Naciones Unidas CRC/C/81/D/16/2017

Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
10 de julio de 2019

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 16/2017* **

Comunicación presentada por:	A. L. (representado por la organización no gubernamental Fundación Raíces)
Presunta víctima:	A. L.
Estado parte:	España
Fecha de la comunicación:	15 de mayo de 2017
Fecha de adopción de la decisión:	31 de mayo de 2019
Asunto:	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado
Cuestiones de procedimiento:	Inadmisibilidad *rationae personae*, falta de agotamiento de los recursos internos
Artículos de la Convención:	3; 8; 12; 18, párr. 2; 20; 27 y 29
Artículo del Protocolo Facultativo:	7 c), e) y f)

1.1 El autor de la comunicación es A. L., ciudadano de Argelia, nacido el 29 de febrero de 2000. Alega ser víctima de violaciones de los artículos 3, 8, 12, 18, párrafo 2, 20, 27 y 29 de la Convención. El Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014.

1.2 El 22 de mayo de 2017, de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte que se abstuviera de devolver al autor a su país de origen y que lo trasladara a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

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

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

1.3 El 6 de noviembre de 2017, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, decidió rechazar la solicitud del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo.

Los hechos según el autor

2.1 El 11 de abril de 2017, la Policía Nacional española y la Cruz Roja interceptaron la patera en la que viajaba el autor cuando pretendía acceder ilegalmente a Almería (España). En el momento de su detención por la policía, el autor, que se encontraba indocumentado, manifestó ser menor de edad.

2.2 El 13 de abril de 2017, el autor fue trasladado a una comisaría policial y de ahí al Hospital de Especialidades Torrecárdenas, donde se le realizó, el mismo día, una prueba radiográfica de la mano izquierda, basada en el atlas de Greulich y Pyle, para determinar su edad. El resultado de dicha radiografía determinó que la edad ósea del autor era "mayor de 19 años"[1].

2.3 El 15 de abril de 2017, el autor fue trasladado ante la Fiscalía Provincial de Almería. Con base en el resultado de la prueba radiográfica, la Fiscalía dictó ese mismo día un decreto que determinaba que el autor era mayor de edad[2]. También ese mismo día, el Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Almería ordenó el ingreso del autor en el centro de internamiento de extranjeros para adultos de Aluche (Madrid). El 19 de abril de 2017, tras haber pasado cuatro días en el calabozo de la Fiscalía, el autor fue trasladado a dicho centro. El autor alega que en ningún momento fue escuchado ni informado sobre sus derechos y que tampoco dispuso de un abogado o de un intérprete en idioma árabe o francés, pues no hablaba español.

2.4 El 28 de abril de 2017, una trabajadora de la organización no gubernamental Fundación Raíces (representante legal del autor) visitó al autor en el centro de internamiento de extranjeros, quien le confirmó que era menor de edad, nacido el 29 de febrero de 2000, y que su familia en Argelia tenía su acta de nacimiento para demostrarlo. El 12 de mayo de 2017, el autor informó a la organización no gubernamental Fundación Raíces que la Cruz Roja le había dicho que probablemente la semana siguiente sería expulsado a Argelia, porque cada semana hay un barco que sale de Almería hacia Argelia y que se lleva a los argelinos del centro de internamiento de extranjeros.

2.5 El autor alega que, el 17 de mayo de 2017, fue golpeado con un palo por uno de los guardias del centro de internamiento de extranjeros, manifestando que este tipo de incidentes violentos eran habituales en el centro. El autor alega no haber recibido ningún tipo de asistencia médica luego de la golpiza recibida. Ese mismo día, el autor comenzó una huelga de hambre.

2.6 El 18 de mayo de 2017, la organización no gubernamental Fundación Raíces recibió por fax una copia del acta de nacimiento del autor en árabe[3], confirmando que el autor había nacido el 29 de febrero de 2000. El 22 de mayo de 2017, el acta de nacimiento del autor fue presentada ante el Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Almería para que se revisara el decreto de determinación de la edad. El autor afirma no haber recibido respuesta del Juzgado hasta el momento.

2.7 El autor señala que los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía no son impugnables en sede judicial, según lo confirmado por el Tribunal Constitucional español mediante auto 172/2013, de 9 de septiembre de 2013, por lo que habría agotado todos los recursos internos disponibles.

Queja

3.1 El autor alega que, durante el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido, no se tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la

[1] El autor aporta copia de dicho resultado médico, de fecha 13 de abril de 2017, del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital de Especialidades Torrecárdenas.

[2] La mayoría de edad en España es a los 18 años.

