



Convención sobre los Derechos del Niño

Versión avanzada sin editar

Distr. general
6 de octubre de 2020

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 28/2017*,**

<i>Comunicación presentada por:</i>	M. B. (representado por Fundación Raíces)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fechas de las comunicaciones:</i>	20 de julio de 2017
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	28 de septiembre de 2020
<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>	3; 8; 12; 18, párrafo 2; 20, párrafo 1; 27 y 29
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	6; 7, apartados c), e) y f)

* Aprobada por el Comité en su 85º período de sesiones (14 de septiembre 2020 a 1 de octubre de 2020).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Philip Jaffé, 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 M.B., ciudadano guineés nacido el 1 de enero de 2000. Alega ser víctima de una violación de los artículos 3; 8; 12; 18, párrafo 2; 20; 27 y 29 de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014.

1.2 De conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el 25 de julio de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender la ejecución de la orden de expulsión contra el autor mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité, así como trasladarlo a un centro de protección de menores.

1.3 El 1 de marzo de 2018, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité y de conformidad con el artículo 18, párrafo 5, de su reglamento en relación con el Protocolo Facultativo, decidió rechazar la solicitud del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo.

Los hechos según el autor

2.1 El autor llegó a Almería el 3 de junio de 2017 tras ser interceptado a bordo de una patera por la Cruz Roja. El autor informó ser menor de edad a personal de la Cruz Roja. Una vez en contacto con la policía, afirmó nuevamente que era menor de edad. Sin embargo, la policía lo registró como mayor de edad y le pusieron como fecha de nacimiento el 1 de enero de 1996. El 5 de junio de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería notificó al autor el acuerdo de devolución a su país de origen, el cual fue recurrido por su abogada de oficio. Al día siguiente, el mismo juzgado dictó el auto de internamiento del menor en el Centro de Internamiento para Extranjeros (CIE) de Madrid, donde se trasladó al menor.

2.2 El 17 de julio, el autor formuló solicitud de asilo y se le realizó una entrevista al día siguiente, acompañado por su abogado y por un intérprete. En dicha entrevista el autor no dijo que era menor de edad porque no se lo preguntaron y porque pensaba que como menor no podía solicitar asilo. Su solicitud de asilo fue denegada cuatro días después. El mismo 17 de julio, la organización SOS Racismo, que atiende personas internas en el CIE, presentó un escrito ante el Defensor del Pueblo y ante el Juez de Instrucción núm. 19 (juzgado de control del CIE), poniendo en conocimiento de dichas autoridades la existencia de cinco menores internos en dicho centro, entre ellos el autor, y el riesgo inminente que corrían de ser deportados. El 19 de julio, el Juzgado emitió un acuerdo en el cual ordenaba poner en conocimiento de la situación al Director del CIE y al Fiscal de Extranjería.

2.3 El 20 de julio, la Fundación Raíces, en representación del autor, presentó ante ocho autoridades diferentes¹ solicitud de que se suspendiese el internamiento del autor en el CIE y que se le pusiese a disposición de los servicios de protección de menores de Madrid. En los escritos se explicó que se estaba en proceso de obtener la documentación que acreditara la minoría de edad del autor. El 21 de julio se enviaron a los juzgados y fiscalías pertinentes copias del acta de nacimiento y del certificado judicial de acta de nacimiento del autor. El 28 de julio de 2017, el autor presentó los originales de dichos documentos, tras recibirlos por correo postal. El mismo día, y tras 52 días de internación en el CIE, el autor fue puesto en libertad y encontró luego alojamiento en una residencia social para adultos, sin que se le haya nombrado un tutor y sin recibir el tratamiento que, tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional, prevén para los menores de edad.

La queja

3.1 El autor sostiene que el Estado parte no respetó la presunción de minoría de edad ante la duda o incertidumbre, en contra de su interés superior y en violación del artículo 3 de la Convención². La violación es aún más palmaria ante el riesgo real de producir al autor daños irreparables ubicándolo en un centro de detención para mayores de edad y dictando una orden

¹ A la Embajada de la República de Guinea en España; al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería; a la Fiscalía Provincial de Almería; a la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid; al Defensor del Pueblo; al Juzgado de control del CIE; a la Fiscalía Provincial de Madrid; y a la Comisaría Provincial de Almería.

