



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general*
27 de septiembre de 2018

Original: español

Comité de los Derechos del Niño

Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017* **

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

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

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bernard Gastaud, Olga A. Khazova, Hatem Kotrane, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Clarence Nelson, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, José Ángel Rodríguez Reyes, Kirsten Sandberg, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.

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

GE.18-12762 (S)

1812762

Se ruega reciclar



1.1 El autor de la comunicación es N.B.F., ciudadano de Costa de Marfil quien afirma haber nacido el 26 de marzo de 2000. Alega ser víctima de una violación de los artículos 3, 8, 12, 18 (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 21 de febrero de 2017, el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte que se abstuviera de devolver al autor a su país de origen y que lo trasladara a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

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

Los hechos según el autor

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

2.2 El 27 de enero de 2017, la Fiscalía de menores de la Audiencia provincial de Granada ordenó la práctica de pruebas osteométricas para determinar la edad del autor¹. Dichas pruebas fueron practicadas ese mismo día en el Hospital Virgen de las Nieves de Granada y consistieron en una radiografía de la mano izquierda. El resultado de dicha radiografía determinó que la edad ósea del autor era “superior a 19 años”².

2.3 Con base al resultado de dicha prueba, ese mismo día la Fiscalía de menores de la Audiencia provincial de Granada adoptó un decreto que determinaba que el autor era mayor de edad³.

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

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

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

² El autor aporta copia de dicho resultado médico del servicio de psiquiatría del Hospital Virgen de las Nieves de Granada.

³ La mayoría de edad en España es a los 18 años.

Queja

3.1 El autor sostiene que, durante el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido, no se tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención. Señala que, según lo ha constatado el Comité, no existe en el Estado parte un protocolo uniforme de protección de niños no acompañados a nivel nacional. Así, los métodos utilizados para determinar la edad de estos niños varían según la comunidad autónoma de que se trate⁴.

3.2 El autor señala que los únicos métodos de determinación de la edad utilizados actualmente en España son la estimación médica y la estimación por las características físicas. Sin embargo, no se utilizan otros métodos como la “estimación psicosocial y de desarrollo”, o la “estimación mediante documentación disponible, el conocimiento e información local”. La prueba más importante realizada en España es la radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle, estudio realizado en los años 1950s 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. Este estudio, al igual que otros estudios realizados posteriormente, es meramente valorativo y no fue concebido con el fin de determinar la edad cronológica de una persona. El autor señala la necesidad de diferenciar entre la edad cronológica y la edad ósea, siendo la última un concepto estadístico recogido de la experiencia clínica que resulta útil con fines estrictamente médicos en la estimación del ritmo de maduración ósea del sujeto y de la predicción de fenómenos como la talla que tendrá. En cambio, la edad cronológica es el tiempo vivido por la persona. La edad ósea y la cronológica no coinciden necesariamente, existiendo factores que influyen en el crecimiento y desarrollo de la persona, como factores genéticos, patológicos, nutricionales e higiénico-sanitarios, que son reflejo del estatus social del niño, así como factores raciales. Según varios estudios, las características socioeconómicas de un individuo son un factor esencial en su desarrollo óseo.

3.3 El autor sostiene que el principio del interés superior del niño debe imperar en todo el procedimiento de determinación de la edad, debiendo realizarse únicamente aquellas pruebas médicas que resulten necesarias y de acuerdo con la ética médica. Los informes médicos resultantes deben indicar siempre el margen de error existente. Asimismo, la realización e interpretación de las radiografías debe ser a cargo de personal médico especializado en radiodiagnóstico, y la evaluación global de los resultados debe realizarla personal médico especializado en medicina legal y forense, siendo a menudo los servicios radiológicos los que realizan la evaluación de las pruebas⁵. Por último, la determinación de la edad debe basarse en diversas pruebas y exámenes complementarios. Asimismo, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, no cabe realizar pruebas de determinación de la edad cuando el niño se encuentre en posesión de documentos de identidad⁶.

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

⁴ El autor cita las Observaciones Finales del Comité sobre el tercer y cuarto informes combinados de España (CRC/C/ESP/CO/3-4), párr. 27 y 59.