[3] El autor aporta copia de su acta de nacimiento.

Convención. Señala que, según lo ha constatado el Comité, no existe en el Estado parte un protocolo uniforme de protección de niños no acompañados a nivel nacional, dadas las diferencias entre las diferentes comunidades autónomas[4].

3.2 El autor señala que los únicos métodos de determinación de la edad utilizados actualmente en España son la estimación médica y la estimación por las características físicas. Sin embargo, no se utilizan otros métodos como la "estimación psicosocial y de desarrollo", a través de la realización de una entrevista personal para evaluar el grado de desarrollo madurativo de la persona, o como la "estimación mediante documentación disponible, el conocimiento e información local". La prueba más importante realizada en España es la radiológica basada en el atlas de Greulich y Pyle, un estudio realizado en los años cincuenta sobre una muestra de 6.879 niños sanos de origen norteamericano y de clase media-alta. Dicha exploración arroja una estimación de la edad basada en horquillas de resultados. Ese estudio, al igual que otros estudios realizados posteriormente, es meramente valorativo y no fue concebido con el fin de determinar la edad cronológica de una persona indocumentada, sino para otros fines. El autor señala la necesidad de diferenciar entre la edad cronológica y la edad ósea, siendo la última un concepto estadístico recogido de la experiencia clínica que resulta útil con fines estrictamente médicos en la estimación del ritmo de maduración ósea del sujeto y de la predicción de fenómenos como la talla que tendrá. En cambio, la edad cronológica es el tiempo vivido por la persona. La edad ósea y la cronológica no coinciden necesariamente, existiendo factores que influyen en el crecimiento y desarrollo de la persona, como factores genéticos, patológicos, nutricionales e higienicosanitarios, que son reflejo del estatus social del niño[5]. Agrega que, según varios estudios, las características socioeconómicas de un individuo son un factor esencial en su desarrollo óseo.

3.3 El autor sostiene que el principio del interés superior del niño debe imperar en todo el procedimiento de determinación de la edad, debiendo realizarse únicamente aquellas pruebas médicas que resulten necesarias y de acuerdo con la ética médica. Los informes médicos resultantes deben indicar siempre el margen de error existente. Asimismo, la realización e interpretación de las radiografías debe ser a cargo de personal médico especializado en radiodiagnóstico[6], y la evaluación global de los resultados debe realizarla personal médico especializado en medicina legal y forense, siendo a menudo los servicios radiológicos los que realizan la evaluación de las pruebas. Por último, la determinación de la edad debe basarse en diversas pruebas y exámenes complementarios[7]. Asimismo, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no cabe realizar pruebas de determinación de la edad cuando el niño se encuentre en posesión de documentos de identidad[8].

3.4 El autor alega ser víctima de una violación del artículo 3, leído juntamente con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, dada la falta de nombramiento de un tutor o representante, nombramiento que constituye una garantía procesal

[4] El autor cita las observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/3-4).

[5] El autor cita I. Díez López y otros, "Valoraciones medicolegales sobre la determinación de la edad cronológica mediante pruebas radiológicas en torno a los 18 años", *Revista Española de Endocrinología Pediátrica*, vol. 3, núm. 1 (2012), págs. 12 a 18.

[6] El autor cita el informe del Defensor del Pueblo de España "¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad" (2010).

[7] El autor cita J. L. Prieto, "Determinación de la edad en jóvenes indocumentados (Protocolo de actuación medicoforense)", Instituto Anatómico Forense de Madrid.

[8] El autor cita asimismo el informe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Consejo General de la Abogacía Española y Banesto titulado "Ni ilegales ni invisibles: realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España" (2009); y el informe de La Merced Migraciones-Mercedarios, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Save the Children, Cátedra Santander de Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas, Baketik y Accem publicado con el título *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009.

importantísima para el respeto del interés superior del niño no acompañado[9]. Sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad sobre la base de una prueba radiológica, incluso luego de haber manifestado ser menor de edad y presentado posteriormente su acta de nacimiento expedida válidamente por su país de origen que lo confirma, quedó en una situación de desamparo.

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

3.6 El autor alega una violación del artículo 12 de la Convención, pues el Estado parte no le dio la posibilidad de ser escuchado.

3.7 Alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención dada la falta de protección debida por el Estado parte en su condición de niño privado de su medio familiar. Agrega que el Estado parte directamente consideró al autor como mayor de edad, sin que existiese prueba concluyente, privándolo de la protección debida.