² El autor cita la observación general núm. 6, párr. 31.

de devolución a su país de origen. El autor cita observaciones finales sobre el Estado parte según las cuales el Comité expresó preocupación por la no existencia de un protocolo uniforme en el territorio del Estado parte que determine adecuadamente qué constituye el principio del interés superior del niño al determinar la edad de los niños no acompañados³.

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

3.3 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. Más aún, la obligación del Estado parte incluye el deber de conservar y rescatar los datos de la identidad de los autores que todavía subsistan o que puedan subsistir.

3.4 El autor alega además una violación a su derecho a ser escuchado consagrado en el artículo 12 de la Convención.

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

3.6 El autor alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención debido a que no ha sido protegido por el Estado parte. El autor cita la observación general núm. 6 según la cual este derecho debe ser interpretado teniendo en cuenta las circunstancias en que se encuentra el menor, su edad, su origen étnico, cultural y lingüístico.

3.7 El autor propone, como posibles soluciones, que:

a) El Estado parte reconozca su minoría de edad, se paralice su devolución a su país de origen y que sea puesto a disposición de los servicios de protección de menores;

b) Se dé validez a la documentación expedida por la República de Guinea;

c) Se le reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, incluidos 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;

d) Se reconozca el derecho del menor a ser asistido por un abogado o persona que el menor designe antes de ser atendido por la administración;

e) Se notifique al menor y a su letrado cualquier resolución que lo afecte.

³ CRC/C/ESP/CO/3-4, párrs. 27 y 59.

⁴ El autor cita la observación general núm. 6.

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

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

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

Relato de los hechos

4.1 En sus observaciones de 13 de noviembre de 2018 sobre la admisibilidad de la comunicación, el Estado parte hace notar que los hechos presentados por el autor son parciales e inexactos. Alega que, según el informe policial de detención de la patera, fechado el 5 de junio de 2017, la patera contaba con 36 personas, todas “aparentemente mayores de edad”. El mismo día se inició un expediente de expulsión en contra del autor y se le notificó el Acuerdo de Devolución núm. 1480/2017. Al día siguiente, 6 de junio, se internó al autor en el CIE de Madrid.

4.2 El 17 de julio solicitó protección internacional con una declaración firmada por él, un intérprete y su abogado. En dicha declaración, el autor: a) nunca afirmó ser menor de edad; b) reconoció como fecha de nacimiento el día 1/1/1996 (es decir, teniendo 21 años al momento de entrada a España); y c) al preguntarse el motivo por el cual solicitó asilo respondió que “mi vida corre peligro, porque la segunda mujer de mi padre intentó envenenarme”.

4.3 El 21 de julio la solicitud de asilo fue denegada y fue recurrida el 21 de julio para ser denegada nuevamente el 26 de julio. En su apelación el autor tampoco alegó ser menor de edad. El mismo 21 de julio, el autor también presentó, a través de abogados de su elección, fotocopia simple de lo que dijo ser copia de su certificado de nacimiento, solicitando que sea puesto a disposición de las autoridades de protección de la infancia. El Estado parte alega que no hay documento alguno que acredite que dicho certificado pertenece al autor, pues no lo llevaba consigo en el momento de la detención y no incluye datos biométricos. Por ello, existen dudas sobre la autenticidad de los documentos presentados (que además fueron presentados como copias simples), máxime cuando están en contradicción con los propios actos del autor al llegar a España, pues no sólo no alegó nunca ser menor de edad, sino que firmó una solicitud de asilo con otra fecha de nacimiento.

4.4 El Estado parte alega, al momento de presentar el escrito, desconocer el paradero del autor por lo cual procede a dejar sin efecto las medidas cautelares acordadas.

Causas de inadmisibilidad

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

a) No ha presentado documentos de identidad oficiales con datos biométricos verificables (los documentos que presentó no llevan acompañada imagen o huellas que permitan certificar que la persona a que se refieren es la misma que los aporta en fotocopia o si pertenecen a otra persona);

b) Su apariencia es de mayor de edad tal y como muestran las fotografías que se le tomaron en el momento de la detención; y

c) En ningún momento alegó ser menor de edad cuando llegó a España, ni cuando se le tomó declaración, ni cuando ingresó en el CIE (solo lo hizo cuando fue asesorado por los abogados que presentan esta comunicación).