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

⁶ El autor cita asimismo el Informe de UNICEF, CJAE y Banesto “Ni ilegales ni invisibles, Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España” (2009); y el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, La Merced-Migraciones-Mercedarios, Save the Children, Baketik, ACCEM, Cátedra Santander de Menores de la Universidad de Comillas “Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España” (2009).

respeto del interés superior del niño no acompañado⁷. Sostiene que, al haber sido declarado mayor de edad sobre la base de pruebas no fiables, quedó desamparado y sin la protección debida, en una situación de vulnerabilidad extrema.

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

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

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

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

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad

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

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

⁷ El autor cita la Observación General N° 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 21.

⁸ *M.B. c España* (CRC/C/75/D/9/2017), decisión de archivo de la comunicación.

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

4.4 El Estado parte sostiene que se ha reestudiado la situación del autor de conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, habiéndose concluido que: a) existen varias pruebas objetivas –consistentes en la radiografía de la mano izquierda y examen físico⁹- por médicos especializados, bajo supervisión fiscal y judicial que demuestran que el autor es mayor de edad; b) no se ha aportado prueba documental que demuestre lo contrario; y c) la devolución del autor a su país de origen, donde tiene arraigo personal y familiar, no evidencia ningún riesgo irreparable para él ni constituye una circunstancia excepcional.

4.5 El Estado parte informa sobre la aplicación de un protocolo específico para el caso de presuntos menores no acompañados¹⁰, conforme al cual si un inmigrante en situación irregular alega ser menor de edad no acompañado y aparenta claramente ser menor de edad, es confiado inmediatamente a las autoridades de protección de menores y registrado en el Registro de Menores no Acompañados. Si se evidencian dudas de su apariencia física, se practican inmediatamente, previo consentimiento informado del interesado, pruebas médicas de determinación de la edad, conforme a los criterios aceptados por la comunidad médica forense. El resultado de dichas pruebas –que se interpreta en el sentido más favorable al inmigrante- es el que se tiene en cuenta para considerar si se aplican en lo sucesivo las disposiciones específicas de protección de menores.

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

5.1 En sus comentarios de 26 de mayo de 2017, el autor manifiesta que, si bien se le nombró un abogado de oficio–como persona mayor de edad– para tramitar el procedimiento de devolución en su contra, no se le nombró en ningún momento a un representante para defender sus intereses en tanto que menor de edad y libremente designado por el autor, en violación del artículo 12 de la Convención¹¹.

5.2 Señala que su apariencia, dada su experiencia migratoria, es muy distinta a las de una persona con una vida normalizada, no puede ser el factor relevante para determinar su edad. Insiste en la falta de fiabilidad de las pruebas Greulich & Pyle, y sostiene que no se respetó su derecho a la presunción de minoría de edad¹². Sostiene que los niños extranjeros no acompañados deben ser puestos a disposición de los servicios de protección de menores incluso antes de la determinación de su edad. Discute que las pruebas médicas de determinación de la edad practicadas sean aceptadas por la comunidad médica forense.

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

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

⁹ No se aporta copia del resultado del examen físico practicado.

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

¹¹ El autor cita asimismo la Observación General N° 6 del Comité; *op.cit.*, párr. 25.

¹² El autor cita la Observación General N° 6, párr. 31 i), así como la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2003/9/CE, párr. 51.

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

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

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

6.1 En sus observaciones de fecha 10 de noviembre de 2017, el Estado parte reitera sus argumentos de inadmisibilidad. Señala que, a partir de la foto actual del autor, no hay duda de que es mayor de edad. El propio representante del autor reconoce tácitamente que éste no aparenta ser menor de edad al ofrecer la explicación de su experiencia migratoria como justificación de su apariencia física.

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

6.3 El Estado parte señala que la conformidad de la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad con los derechos humanos ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Ahmade c Grecia*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.

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

6.5 El Estado parte sostiene que la queja es genérica y aparentemente centrada en que todo resultado de mayoría de edad de las pruebas médicas de determinación de la edad constituye una violación de la Convención. La Observación General N° 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.

¹³ *Ahmade c Grecia* (50520/09), párr. 77-78.

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 estos últimos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.5 En cuanto a los recursos contra la orden de devolución, el autor señala que el abogado de oficio que le fue designado no le asistió de forma presencial en ningún momento ni se realizó ninguna entrevista. Dicho abogado no pudo preparar ningún recurso debido a que el mismo fue designado en Motril y el autor fue trasladado a Barcelona, sin que la normativa

¹⁴ *L.M. c España* (CRC/C/77/D/18/2017), decisión de archivo.

española prevea un cambio de abogado de oficio cuando una persona es trasladada a otra comunidad autónoma. Añade que el único recurso que puede presentarse contra la orden de devolución es administrativo, y no judicial. En cuanto a los recursos contra el auto judicial de internamiento, el autor señala que dicho auto no indicaba nada acerca de la determinación de la edad del autor.