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

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

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

4.1 En sus observaciones de 16 de agosto de 2017, el Estado parte sostiene que, el día de su entrada ilegal a España, el autor declaró en la comisaría de Almería, en presencia de un intérprete, llamarse A. E. A., en vez de A. L., y haber nacido en Argelia el 21 de febrero de 1998. Agrega que, "al haber alegado en algún momento ser menor de edad", se ofreció al autor la práctica de pruebas para la determinación de edad, y sostiene que el autor dio su consentimiento expreso e informado al efecto. El Estado parte informa que, por su entrada ilegal a España, se inició expediente de expulsión del autor proponiendo la devolución a su país de origen.

4.2 El Estado parte alega que la comunicación es inadmisible *rationae personae*, por ser un abuso del derecho y por no estar mínimamente fundada, de acuerdo con el artículo 7 c) y f) del Protocolo Facultativo, porque el autor es mayor de edad. Ello se demuestra porque: a) estaba indocumentado en el momento de su entrada ilegal a España no ha presentado ningún documento de identidad a la fecha; b) su apariencia es de mayor de edad, tal como resulta de las fotografías tomadas en la comisaría el día de su entrada ilegal[10]; c) se practicó una prueba médica objetiva, de la que resultó que el autor es mayor de 19 años; y d) confundió a las autoridades españolas respecto de su apellido, declarando primero apellidarse E. A. y luego L. Como en este caso no existe prueba fehaciente de su minoría de edad y sí hay pruebas objetivas de su mayoría de edad, admitir esta comunicación "solo beneficiaría a las mafias que trafican con la inmigración ilegal a las que el autor ha pagado y de las que se ha servido".

4.3 El Estado parte sostiene asimismo que, de acuerdo con el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo, la comunicación es inadmisible por falta de agotamiento de todos los recursos

[9] El autor cita la observación general núm. 6 (2005) del Comité, sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 21.

[10] El Estado parte adjunta copia de las fotografías.

internos, dado que: a) si el autor consideraba que las pruebas médicas practicadas fueron insuficientes, podría haber solicitado al Ministerio Fiscal que se practicaran pruebas adicionales; b) el autor puede solicitar la revisión de cualquier decisión conforme con el procedimiento del artículo 780 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; c) puede recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa su orden de devolución; y d) puede instar un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

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

5.1 En sus comentarios de 4 de octubre de 2017, el autor sostiene que siempre manifestó ser menor de edad ante las autoridades y que prueba de ello es que se inició el procedimiento de determinación de la edad cuando llegó a Almería. En relación con la confusión sobre su apellido alegada por el Estado parte, el autor sostiene que la similitud fonética entre E. A. y L. puede resultar imperceptible para alguien que no conoce el idioma árabe y que E. A. puede ser la manera más fácil de escribir el apellido para alguien que habla español. Manifiesta asimismo que nadie le informó sobre la prueba médica que iban a realizarle y que, por ende, nunca prestó su consentimiento expreso e informado, pues tampoco contaba con ningún tipo de representación o asistencia.

5.2 El autor sostiene que, al contrario de lo alegado por el Estado parte, no se puede afirmar que sea mayor de edad. Alega que: a) estar indocumentado al entrar en España no puede interpretarse como prueba de la mayoría de edad del autor; b) la valoración subjetiva del Estado parte sobre la apariencia física del autor carece de fundamentación lógica y no puede ser tenida en cuenta; c) la prueba radiológica practicada al autor no puede ser considerada como prueba objetiva ya que este tipo de pruebas presentan un margen de error; d) el 22 de mayo de 2017, presentó ante la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción Núm. 5 de Almería copia de su acta de nacimiento, confirmando su minoría de edad. Alega asimismo que si aun así el Estado parte no considera el acta de nacimiento como prueba fehaciente de su minoría de edad, se debe presumir su minoría de edad por el beneficio de la duda, de acuerdo con el interés superior del niño.

5.3 En relación con el agotamiento de los recursos internos, el autor señala que el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo establece que tal agotamiento no será necesario cuando sea improbable que con tales recursos se logre una reparación efectiva. Alega que el Estado parte señala un listado de recursos formalmente disponibles sin expedirse sobre la accesibilidad y/o efectividad de tales recursos, siendo el Estado parte el que tiene la carga de la prueba[11]. El autor reitera que los decretos de determinación de la edad son irrecurribles judicialmente de forma directa, colocando a los niños en situación de total indefensión, más allá de que sí puedan recurrirse los efectos que tales decretos produzcan al solicitar la guarda o tutela de los servicios de protección de menores. El autor sostiene que no tuvo recursos efectivos disponibles para probar su minoría de edad antes de que se ejecutara su orden de devolución, pues ninguno de los recursos enumerados por el Estado parte en sus observaciones suspende la ejecución de una expulsión.