4.6 De igual modo, los documentos presentados por el autor sobre la base de una declaración unilateral no pueden hacer fe de su mayoría de edad porque son meras fotocopias que no contienen datos biométricos. Según el Estado parte, admitir una comunicación en presencia de pruebas objetivas de mayoría de edad solo “beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal”, a las cuales el autor pagó, y quienes “recomiendan a los inmigrantes que vayan sin documentos y que aleguen ser menores de edad”.

4.7 Por otra parte, basándose en el artículo 7, apartado e) del Protocolo Facultativo, el Estado parte sostiene la inadmisibilidad de la comunicación alegando que no se han agotado todos los recursos internos disponibles⁷. El autor tenía la posibilidad de:

⁷ El Estado parte hace hincapié en la necesidad de agotar “todos” los recursos disponibles.

- a) Solicitar al Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas que acrediten su minoría de edad;
- b) Solicitar al juez civil del lugar de internamiento, conforme al procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que revise cualquier decisión de la Comunidad Autónoma en la que no se considera que el autor sea menor de edad;
- c) Recurrir la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y
- d) Instar ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015, un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad.

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

5.1 En sus comentarios del 8 de febrero de 2018, el autor disputa algunos alegatos fácticos del Estado parte. En primer lugar, el autor manifestó ser menor de edad al menos dos veces: al ser recogido por la Cruz Roja en altamar y al ser trasladado a dependencias policiales. El autor alega no haber sido escuchado en ambas ocasiones. En la entrevista realizada en relación con su solicitud de asilo, el autor no dijo que era menor de edad porque no se lo preguntaron y porque pensaba que como menor no podía solicitar asilo. De hecho, al autor de la comunicación núm. 27/2017, R.K., se le impidió ese mismo día formalizar su solicitud de asilo al afirmar ser menor de edad. Es por ello que decidió no expresar su verdadera edad pues era la única opción con la que contaba para formalizar la solicitud y paralizar su expulsión inminente.

5.2 En segundo lugar, una vez aportada la fotocopia de la documentación que certificaba la fecha de nacimiento del autor (y luego la original) el Estado parte no realizó ninguna actuación para comprobar si ella correspondía o no al autor. El Estado parte tampoco activó el protocolo MENA (menores extranjeros no acompañados) para la determinación de su edad. Más aún, el 1 de agosto de 2017, y luego de que el autor haya sido puesto en libertad del CIE, el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Almería acordó no ponerlo a disposición del centro de menores por considerar que la documentación por él presentada no era válida por carecer de datos biométricos. Es el Estado parte quien debió realizar las comprobaciones pertinentes con las autoridades de la República de Guinea para verificar que el autor es un ciudadano guineano e informarse de sus datos de identidad. En definitiva, ni se han realizado pruebas de determinación de la edad al autor ni se ha comprobado su identidad con las autoridades guineanas.

5.3 En tercer lugar, el autor afirma que, contrariamente a lo alegado por el Estado parte:

- a) El hecho de que no llevara consigo la documentación en el momento que llegó a territorio español no puede negarle a la documentación presentada valor probatorio o acreditativo de su identidad;
- b) No puede exigirse que dicha documentación incluya datos biométricos porque ello no es propio de las actas de nacimiento, pero debería bastar para comprometer a las instituciones competentes a respetar el principio de presunción de minoría de edad del autor;
- c) No se ha perseguido por falsedad ante los tribunales domésticos ni se ha aportado ningún informe que permita hablar de falta de autenticidad de la documentación, máxime cuando el autor presentó los documentos originales al poco tiempo de presentar sus fotocopias; y
- d) El autor hizo todo lo que estaba a su alcance para acreditar su identidad, no pudiendo exigirse la aportación de documentos o pruebas que él mismo no puede conseguir, teniendo en cuenta que se encontraba encerrado en el CIE y no se le permitía acudir a su Embajada para tramitar la documentación.

5.4 El autor agrega que la valoración subjetiva que realiza el Estado parte sobre la apariencia física del autor, que carece de cualquier fundamentación lógica, no puede ser tenida como un medio válido para desvirtuar la presunción de minoría de edad de la que goza el autor. De igual modo, no es cierto que el autor no alegara ser menor de edad pues lo hizo en dos instancias ante la Cruz Roja y ante las autoridades policiales el día de su detención.