Intervención de terceros¹⁵

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

8.2 Sólo 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 con base a documentos o declaraciones de la persona afectada. En estos procedimientos, los Estados no deberían considerar solamente la apariencia física sino también la madurez psicológica, debiendo adoptar un enfoque multidisciplinar. En caso de que persistiera la duda una vez concluido el procedimiento, debería darse el beneficio de la duda a la persona afectada.

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 niño¹⁷.

8.4 El método Greulich & Pyle es inadecuado y no aplicable a la población migrante, quienes son en su mayoría adolescentes del África Sahariana, Asia o Europa del este que huyen de sus países de origen, a menudo en condiciones socio-económicas precarias. Varios estudios demuestran que existen diferencias de desarrollo óseo basadas en el origen étnico y la condición socio-económica de la persona, lo cual justifica que este método sea inapto para determinar la edad de la población no europea¹⁸. Este método presenta importantes márgenes de error, especialmente entre la población comprendida entre 15 y 18 años¹⁹. Según el Alto

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

¹⁶ Consejo de Europa, *Determinación de la edad: política, procedimientos y prácticas en los Estados miembro del Consejo de Europa respetuosas de los derechos del niño*, 2017.

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea.

¹⁸ *La aplicación del atlas Greulich & Pyle para medir el desarrollo de la edad ósea para cuatro grupos étnicos*, 2014, Revista de Medicina Forense y Médica.

¹⁹ El Ombudsman cita, entre otros, el informe de UNICEF sobre prácticas de determinación de la edad, 2011; el informe de la Academia Nacional de Medicina de Francia sobre la *fiabilidad de las pruebas médicas para determinar la edad para fines judiciales y posibles mejoras para los niños no*

Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, las asociaciones pediátricas europeas han señalado categóricamente que la madurez de los dientes y los huesos no permite determinar con exactitud la edad de un niño, sino que ofrecen meras estimaciones, con un amplio margen de error de entre dos y tres años. Esta interpretación de la información puede además variar de un país al otro, o de un especialista al otro²⁰. El Comité de los derechos del niño también ha llamado a los Estados a no recurrir a los métodos de determinación de la edad ósea²¹.

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 oído; 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 a 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 periodos 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 adultos²². Se debería informar inmediatamente a los servicios de protección de la infancia para que éstos pudieran valorar las necesidades de protección del niño²³.

Comentarios de las partes sobre la intervención de terceros

9 En sus comentarios de 1 de agosto de 2018, el autor sostiene que la intervención reafirma que el método utilizado para determinar su edad no fue apropiado dado el amplio margen de error, en particular en su grupo de edad. Los Institutos españoles de Medicina Legal también han afirmado lo mismo y han elaborado “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”²⁴.

10.1 En sus observaciones de 3 de agosto de 2018, el Estado parte señala que ninguno de los casos registrados contra España ante el Comité concierne a personas detenidas. Los autores en estas comunicaciones se les ofrece la opción de quedarse en centros abiertos

acompañados, 2007; y el informe de la Sociedad pediátrica suiza titulado *Determinación de la edad de los jóvenes migrantes*, 2017.

²⁰ Informe del Alto Comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa, *Los métodos para determinar la edad de los niños migrantes deberían mejorar*, 2011.

²¹ Observación general Núm. 6 (2005) y Observación general conjunta Núm. 3.

²² *Tarakhel c Suiza* (aplicación Núm. 29217/2012).

²³ Corte Europea de Derechos Humanos, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c Malta* (aplicaciones Núm. 25794/2013 y 28151/2013).

²⁴ El autor adjunta un *Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España*, de 2010, cuyo objetivo es “la normalización y armonización de las condiciones mínimas exigibles a los informes periciales, así como los márgenes de error que se derivan de la distribución normal y la variabilidad del desarrollo madurativo individual. Se propone que la estimación de la edad se realice en Institutos de Medicina Legal por facultativos experimentados sometidos a supervisión, tras obtener el consentimiento informado del presunto menor.”

mientras sus casos administrativos/judiciales siguen en curso. Añade que ninguno de estos casos concierne a solicitantes de asilo sino a migrantes económicos.

