la validez del pasaporte oficial expedido por el país de origen del autor, cabe

presumir de la validez del mismo²⁸. En consecuencia, el Comité considera que la comunicación es compatible *ratione personae* con la Convención y la declara admisible de acuerdo con el artículo 7 (c) del Protocolo Facultativo.

12.3 El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual el autor no agotó todos los recursos internos disponibles porque: a) no solicitó al Ministerio Fiscal que se practicaran pruebas médicas adicionales; b) no se agotó ante el juez civil, de acuerdo al procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso en contra de la resolución por la que se acordó no concederle la tutela; c) no recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa la orden de devolución; d) no instó ante la jurisdicción civil un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad. Sin embargo, el Comité observa que: a) exámenes médicos adicionales no serían un recurso adecuado para el autor a la luz de las decisiones del Tribunal Supremo del Estado parte de prohibir los exámenes médicos con el fin de determinar la edad de menores documentados (párr. 2.5); b) una apelación ante un tribunal civil de la decisión por la que se deniega la tutela no constituía un recurso efectivo para el autor, menor no acompañado que no disponía de tutor ni asistencia letrada (párr. 5.5); c) el 20 de junio de 2017, el autor presentó un recurso ante el Juzgado Contencioso-Administrativo en contra de la orden de devolución, la cual fue revocada por el Juzgado al considerar que el pasaporte corresponde al menor de edad, sin que lo anterior haya implicado una revisión por el Estado parte de la determinación de la mayoría de edad del autor (párr. 11.1); y d) Fundación Raíces ha iniciado en otras ocasiones la vía de la Jurisdicción Voluntaria para la determinación de la edad, y las demandas fueron desestimadas por no considerarse la vía adecuada (párr. 5.5). En consecuencia, el Comité considera que el artículo 7 (e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

12.4 El Comité considera que las alegaciones del autor basadas en los artículos 6, 18 (2) y 27 de la Convención no han sido suficientemente fundamentadas a los efectos de la admisibilidad, por lo que las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7 (f) del Protocolo Facultativo.

12.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha suficientemente fundamentado sus alegaciones basadas en los artículos 2, 3, 8, 12, 20 (1) y 24 de la Convención. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la denuncia admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

13.1 El Comité de los Derechos del Niño 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 (1) del Protocolo Facultativo.

13.2 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 violó sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, el autor ha alegado haber sido víctima de discriminación por no haberse considerado los documentos originales y oficiales emitidos por las autoridades de su país de origen; que el proceso de determinación de su edad en ningún momento tomó en consideración el interés superior del niño; que no se ha respetado su derecho a ser oído; que no se ha respetado su identidad; y que los tratamientos que requiere no le pueden ser administrados al haber sido expulsado del sistema de protección y al no tener representante legal.

13.3 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 imperativo la existencia de un debido proceso para determinar la edad, así como para cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. En consecuencia, el Comité considera que el mejor

²⁸ Ver la decisión del Comité en *Y.M. c España* (CRC/C/78/D/8/2016), párr. 8.2.

interés del niño debería ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad²⁹.

13.4 El Comité recuerda la Observación general conjunta núm. 4 del Comité, en el sentido de que los documentos de identidad deben de considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario³⁰. Igualmente, no se debe declarar la mayoría de edad exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas.

13.5 En el presente caso, el Comité observa que: a) en ningún momento se le dieron validez a los documentos de identidad oficiales y originales aportados por el autor en su proceso de determinación de la edad, incluido su acta integral de nacimiento (cuyo original estaba disponible en las oficinas de la Embajada de Camerún en Madrid), su tarjeta de identidad consular, su certificado de inscripción consular y el resguardo de la solicitud de pasaporte, antes de la adopción del decreto de determinación de su mayoría de edad; y posteriormente, su pasaporte con datos biométricos, puesto en conocimiento de las autoridades pertinentes solicitando la revisión del decreto que determinó su mayoría de edad; b) como consecuencia, el Estado parte consideró al autor como inmigrante indocumentado y le solicitó someterse a pruebas médicas; c) con base en la negativa del autor de someterse a tales pruebas por disponer de documentos de identidad oficiales y originales, la Fiscalía de menores emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad; y d) el autor no fue acompañado por un tutor ni un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido.

13.6 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se le podía considerar directamente como tal. Sin embargo, el Comité recuerda su Observación General núm. 6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su maduración psicológica, que la evaluación debe 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 tal³¹.

13.7 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor –no refutadas por el Estado parte– de que no fue asistido por un tutor o el representante que había designado, para defender sus intereses en tanto que posible niño durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, o bien reconocer los representantes designados por ellos. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser oído. Al contrario, la falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial³².

13.8 El Comité también toma nota de la afirmación del Estado parte en el sentido de que un menor no acompañado será considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo con datos biométricos que certifique la edad. Sin embargo, el Comité observa que precisamente en el presente caso el autor aportó su pasaporte con datos biométricos, cuya veracidad fue rechazada por la Fiscalía a pesar de no haberse demostrado dicha falta de veracidad.

13.9 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 la falta de consideración de los documentos de identidad

²⁹ Ver el dictamen del Comité en *N.B.F. c España* (CRC/C/79/D/11/2017), párr. 12.3.

³⁰ 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 relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 4.

³¹ Observación general Núm.6, párrafo 31 (i).

³² Ver el dictamen del Comité en *N.B.F c España* (CRC/C/79/D/11/2017), párr. 12.8.

oficiales y originales del autor emitidos por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de someterse a pruebas de determinación de la edad, y el rechazo de su 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.

13.10 El Comité toma nota también de las alegaciones del autor de que el Estado parte violó sus derechos bajo el artículo 8 de la Convención por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una fecha de nacimiento que no se correspondía con la información recogida en sus documentos oficiales expedidos por su país de origen, incluido su pasaporte original. El Comité considera que la edad y fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad y que los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad del autor al negarle cualquier tipo de valor probatorio a todos los documentos oficiales aportados que acreditaban su minoría de edad, sin tan solo analizar su validez y sin haber cotejado los datos de dichos documentos con las autoridades del país de origen del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención.

13.11 Finalmente, el Comité también toma nota de las alegaciones del autor, no refutadas por Estado parte, de ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo, así como la contradicción al reconocer al autor mayor de edad, pero al mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño. El Comité considera que lo anterior constituye una violación de los artículos 20 (1) y 24 de la Convención.

13.12 Habiéndose concluido la existencia de una violación de los artículos 3, 8, 12, 20 (1) y 24 de la Convención, el Comité no examinará separadamente la queja del autor relativa a la violación del artículo 2 de la Convención por los mismos hechos.

13.13 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de las medidas provisionales consistentes en su traslado a un centro de protección de menores mientras su caso se encontrara pendiente de examen, y suministrarle el tratamiento médico necesario. El Comité considera que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes 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 consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de las medidas provisionales solicitadas constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

13.14 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 una violación de los artículos 3, 8, 12, 20 (1) y 24 de la Convención, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

14. 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. Asimismo, 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 dichos procedimientos se tome en consideración la documentación aportada por las personas sometidas a los mismos y que se les designe rápidamente una representación calificada y gratuita o se les tengan por designados los letrados libremente elegidos por ellas.

15. 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.

16. 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 máximo 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.