5.5 El autor sostiene que todo ello revela que el Estado parte ha incurrido en una inversión de la presunción de la minoría de edad, exigiendo que se pruebe la autenticidad de documentos que, si se apreciaran indicios de falsedad, deberían ser comprobados por las autoridades españolas, particularmente dadas las circunstancias específicas del autor. 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.

5.6 En cuarto lugar, la Fundación Raíces explica que, al momento de presentación de su escrito, se desconocía el paradero del autor. Luego de su puesta en libertad del CIE, se le asignó una plaza al autor en un centro de adultos gestionado dentro de un programa financiado por el Ministerio del Interior del Estado parte. Sin embargo, ante el incumplimiento del Estado parte de la medida cautelar solicitada por el Comité y ante el miedo por una posible expulsión del territorio español, el autor decidió huir a Francia.

5.7 En cuanto a la solicitud de inadmisibilidad por competencia *ratione materiae* por ser el autor mayor de edad, este alega que no puede considerarse un motivo de inadmisión pues su edad es precisamente la cuestión de fondo de la comunicación. Como lo afirmó anteriormente, la documentación aportada por el autor es auténtica y válida para identificarle, debiendo considerarse como una prueba seria de su minoría de edad que, como mínimo, requeriría poner en marcha las actuaciones antes mencionadas aplicando el principio del interés superior del menor y la presunción de su minoría de edad⁸.

5.8 En lo relativo a la inadmisibilidad por falta de agotamiento de los recursos internos, el autor alega que todos los recursos mencionados por el Estado parte son inefectivos o inaccesibles y que el Estado parte no ha cumplido con su obligación de probar lo contrario⁹. Más aún, no habiéndose dictado resolución alguna sobre la edad del autor, su indefensión era todavía mayor, pues se le ha considerado mayor de edad sin realizar ninguna actuación ni comprobación. El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería notificó su auto el 1 de agosto rechazando la puesta a disposición del autor al sistema de protección de menores por no dar valor probatorio a los documentos oficiales presentados. El único recurso disponible era un recurso contra la orden de devolución de carácter administrativo que no suspende la ejecución de la mencionada orden y que cuenta con un plazo de tres meses para resolverse. Sólo una vez que se resuelva el recurso o transcurrido dicho plazo puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. De modo tal que no existe un recurso efectivo para evitar los efectos perjudiciales e irreversibles de una expulsión; más aún cuando la notificación de la devolución se realiza únicamente con 12 horas de antelación. Además, el autor alega que dicho recurso sólo serviría para contrarrestar los efectos de devoluciones y expulsiones, pero no los de la situación de desprotección en la que se encontrarían los menores, al no dictar los jueces en estos procedimientos medidas relativas a su tutela y protección. Por ello, ante la situación de total indefensión tras haber puesto en conocimiento de diversas instituciones españolas que un posible menor iba a ser devuelto a su país de origen y que no se tomara ninguna medida, y ante la improbable reparación efectiva a través de los recursos internos y con el fin de evitar un daño irreparable es que se acudió al Comité.

5.9 En cuanto a la posibilidad del autor de solicitar un acto de jurisdicción voluntaria ante la jurisdicción civil, el autor alega que, en otro caso similar con representación de la Fundación Raíces, el juez competente desestimó dicha demanda por no considerarse la vía adecuada.

5.10 Finalmente, el autor reitera que las medidas provisionales solicitadas por el Comité al Estado parte nunca fueron cumplidas en la medida en que el autor nunca fue trasladado a un centro de protección de menores ni tutelado por la Comunidad Autónoma de Madrid. El Estado parte solicita dejar sin efecto las medidas cautelares por la supuesta desaparición del autor, pero dado que dicha situación es adjudicable al propio incumplimiento del Estado parte

⁸ El autor cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2007 (JUR/2017/272319) según la cual “una partida de nacimiento expedida por el Estado del solicitante es una prueba seria de la menor edad [...] que debe valorarse y tenerse en cuenta a efectos probatorios”.