5.4 Por último, el autor alega que el Estado parte ha incumplido parcialmente la medida provisional dictada por el Comité dado que el autor fue puesto en libertad del centro de internamiento de extranjeros, pero únicamente porque finalizó el plazo máximo de su estadía en el mismo (60 días) y nunca fue trasladado a un centro de protección de menores ni tutelado por la Comunidad Autónoma de Madrid. Agrega que el Defensor del Pueblo de España se expidió al respecto el 22 de septiembre de 2017: "si bien el interesado fue puesto en libertad, las autoridades policiales no han tomado en consideración el procedimiento incoado ante el Comité de los Derechos del Niño, ni la solicitud efectuada por el mismo"[12].

[11] El autor cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 de septiembre de 1996, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*.

[12] El autor aporta copia de la comunicación del Defensor del Pueblo en relación con su situación, de 22 de septiembre de 2017.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

6.1 En sus observaciones de 14 de marzo de 2018, el Estado parte reitera su descripción de los hechos y sus argumentos sobre la admisibilidad de la comunicación. Señala que el autor no ha formulado a la fecha ninguna solicitud de asilo en España. El Estado parte manifiesta que la devolución del autor a su país de origen, donde tiene arraigo personal y familiar, no evidencia ningún riesgo irreparable para el autor ni constituye una circunstancia excepcional. Agrega que el autor no ha aportado ninguna prueba sobre el eventual peligro inminente que invoca en caso de devolución.

6.2 El Estado parte sostiene que un criterio mínimo para la admisión de comunicaciones con arreglo al Protocolo Facultativo debe ser que se presente una mínima prueba de que el autor es un niño. En este sentido, el Estado parte alega que la fotocopia de una partida de nacimiento que carece de datos biométricos que puedan cotejarse con los del autor no acredita nada. Nada indica que los datos contenidos en dicho documento se correspondan con los del autor. El Estado parte también informa sobre la aplicación en España de un protocolo específico para el caso de presuntos menores no acompañados (Protocolo MENA) y señala que en casos en los que un individuo manifiesta ser menor de edad y "aparenta claramente ser menor de edad", es referido inmediatamente a las autoridades españolas de protección de menores.

6.3 El Estado parte señala que la conformidad de la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad con los derechos humanos ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Ahmade c. Grecia*[13]. En dicha sentencia, el Tribunal interpretó la negativa del autor a someterse a una prueba radiológica dental como la muestra de un temor a que dicha prueba revelara una edad distinta a la alegada. Asimismo, el Estado parte cita el caso *M. E. B. c. España*[14], cuyo autor sostenía ser menor de edad pese a la existencia de una prueba radiológica que concluía que tenía 18 años. Tras averiguaciones policiales realizadas por España en el país de origen del autor, se determinó que éste había intentado suplantar una identidad ajena y que tenía realmente 20 años.

6.4 En relación con el agotamiento de los recursos internos, el Estado parte alega que el autor no puede argumentar que los recursos no son efectivos cuando no ha intentado agotar ninguno de ellos.

6.5 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, el Estado parte sostiene que la queja es genérica y aparentemente centrada en que todo resultado de mayoría de edad de las pruebas médicas de determinación de la edad constituye una violación de la Convención. La observación general núm. 6 establece la presunción de minoría de edad en caso de incertidumbre, pero no cuando es patente que se trata de una persona mayor de edad, en cuyo caso las autoridades nacionales pueden legalmente considerarla como tal sin necesidad de practicar prueba alguna. No obstante, en el presente caso, las autoridades ofrecieron al autor la oportunidad de someterse a pruebas médicas objetivas de determinación de la edad.

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

6.7 Con relación a la queja del autor sobre una supuesta violación de su interés superior, en relación con los artículos 18, párrafo 2, y 20, párrafo 1, de la Convención, el Estado parte hace notar que el autor fue rescatado por autoridades españolas cuando se encontraba a bordo de una frágil embarcación; que fue atendido por servicios sanitarios a su llegada a territorio español, y por abogado e intérprete gratuitos; que tan pronto como alegó ser menor de edad se comunicó esta circunstancia al Ministerio Fiscal, institución a cargo de velar por el interés superior del menor; y que en la actualidad el autor se encuentra en libertad, beneficiándose de asistencia social. En consecuencia, difícilmente puede hablarse

[13] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ahmade v. Greece*, demanda núm. 50520/09, 25 de septiembre de 2012, párrs. 77 y 78.