10.2 El test Greulich & 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 sólo 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 les 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 sólo podrá ser considerado documentado si se encuentra en posesión de un pasaporte o documento de identidad análogo, lo cual no es el caso en ninguna de las comunicaciones pendientes ante el Comité. En consecuencia, los autores de esas comunicaciones deben considerarse como indocumentados. Además, su apariencia física no era la de un menor, razón por la cual se les sometió a pruebas de determinación de la edad. En algunos casos, el autor había inicialmente afirmado ser mayor de edad y posteriormente declaró ser menor. En otros, los autores habían sido reconocidos como niños por las autoridades españolas y, sobre esa base, el Comité había archivado el caso. En otro caso, las autoridades del país de origen del autor habían confirmado que el autor era adulto, habiéndose también archivado. Ello demuestra la veracidad de las pruebas médicas practicadas.

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

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

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

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

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

11.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque: a) no solicitó al Ministerio Fiscal la revisión del decreto de determinación de la edad; b) no solicitó la determinación judicial de la edad; c) no recurrió contra la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y d) no recurrió contra el auto de internamiento ante la jurisdicción civil. Sin embargo, el

Comité observa, según lo señalado por el Estado parte, la revisión del decreto de determinación de la edad dictado por el Ministerio Fiscal procede cuando se aportan nuevos elementos de prueba cuales serían documentos de identidad con datos biométricos o nuevas pruebas médicas que desvirtúen las anteriores. En este sentido, el Comité hace notar que el autor no disponía de los documentos indicados por el Estado parte ni de los recursos para someterse a pruebas médicas alternativas y que, en todo caso, según lo manifestado por el autor, correspondería al Estado parte la realización de aquellas pruebas necesarias, médicas y psicológicas, para determinar la edad del autor. El Comité observa asimismo que, mediante fax de 15 de febrero de 2017, el Ministerio Fiscal fue informado de la reiteración del autor de su minoría de edad, hecho que no propició por sí solo la práctica de nuevas pruebas de determinación de la edad. El Comité considera que, en el contexto de la expulsión inminente del autor del territorio español, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que se prolonguen excesivamente o que no suspendan la ejecución de la orden de expulsión vigente. El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían la deportación del autor. En consecuencia, el Comité considera que el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

11.4 El Comité considera que las alegaciones del autor basadas en los artículos 18 (2), 20 (1), 27 y 29 de la Convención no han sido suficientemente fundamentadas a los efectos de la admisibilidad y las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 7 (f) del Protocolo Facultativo.

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

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

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

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

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

12.4 El Comité recuerda que, en ausencia de documentos de identidad u otros medios apropiados “para efectuar una estimación bien fundada de la edad, los Estados deben proceder a una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño, llevada a cabo por pediatras y especialistas u otros profesionales que sepan tener en cuenta al mismo tiempo diferentes aspectos del desarrollo. Esas evaluaciones deben realizarse con rapidez, de manera apropiada para el niño y teniendo en cuenta las cuestiones culturales y de género, entrevistando a los niños y en un idioma que el niño pueda entender. Los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria, y deben tenerse en debida consideración las declaraciones de los niños. Asimismo, es de vital importancia conceder el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando. Los Estados deben abstenerse de basarse en métodos médicos basados, en el análisis de los huesos y el examen de los dientes, que pueden ser imprecisos, y tener amplios márgenes de error, y también pueden ser traumáticos y dar origen a procedimientos judiciales innecesarios”²⁵.

12.5 En el presente caso, el Comité observa que: a) con el fin de determinar la edad del autor, que se encontraba indocumentado a su llegada a territorio español, se le sometió a pruebas médicas consistentes en una radiografía de su mano izquierda y un supuesto examen físico, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas, y sin que conste que se haya realizado entrevista alguna al autor en el marco de dicho proceso; b) que, como resultado de las pruebas practicadas, el centro médico en cuestión determinó que la edad ósea del autor era superior a 19 años según el Atlas de Greulich y Pyle, sin establecerse ningún margen de desviación posible; y c) que, con base a este resultado médico, la Fiscalía de menores de la Audiencia provincial de Granada emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad.