⁹ El autor cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Akdivar y otros c. Turquía*, núm. 21893/93, 16 de septiembre de 1996; y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Galindo Cárdenas y otros c. Perú*, 2 de octubre de 2015).

es tan inadmisibles como reprochables que se utilice este argumento para solicitar su levantamiento.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones de 19 de enero de 2018, el Estado parte sostiene la inexistencia de vulneración del interés superior del niño protegido por el artículo 3 de la Convención, al ser el autor mayor de edad. El Estado parte precisó que solamente se debe presumir la minoría de edad “en caso de incertidumbre” pero no cuando es patente que la persona sea mayor. El Estado parte concluyó que, “en este caso, en el que la persona totalmente indocumentada aparenta ser mayor de edad, las autoridades pueden legalmente considerarla mayor de edad sin necesidad de practicar prueba alguna”. El Estado parte alega que considerar menor a un adulto a falta de prueba fehaciente y con base en la exclusiva declaración del interesado pondría en grave peligro a los menores cuidados en centros de acogida (quienes pueden verse sometidos a abusos y maltratos por aquellos), lo que sí supondría una vulneración del interés superior de los menores.

6.2 El Estado parte sostiene también la inexistencia de vulneración del interés superior del niño en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, alegando que:

a) Tan pronto como el autor pisó suelo español fue atendido por los servicios sanitarios;

b) Se le documentó y se le ofreció abogado e intérprete gratuitos a cargo del Estado, siendo informado inmediatamente de sus derechos;

c) Su estado fue inmediatamente comunicado a la autoridad judicial competente para asegurar el respeto de sus derechos mientras se efectuaban las tramitaciones derivadas de su estancia ilegal; y

d) Tan pronto como alegó ser menor de edad, se informó al Ministerio Fiscal, que es la institución encargada de velar por el interés superior del menor¹⁰.

6.3 El Estado parte alega que no puede hablarse de un defecto de asistencia legal o de desamparo del autor aun cuando, hipotéticamente, se hubiera tratado de un menor de edad.

6.4 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 fue salvado en altamar y accedió ilegalmente a suelo español”.

6.5 El Estado parte sostiene también la inexistencia de vulneración del derecho a ser escuchado, protegido por el artículo 12 de la Convención. Sostiene que el autor siempre ha tenido la posibilidad de ser escuchado y de formular las alegaciones que deseara. En este sentido, fue oído y asistido por abogado en todas las actuaciones judiciales que le concernían.

6.6 El Estado parte sostiene que no se han violado los derechos de los artículos 20, 27 y 29 de la Convención, pues dichos derechos son exclusivos de los menores cuando su minoría de edad es indubitada. Dado que su mayoría de edad no es dudosa, los derechos alegados son inaplicables.

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

7.1 En sus comentarios del 9 de abril de 2018, el autor agrega que, en relación con la admisibilidad de la comunicación, no comparte la interpretación del Estado parte del artículo 7 (e) del Protocolo según la cual el autor debe agotar todas y cada una de las vías que le ofrezca el ordenamiento interno. Tal interpretación no se adecúa al final perseguido por dicho artículo que es el de ofrecer a las autoridades domésticas la oportunidad de reparar eventuales violaciones de derechos humanos. Por ello, basta con que se agote uno solo de los recursos

¹⁰ El Estado parte cita la normativa interna explicando el rol imparcial e independiente del Ministerio Fiscal (entre otras, el artículo 124.1 de la Constitución Española, el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 1 de la Ley 50/1981 y los artículos 3.7 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

internos disponibles, en línea con lo dicho por el Comité contra la Tortura¹¹ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹².

7.2 En cuanto al artículo 3 de la Convención, el autor sostiene que su interés superior fue violado al no respetarse la presunción de su minoría de edad, pues en ningún momento fue considerado un posible menor de edad, ni se activó el protocolo de menores extranjeros no acompañados¹³. Aunque el Estado parte alega que el autor estaba “totalmente indocumentado”, ello no es cierto en la medida en que sólo carecía de documentación al momento de llegar a España, pues una copia de su certificado de nacimiento fue enviada a las autoridades el 21 de julio de 2017, y luego el documento original el 28 de julio del mismo año. Ante esta circunstancia, el Estado parte debería haber trasladado de inmediato al menor a un centro de menores o, si continuaba en duda, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Guinea para comprobar la identidad del autor. Más aún, si bien el Estado parte considera que la presunción de minoría de edad sólo se da en casos de duda, la documentación presentada por el autor implica, como mínimo, un supuesto de incertidumbre.