[14] *M. E. B. c. España* (CRC/C/75/D/9/2017).

de una falta de asistencia legal o de desamparo del autor, aun si este hubiera sido menor de edad, que no es el caso.

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

6.9 El Estado parte también alega que no existe ninguna vulneración de los artículos 27 y 29 de la Convención. Sostiene que el autor fue atendido por el Estado parte hasta que transcurrió el período máximo de internamiento en el centro de internamiento de extranjeros, momento en que fue puesto en libertad y pasó a beneficiarse de una "asistencia concertada" y de cobertura sanitaria, por lo que no se habría vulnerado su derecho al desarrollo.

6.10 En cuanto a las posibles soluciones propuestas por el autor en su comunicación inicial, el Estado parte sostiene que el autor no solicita ni propone "algún medio por el cual pueda determinarse con certeza la edad del autor". Tampoco ofrece ninguna indagación de datos sobre el autor ante las autoridades de su supuesto país de origen. Por ende, solicitar que España reconozca la imposibilidad de establecer la edad de A. L. no soluciona ningún problema, en la medida en que no es aceptable que una persona que aparenta ser mayor deba ser tenida por menor de edad sobre la base de su mera declaración. En cuanto a la solicitud de poder recurrir judicialmente los decretos de la Fiscalía, el Estado parte alega que son decisiones provisionalísimas, que pueden ser revisadas por el propio fiscal si se presenta prueba nueva y que pueden ser sustituidas por decisiones definitivas adoptadas en otras instancias judiciales. En cuanto al resto de las solicitudes del autor, el Estado parte señala que el autor ya ha recibido protección pública. En cuanto a la educación gratuita, el autor la recibiría automáticamente si fuera menor de edad. Por último, los permisos de residencia y trabajo en España solo pueden adquirirse cumpliendo los requisitos legales generales, que el autor no cumple por haber entrado ilegalmente al país y por no haber solicitado protección internacional.

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

7.1 En sus comentarios de 6 de julio de 2018, el autor insiste que no contó con las garantías necesarias durante todo el procedimiento de determinación de la edad, no consta en ningún documento que se le hubiese asignado abogado o representante que pudiese informarle sobre la prueba médica y sus implicaciones y tampoco existe prueba de su consentimiento informado. Reitera que la orden de devolución solo podía ser recurrida por vía administrativa, mediante recurso de alzada, el cual no tiene efecto suspensivo sobre la orden de devolución. Informa que ante la falta de protección del Estado parte, el autor abandonó territorio español y se encuentra actualmente residiendo en Francia, y manifiesta su intención de continuar con el procedimiento ante el Comité.

7.2 El autor reitera sus alegaciones sobre la admisibilidad de la comunicación. Sostiene que las alegaciones del Estado parte sobre la supuesta mayoría de edad del autor es precisamente la cuestión de fondo de la presente comunicación. Por lo tanto, no puede considerarse un motivo de inadmisibilidad. Manifiesta que al momento de presentación de la comunicación el autor tenía 17 años y que la prueba radiológica, que dio como resultado que era mayor de 19 años, "no determina con exactitud la edad de una persona, sino que realiza una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba o abajo"[15]. En este caso, el Estado parte no consideró el margen de error de dicha prueba. Sostiene asimismo que la partida de nacimiento del autor debe ser considerada válida y es una "mínima prueba" de que es menor de edad. Agrega que una partida de nacimiento expedida por el país de origen del autor es una prueba seria de su minoría de edad y debe valorarse y tenerse en cuenta a efectos probatorios[16].

[15] El autor cita la sentencia del 9 de octubre de 2017 de la Audiencia Nacional española, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda (JUR/2017/272319).

[16] *Idem*.

7.3 El autor alega que, en el procedimiento de determinación de la edad, el Estado parte evidencia que prima una "presunción de la mayoría de edad" en contra del interés superior del niño y en favor de otros intereses de España, como el control de los flujos migratorios en territorio español.

7.4 En relación con la violación del interés superior del niño, conforme con el artículo 3 de la Convención, el autor se refiere a la observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, en tanto subraya que los documentos aportados en el procedimiento de determinación de la edad deben ser considerados válidos hasta que haya prueba en contrario, que las afirmaciones de los niños deben ser tenidas en cuenta y que, en caso de incertidumbre sobre la edad, se otorgará a la persona el beneficio de la duda[17]. El autor alega que, en su caso, el Estado parte nunca lo consideró como posible menor ni activó el Protocolo MENA. Por el contrario, no reconoció valor probatorio alguno a su acta de nacimiento acreditativa de su minoría de edad. Alega asimismo que la aplicación del artículo 3 por el Estado parte hubiese implicado el traslado inmediato del autor a un centro de menores o, en caso de que se suscitasen dudas, el Estado parte debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Argelia para comprobar la identidad del autor. Sin embargo, el Estado parte no hizo nada de ello.