12.6 El Estado parte ha citado el caso *M.B. c España*²⁶ como precedente que demostraría la fiabilidad de la prueba radiológica basada en el Atlas de Greulich y Pyle. Sin embargo, el Comité observa la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de dicho examen, que tiene un amplio margen de error y, en consecuencia, no es apropiado como el único método para determinar la edad cronológica de una persona joven que afirma ser menor de edad.

12.7 El Comité toma nota de la conclusión del Estado parte en el sentido que el autor aparentaba claramente ser mayor de edad y que, en consecuencia, se le podía considerar directamente como tal sin necesidad de practicar prueba alguna, a pesar de lo cual en el presente caso se procedió a realizar pruebas médicas de determinación de la edad. Sin embargo, el Comité recuerda su Observación General N° 6 en el sentido que no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su maduración psicológica, que la evaluación deberá basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal”²⁷.

12.8 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor –no refutadas por el Estado parte- de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses en tanto que posible niño a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido. El Comité considera que los Estados partes deben designar a un representante legal

²⁵ Observación general conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 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 (CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23), párr. 4.

²⁶ Ver nota de pie 12 *supra*.

²⁷ Observación general No 6, *op.cit.*, párr. 31 i).

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 oído. No hacerlo conlleva una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la Convención. La falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial.

12.9 A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el autor, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular el examen utilizado para determinar la edad del autor y la ausencia de un representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el autor, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.

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

12.11 Finalmente, el Comité toma nota de las alegaciones del autor relativas al incumplimiento por el Estado parte de la medida provisional consistente en el traslado del autor a un centro de protección de menores mientras su caso se encontrara pendiente de examen. El Comité considera que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes se comprometen a respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales. En 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 que el autor es una persona mayor de edad. El Comité considera que el riesgo mayor es de enviar un potencial niño a un centro que alberga solamente a adultos reconocidos. En consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de la medida provisional solicitada constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

12.12 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 y 12 de la Convención, y del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

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

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

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.

Apéndices

Apéndice I

Opinión conjunta de los miembros del Comité Ann Skelton, Olga Khazova, Benyam Dawit Mezmur and Velina Todorova (concurrente)

1. This opinion provides a different rationale to reach the same outcome as the majority view, and clarifies how the benefit of the doubt should be applied.

Admissibility:

2. We concur with the majority view on admissibility (para 11.2) but provide additional reasons. The flaws in the age assessment procedures are central to this matter, and to find the case inadmissible on the basis of evidence arising from that process would be to pre-judge the case. Both the author and the State party give examples showing that the age assessment method yields unreliable results. In the majority view (para 4.1), the State party cites *M.E.B. v. Spain*,²⁸ in which X-ray evidence concluded the author (who claimed to be a child) was 18 years old. Following investigations it was found that he was actually 20 years old. The author (para 7.4) highlights *L.M. v. Spain*,²⁹ where in the author was proved to be a child, despite having previously been declared an adult on the basis of the X-ray results. This demonstrates that the State party's presentation of the test results as accurate (18 years old) without a margin of error is misguided. We therefore cannot rely on the test result as a ground for inadmissibility.

Merits:

3. We agree with the findings in the majority view stated in paragraphs 12.3, 12.4 and 12.8.

4. We also concur with the finding (para 12.9) that the absence of a multidisciplinary age assessment procedure and the lack of safeguards leads to a finding that the best interests of the child were not a primary consideration in the age-determination procedure to which the author was subjected, in breach of articles 3 and 12 of the Convention.

5. However, to reach the conclusion that there was a breach of the Convention, the Committee had to conclude that the author was a child, or that, in the absence of reliable evidence, the author should be given the benefit of the doubt relating to his age. In other words, his statement regarding his age had to be preferred over the age provided by the flawed test.

6. It is necessary to examine what evidence was on record regarding the author's age. The State party relied heavily on the physical appearance of the author. The author provided a statement of his age, uncorroborated. The only other evidence was that obtained through the flawed X-ray process, and we therefore cannot rely on it. Should the author have provided more evidence? There are situations in which children have fled situations of danger and are seeking asylum, and in such

²⁸ *M.E.B. v. Spain* (CRC/C/75/D/9/2017), discontinuance decision.

²⁹ *L.M. v. Spain* (CRC/C/77/D/18/2017), discontinuance decision.



circumstances it is most unlikely that they will be able to obtain proof from the authorities in their country of origin or from embassies. Problems with lack of birth certificates and statelessness add to the difficulties in proving age. However, in the present case, the author makes no such claims, and fails to provide reasons why he has been unable to obtain evidence verifying his age.