7.3 El autor sostiene que no puede afirmarse que el Ministerio Fiscal haya actuado como una suerte de representante legal del autor velando por sus intereses pues la realidad dista mucho de las competencias previstas en las normas citadas por el Estado parte. En primer lugar, el Ministerio Fiscal nunca inició un procedimiento para determinar la edad del menor luego de que él presentara su certificado de nacimiento. Sólo se declaró incompetente dado que el menor ya se encontraba internado en el CIE de Madrid. En segundo lugar, no cabe hablar de independencia del Ministerio Fiscal sino más bien de una institución fuertemente jerarquizada y permeada por las políticas marcadas desde el ejecutivo nacional. De hecho, los tribunales españoles han reconocido en ocasiones la existencia de una suerte de conflicto de intereses entre menores extranjeros no acompañados y el Ministerio Fiscal, insistiendo en la necesidad de nombrarles defensor judicial o reconocerles capacidad procesal cuando sus intereses no coincidan con los de la entidad tutora¹⁴. Por ello, no puede afirmarse que el papel desarrollado por el Ministerio Fiscal haya sustituido adecuadamente al rol que debería haber tenido un tutor o representante legal, que nunca se designó, tal como lo exigen los artículos 18, párrafo 2 y 20, párrafo 1 de la Convención. Por ello, el autor nunca llegó a estar tutelado. En particular, respecto del artículo 20 de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de tomar medidas de atención y alojamiento en relación con los menores privados de su entorno familiar. Sin embargo, luego de ser puesto en libertad el 28 de julio de 2017, y a pesar de las medidas provisionales solicitadas por el Comité, el autor nunca fue llevado a un centro de protección.

7.4 El autor sostiene que, en cuanto a la vulneración del artículo 8 de la Convención, el Estado parte ha alterado elementos importantes de su identidad al atribuirle una edad y una fecha de nacimiento que no se corresponde con la reflejada en su documentación oficial, que nunca fue oficialmente impugnada. De hecho, tanto el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000 como el Tribunal Supremo reconocen que es la documentación del país de origen del extranjero la que acredita su identidad y no los registros elaborados por las autoridades del Estado parte¹⁵.

¹¹ *Osmani c. Serbia*, CAT/C/42/D/261/2005, párr. 7.1.

¹² El autor cita, entre otros, *Karakó c. Hungría*, núm. 39311/05, 28 de abril de 2009, párr. 14; y *Riad e Idiab c. Bélgica*, núms. 29787/03 29810/03, 24 de enero de 2008, párr. 84.

¹³ El autor citó la observación general núm. 6, párr. 31, apdo. i); y la observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

¹⁴ STC 183/2008, de 22 de diciembre.

¹⁵ El autor cita el mencionado artículo según el cual: “Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen”; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª), núm. 368/2015 del 18 de junio, fojas 3 y 4, según la cual: “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 edad”.

7.5 El autor afirma que no puede decirse que haya sido debidamente oído en la medida en que, aunque dijo ser menor de edad al llegar a España y luego en la Comisaría de Almería, fue registrado con una edad que no era la suya, sin que se inicie ninguna actuación para verificar dicho extremo. En particular, el autor no contó con asistencia letrada en ese momento, lo que supone una falta de garantías para ejercer el derecho, teniendo en cuenta en particular el momento de estrés en el que se encontraba. No puede además decirse que se dieron las circunstancias adecuadas para ser escuchado en el momento de su solicitud de asilo cuando el autor no dijo ser menor de edad presionado por las circunstancias (dado que le habían dicho que un menor de edad no podía solicitar asilo y por lo tanto podría ser devuelto a Guinea)¹⁶. Por ello, existió una violación del artículo 12 de la Convención.

7.6 En cuanto al derecho reconocido por el artículo 27 de la Convención, el autor afirma que el único argumento del Estado parte es su supuesta mayoría de edad. De este modo, el propio Estado parte reconoce que no cumplió con las obligaciones de dicho artículo por considerarlo mayor de edad. Según el autor, no existen dudas de que el Estado parte no le proporcionó las condiciones necesarias para garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual y social. Ello es más relevante aún en la medida en que el autor tenía un estado psicológico preocupante, ya que había perdido a su hermano en la travesía en patera y que carecía de padre y madre.