7.5 El autor alega que ningún Estado parte puede alegar la supuesta mayoría de edad de un niño para justificar la vulneración de los derechos reconocidos en la Convención y eso es lo que España hizo al privar al autor de la protección que merecía como menor no acompañado privado de su entorno familiar, de acuerdo con el artículo 20, párrafo 1, de la Convención. Sostiene que el Estado parte parece sugerir que la Fiscalía habría actuado como una suerte de representante legal de A. L. velando por su interés superior, lo cual difiere de la realidad. El Estado parte debería haber nombrado un tutor o representante legal tan pronto tuvo conocimiento de la posible minoría de edad del autor, y A. L. nunca llegó a estar tutelado. Es más, A. L. no se benefició de ninguna medida de atención y alojamiento como menor migrante privado de su entorno familiar, nunca fue llevado a un centro de protección de menores.

7.6 El autor sostiene que los Estados parte tienen una obligación positiva de restablecer la identidad de un niño cuando se halle privado de algún elemento de esta. Manifiesta que el artículo 8 de la Convención enumera ciertos elementos de la identidad de un niño, como su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, pero que esta enumeración no debe ser interpretada como exhaustiva. Alega que la edad y fecha de nacimiento de una persona son elementos que conforman su identidad y por tanto están protegidos por el artículo 8. Cuando el Estado parte atribuyó una edad y una fecha de nacimiento al autor que no se corresponden con las recogidas en su acta de nacimiento, el Estado parte alteró elementos de su identidad en violación del artículo 8 de la Convención[18].

7.7 El autor alega que su derecho a ser escuchado fue vulnerado desde el momento en que llegó a España y declaró ser menor de edad y aun así fue registrado con una edad que no era la suya, sin contar en ningún momento del procedimiento de determinación de su edad con asistencia letrada ni garantías que le permitieran estar informado para poder expresarse.

7.8 El autor manifiesta que el Estado parte no le proporcionó las condiciones necesarias para garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual y social. En particular, no le fue asignado un tutor, no fue acogido en un centro de protección de menores y no se le proporcionó la asistencia psicológica necesaria que requería tras su viaje en altamar desde Argelia hasta las costas de Almería. El autor agrega que Estado parte no aporta prueba de que el autor haya efectivamente recibido cobertura sanitaria.

[17] El autor cita 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, párr. 4.

[18] 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.

7.9 Por último, el autor sostiene que el Estado parte ha violado el artículo 6 del Protocolo Facultativo a través del incumplimiento de la medida provisional solicitada por el Comité el 22 de mayo de 2017.

Intervención de terceros[19]

8.1 El 3 de mayo de 2018, el *ombudsman* de Francia presenta una intervención de terceros sobre la cuestión de la determinación de la edad. El *ombudsman* sostiene que los procesos de determinación de la edad deben gozar de las garantías necesarias para asegurar el respeto del mejor interés del niño. Según un informe del Consejo de Europa de 2017, las garantías procesales reconocidas por los tratados internacionales "no se respetan de forma coherente en todos los Estados parte"[20].

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

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

8.4 El método Greulich y Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante, compuesta en su mayoría adolescentes de África Sahariana, Asia o Europa del Este que huyen de sus países de origen, a menudo en condiciones socioeconómicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socioeconómica de la persona, lo cual justifica que este método sea inapto para determinar la edad de la población no europea[21]. Este método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre los 15 y los 18 años[22]. Según el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrece meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Esta interpretación de la información puede además variar de un país a otro, o de un especialista

[19] 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.

[20] D. Wenke, *Age Assessment: Council of Europe Member States' Policies, Procedures and Practices Respectful of Children's Rights in the Context of Migration*, Consejo de Europa, 2017, pág. 6.

[21] Véase M. Mansourvar y otros, "The applicability of Greulich and Pyle atlas to assess skeletal age for four ethnic groups", *Journal of Forensic and Legal Medicine*, vol. 22 (febrero de 2014), págs. 26 a 29.

[22] El *ombudsman* cita, entre otros, T. Smith y L. Brownlees, *Las prácticas de evaluación de la edad: una revisión de la literatura y bibliografía comentada*, UNICEF, 2011; Academia Nacional de Medicina de Francia, "Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés", *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, vol. 191, núm. 1 (enero de 2007), págs. 139 a 142; y S. Depallens y otros, "Détermination de l'âge des jeunes migrants. Position de la Société Suisse de Pédiatrie", *Paediatrica*, vol. 28, núm. 2 (2017), pág. 3.

a otro[23]. El Comité también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea[24].

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

8.6 El *ombudsman* recuerda que la detención de niños migrantes, aunque sea por períodos cortos o para fines de determinación de la edad, está prohibida por el derecho internacional y que los Estados deberían recurrir a medidas alternativas. Los Estados deberían prohibir la privación de libertad de los niños o su detención en centros para adultos[25]. Se debería informar inmediatamente a los servicios de protección de la infancia para que estos pudieran valorar las necesidades de protección del niño[26].

Comentarios de las partes sobre la intervención de terceros

9.1 En sus observaciones de 3 de agosto de 2018, el Estado parte señala que ninguno de los casos registrados contra España ante el Comité concierne a personas detenidas. A los autores de las comunicaciones referidas en la intervención de terceros se les ofreció la opción de quedarse en centros abiertos mientras sus casos administrativos/judiciales siguieran en curso. Añade que ninguno de estos casos concierne a solicitantes de asilo, sino a migrantes económicos.

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

[23] Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Human Rights Comments, "Methods for assessing the age of migrant children must be improved" (2011).

[24] Observación general núm. 6 y observación general conjunta núm. 4 y núm. 23.

[25] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Tarakhel v. Switzerland*, demanda núm. 29217/12.

[26] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, demandas núms. 25794/13 y 28151/13.

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

9.4 Cuando la persona aparenta ser menor o se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad con datos biométricos, no se la somete a pruebas de determinación de la edad. Finalmente, el *ombudsman* francés no especifica qué pruebas de determinación de la edad deberían utilizarse.

10. En sus comentarios de 17 de agosto de 2018, el autor señala que la intervención reafirma que la prueba radiológica utilizada para determinar su edad no fue fiable dado el amplio margen de error, en particular en su grupo de edad. Afirma que el proceso de determinación de la edad solo debe utilizarse como último recurso, valorando en primer lugar las declaraciones de los supuestos niños y niñas migrantes no acompañados y la documentación que pudieren llegar a aportar. Sostiene que, en España, se realizan pruebas sistemáticas a todos los niños y niñas migrantes no acompañados, sin valorar sus declaraciones ni la documentación que aportan, como sucedió en el caso del autor.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

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

11.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisible *rationae personae* de conformidad con el artículo 7 c) y f) del Protocolo Facultativo por ser un abuso del derecho porque el autor es mayor de edad y no presentó prueba "mínima" y "fehaciente" que acredite lo contrario. El Comité observa, sin embargo, que el autor afirma haber declarado ser menor de edad cuando entró en España, que ha ofrecido un relato detallado y consistente de los hechos y que presentó ante la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción españoles copia de su acta de nacimiento argelina que establecía su minoría de edad, sin haber obtenido respuesta alguna de esas autoridades. El Comité toma nota del argumento del Estado parte que, al carecer de datos biométricos, el acta de nacimiento presentada no puede cotejarse con los datos del autor. El Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más que 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[27]. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del autor de que, si el Estado parte tenía dudas sobre la validez de su acta de nacimiento, debería haberse dirigido a las autoridades consulares de Argelia para comprobar la identidad del autor y no lo hizo. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7 c) del Protocolo Facultativo no constituye obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

11.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque: a) si el autor consideraba que las pruebas médicas practicadas fueron insuficientes, podría haber solicitado a la Fiscalía que se practicaran pruebas adicionales; b) el autor podría haber solicitado la revisión de cualquier decisión conforme con el procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) podría haber recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa su orden de devolución; y d) podría haber instado un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de edad, en jurisdicción civil, conforme Ley 15/2015. Sin embargo, el Comité observa, según lo señalado por el Estado parte, que la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por la Fiscalía procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba. El Comité observa asimismo que, el 22 de mayo de 2017, se presentó

[27] Véanse, entre otros, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos en las comunicaciones núm. 1422/2005, *El Hassy c. la Jamahiriya Árabe Libia*, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007, párr. 6.7; y núm. 1297/2004, *Medjnoune c. Argelia*, dictamen aprobado el 14 de julio de 2006, párr. 8.3.