7.7 Finalmente, el autor reafirma la violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo dado que el Estado parte incumplió las medidas cautelares ordenadas por el Comité. Si bien fue puesto en libertad el 28 de julio de 2017, nunca fue trasladado a un centro de protección de menores ni fue tutelado por la Comunidad Autónoma de Madrid¹⁷.

Intervención de terceros¹⁸

8. El 3 de mayo de 2018, el Ombudsman de Francia presentó una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad y la detención en centros de adultos a la espera de su expulsión¹⁹. Dicha intervención fue transmitida a las partes, quienes fueron invitadas a presentar comentarios. Las partes presentaron comentarios en el marco de la comunicación *J.A.B. c. España*²⁰, afirmando que estos eran aplicables a todas las comunicaciones en las cuales dicha intervención fue presentada. El Comité se remite a los párrs. 8 a 10 de dicha comunicación a los efectos de brevedad.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

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

9.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile *ratione personae* porque: a) su apariencia es de mayor de edad; b) en ningún momento alegó ser menor de edad sino hasta cuando presentó la comunicación al Comité; y c) el certificado de nacimiento no puede hacer fe de su mayoría de edad porque no contiene datos biométricos. El Comité observa, sin embargo, que el autor presentó ante la Fiscalía y

¹⁶ El autor cita al respecto la observación general núm. 12, párr. 34, según la cual “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”.

¹⁷ El 19 de julio de 2018 la organización representante del autor presentó información adicional según la cual el autor se encontraba entonces en la ciudad de Lille (Francia), en un centro de acogida de menores y manifestaba su voluntad de continuar con el procedimiento ante el Comité.

¹⁸ 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.

¹⁹ El resumen de la intervención del Ombudsman de Francia está disponible en *N.B.F. c. España* (CRC/C/79/D/11/2017), párrs. 8.1 a 8.6.

²⁰ CRC/C/81/D/22/2017, párrs. 9 y 10.

el Juzgado de Instrucción pertinentes copia (y luego originales) de su acta de nacimiento de Guinea y el certificado judicial de dicha acta, que establecía su minoría de edad. El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que, al carecer de datos biométricos, los documentos presentados no pueden cotejarse con los datos del autor. El Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente. El Comité observa asimismo que el autor aportó documentos acreditativos de su minoría de edad, cuya validez no fue descartada por las autoridades del Estado parte o del país de origen. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7, apartado c), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

9.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque podría haber: a) solicitado al Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas adicionales; b) solicitado al juez civil que revise la resolución por la cual se acordó no conceder la tutela, conforme al procedimiento 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) recurrido la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y d) instado ante la jurisdicción civil un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad, conforme a la Ley 15/2015. A su vez, el Comité toma nota de los argumentos del autor según los cuales los remedios internos mencionados por el Estado parte no se encuentran disponibles o no son inefectivos. El Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor del territorio español, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que se prolonguen excesivamente o que no suspendan la ejecución de la orden de expulsión vigente²¹. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían la deportación del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el artículo 7, apartado e), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

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

9.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus alegaciones basadas en los artículos 3, 8, 12 y 20 de la Convención, en el sentido que no le fue nombrado un representante al alegar ser menor de edad, que no se respetó su derecho a la presunción de minoría de edad y violó su derecho a la identidad, y que no recibió la protección necesaria dada su condición de menor de edad. 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

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

9.7 Una de las cuestiones ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, ante la presentación del autor de documentación que acreditaba su minoría de edad, se violaron sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, el autor ha alegado que no se tomó en consideración el interés superior del niño tanto por el no reconocimiento de su documentación como como por la falta de designación de un tutor o representante.

9.8 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluida de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como la oportunidad de poder

²¹ *N.B.F. c. España*, párr. 11.3.

cuestionar el resultado de este proceso mediante apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá presumirse que la persona es menor de edad y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad²².

9.9 El Comité recuerda también que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria. Sólo 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 entender²³.” Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando²⁴. En el presente caso, el Comité observa que la documentación oficial presentada por el autor, a saber, el extracto de su acta de nacimiento y el certificado judicial de dicha acta, no fueron impugnados por el Estado parte.