ante la Fiscalía copia del acta de nacimiento del autor acreditando su minoría de edad, la cual no fue considerada por la Fiscalía. El Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor del territorio español, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que se prolonguen excesivamente o que no suspendan la ejecución de la orden de expulsión vigente[28]. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían la deportación el autor. En consecuencia, el Comité concluye que el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

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

11.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 3, 8, 12, 20 y 27 de la Convención, relacionadas con la falta de consideración del interés superior del niño y la falta de designación de un/a tutor/a o representante durante el proceso de determinación de la edad, respectivamente. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la queja admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

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

12.2 La cuestión ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien declaró ser menor de edad y presentó copia de su acta de nacimiento para acreditarlo, violó sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, el autor ha alegado que dicho proceso no tomó en consideración el interés superior del niño tanto por el tipo de prueba médica que sirvió de base para la determinación de su edad como por la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad.

12.3 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como de la oportunidad de cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad[29].

12.4 El Comité recuerda también que, en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en cuenta las declaraciones de los niños. Asimismo, es de vital importancia conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. Los Estados deben abstenerse de utilizar métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de

[28] Véase el dictamen del Comité sobre el caso *N. B. F. c. España* (CRC/C/79/D/11/2017), párr. 11.3.

[29] *Ibid*., párr. 12.3.

los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios[30].

12.5 En el presente caso, el Comité observa que: a) con el fin de determinar la edad del autor, que se encontraba indocumentado a su llegada a territorio español, se le sometió a una prueba médica consistente en una radiografía de su mano izquierda, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, y sin que conste que se haya realizado entrevista alguna al autor en el marco de dicho proceso; b) como resultado de la única prueba practicada, el hospital en cuestión determinó que la edad ósea del autor era superior a 19 años según el atlas de Greulich y Pyle, sin establecerse ningún margen de desviación posible; c) con base en este resultado médico, la Fiscalía Provincial de Almería emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad; y d) que la Fiscalía no consideró la copia del acta de nacimiento presentada por el autor el 22 de mayo de 2017 para una posible revisión del decreto que determinaba su mayoría de edad.

12.6 El Estado parte ha citado el caso *M. E. B. c. España* como precedente que demostraría la fiabilidad de la prueba radiológica basada en el atlas de Greulich y Pyle. Sin embargo, el Comité observa la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de dicho examen, que tiene un amplio margen de error y, en consecuencia, no es apropiado como el único método para determinar la edad cronológica de una persona joven que afirma ser menor de edad y presenta documentación acreditativa al efecto[31].

12.7 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se lo podría haber considerado directamente como tal sin necesidad de practicar prueba alguna, a pesar de lo cual se procedió igualmente a realizar una prueba radiológica de determinación de la edad. Sin embargo, el Comité recuerda su observación general núm. 6 en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal[32].

12.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado, antes y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité recuerda que los Estados parte deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad equivale a darles el beneficio de la duda y constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchadas[33]. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial.

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

[30] Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, párr. 4.
[31] *N. B. F. c. España*, párr. 12.6.
[32] Observación general núm. 6, párr. 31 i), y *N. B. F. c. España*, párr. 12.7.
[33] *N. B. F. c. España*, párr. 12.8.

niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.

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

12.11 Habiéndose concluido la existencia de una violación de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención, el Comité no examinará separadamente la queja del autor relativa a la violación de los artículos 20 y 27 de la Convención por los mismos hechos.

12.12 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de la medida provisional consistente en el traslado del autor a un centro de protección de menores mientras su caso se encontrara pendiente de examen. El Comité recuerda que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados parte 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 individuales[34]. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa de que el autor es una persona mayor de edad. El Comité considera que el riesgo mayor es de enviar a un potencial niño a un centro que alberga solamente a adultos reconocidos. En consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de la medida provisional solicitada constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

12.13 El Comité, actuando en virtud del artículo 10, párrafo 5, del Protocolo Facultativo, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto violaciones de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

13. El Estado parte debe proporcionar al autor una reparación adecuada. El Estado parte tiene asimismo la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños y niñas no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante los procedimientos se les designe rápidamente una representación calificada y gratuita.

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

15. Con arreglo a lo establecido en el artículo 11 del Protocolo Facultativo, el Comité desea recibir del Estado parte, a la mayor brevedad y en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Asimismo, pide al Estado parte que incluya información sobre esas medidas en los informes que presente en virtud del artículo 44 de la Convención. Por último, se pide al Estado parte que publique el dictamen del Comité y le dé amplia difusión.

[34] *Ibid*., párr. 12.11.