9.10 El Comité observa que:

a) El autor alegó ser menor de edad el menos el 20 de julio de 2017 estando entonces internado en el CIE y aguardando la ejecución de una orden de devolución;

b) El autor presentó documentación en copia acreditando su minoría de edad el 21 de julio de 2017;

c) El 28 de julio el autor presentó los originales de la documentación mencionada y fue puesto en libertad;

d) El Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Almería rechazó la solicitud del autor (que incluía la solicitud de medidas cautelares por parte del Comité) de internamiento en un centro de menores por entender que la documentación presentada era inválida al carecer de datos biométricos; y

e) Nunca se llevó a cabo un procedimiento de determinación de la edad del autor.

9.11 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido de que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad. Sin embargo, el Comité recuerda su observación general núm. 6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica, que la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal²⁵.

9.12 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado. El Comité recuerda que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad, para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito²⁶. 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 escuchado, no bastando para ello el rol desempeñado por la Fiscalía de Menores²⁷. 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.

²² *Ibíd.*, párr. 12.3.

²³ Observación general conjunta núm. 23, párr. 4.

²⁴ *N.B.F. c. España*, párr. 12.4.

²⁵ Observación general núm. 6, párr. 31, apdo. i).

²⁶ *A.D. c. España* (CRC/C/83/D/21/2017), párr. 10.14.

²⁷ *Ibíd.*; *A.L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.8; y *J.A.B. c. España*, párr. 13.7.

9.13 El Comité también toma nota de la afirmación del Estado parte en el sentido de que un menor no acompañado será considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo con datos biométricos que certifique la edad. No solo es esta una exigencia que no exige ni la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado parte (nota 16 *supra*), sino que no puede actuarse contrariamente a lo dispuesto en un acta de nacimiento original y oficial emitida por un país soberano, sin impugnársela oficialmente²⁸. Más aún, el Comité observa que, ello ha sido dictaminado recientemente en los mismos términos por el propio Tribunal Supremo del Estado parte²⁹.

9.14 A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que la ausencia de un proceso de determinación de la edad del autor, quien alegaba ser menor de edad, la falta de adecuada consideración de los documentos oficiales presentados por el autor y emitidos por su país de origen, y la no asignación de un tutor, configuró una violación de los derechos del autor reconocidos en la Convención. Por ello, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en los procedimientos en los que el autor fue parte, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.

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

9.16 El Comité también toma nota de las alegaciones del autor, no refutadas por el Estado parte, de ausencia de protección del Estado frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante y no acompañado. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el autor presentara a las autoridades españolas su acta de nacimiento y, en particular, luego de que el propio CIE haya liberado al autor. Por ello, el Comité considera que lo anterior constituye una violación del artículo 20, párrafo 1.

9.17 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de las medidas provisionales consistentes en su traslado a un centro de protección de menores. El Comité recuerda que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes tienen la obligación internacional de respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales³⁰. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa según la cual el autor es una persona mayor de edad. 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.

²⁸ *M.B.S c. España* (CRC/C/85/DR/26/2017), párr. 9.14.

²⁹ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Casación en Infracción Procesal núm 2629/2019, Sentencia 307/2020, 16 de junio 2020, pág. 15. El Tribunal Supremo afirmó: "(...) las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores (...)".

³⁰ *N.B.F. c. España*, párr. 12.11.

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

10. Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro. A este respecto, el Comité recomienda al Estado parte:

a) Garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de estos procesos:

i) Los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean aceptados como auténticos; y

ii) A estos jóvenes se les asigne sin demora un representante legal cualificado u otros representantes de forma gratuita, que los abogados privados designados para representarlos sean reconocidos y que todos los representantes legales u otros representantes tengan permiso para ayudar a estas personas durante dichos procesos.

b) Garantizar que a los jóvenes no acompañados que afirman ser menores de 18 años se les asigne un tutor competente lo antes posible, incluso cuando el proceso de determinación de su edad esté aún pendiente;

c) Desarrollar un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los jóvenes migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18 años para que puedan solicitar una revisión de los decretos de mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado;

d) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre las observaciones generales núms. 6, 22 y 23 del Comité.

11. 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.