7. Is the State party, with all the resources at its disposal, not in a stronger position to establish age? In situations where the child is seeking asylum it would be inappropriate for the State party to engage with the state of origin relating to the child's age or other personal details. In this matter, there is no suggestion that the author was seeking asylum. As much as it is true that the author did not prove his correct age, the State party did not bring any actual evidence to prove the author's correct age either.

8. That leaves the Committee with no reliable evidence as to age. The Committee's majority view does not squarely rest its decision on a finding that the author should be given the benefit of the doubt. This is, however, one of the key issues in the present case. In our view, this is the only way in which the violation of rights in terms of articles 3 and 12 of the Convention can be found to apply to the author.

9. The third party submissions of the French Ombudsperson (*Défenseur des Droits*) recommend that, in cases of doubt, the person should be presumed to be a child during the age determination procedure and that in cases of persisting doubt at the end of the procedure, the benefit of the doubt should prevail.

10. A person claiming to be a child should be given the benefit of the doubt because any other approach will require a pre-determination of the very issue to be determined – the age of the person. However, one can sympathise with a State party which, once it has applied an age determination process that provides the safeguards required by the CRC, continues to be met with endless demands to extend the benefit of the doubt to everyone who continues to insist that he or she is a child. The Committee's General Comment no. 6, which stated that "the benefit of the doubt is such that if there is a possibility that the individual is a child, she or he should be treated as such" may be of assistance here. This approach excludes the benefit of the doubt being demanded by an insincere individual where there is no possibility that he or she is a child.

11. Where does that leave us in the current case? There is an absence of reliable evidence regarding age. While we do not make a finding as to which party bears the onus to produce such evidence, it must be noted that neither party did so, nor gave reasons for that failure. This situation should be avoided in future cases, and parties should make the effort to obtain and present all available evidence or explain the absence thereof. However, in the absence of reliable evidence in the current matter, the benefit of the doubt should apply.

12. The State party originally gave the author the benefit of the doubt, and applied the flawed x-ray assessment. The author persisted to claim he was a child, and the State party refused to give him any further benefit of the doubt. Was the State party wrong to do so?

13. If it had developed a CRC-compliant age determination process and applied it, it could have justifiably accepted the determined age and conclude that there was no doubt remaining. However, that is not the situation here. We concur with the Committee's decision (para 12.9) that the age determination process does not provide the safeguards required by the CRC. In such a situation, the State party should have given the author the benefit of the doubt, even after the age determination process

was concluded. The Committee too, in the absence of reliable evidence, and in the context of an age determination process that lacks the safeguards required by the CRC, has to give the author the benefit of the doubt, and find that he should have been treated as a child. The State party's failure to do so amounts to a violation of the author's rights under articles 3 and 12 of the Convention.

Apéndice II

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

1. I regret to present a dissenting opinion as I concur with most parts of the findings of the majority decision both on the admissibility and merits including about the problems of the age determination used by the State party. However, I cannot associate myself with the conclusion that the State party violated the rights of the present author under articles 3 and 12 of the Convention.

Admissibility:

2. I concur with the decision on the admissibility but the reason in paragraph 11.2 needs to be elaborated. In the current case, the file presents no evidence that indicates that the author was an adult at the time of the alleged violation of his rights, i.e., when the author was subjected to the age determination. If it was proved even later that the author was an adult at that time, the complaint would be incompatible with the provisions of the Convention, which protects the rights of children, and inadmissible under article 7 (c) of the Optional Protocol.³⁰ However, the State party's argument on the inadmissibility under this article is based only on the current photo of the author which, according to the State party, there is no doubt that he is an adult (para. 6.1). While the file contains a copy of the medical report from the psychiatric unit at the Virgen de las Nieves hospital in Granada submitted by the author, according to which the results of the X-ray showed that the author's bone age was "over 19 years" (para. 2.2), the Committee cannot rely on this report to find that the author was an adult as the reliability of the test and estimate used there is at issue. Therefore, article 7 (c) of the Optional Protocol does not constitute an obstacle to the admissibility of the communication.

Merits:

3. I find that the decision failed to give due consideration to the facts that the author has not provided any evidence proving that he was a child other than his statement and that the author did not avail himself of the procedure available to him under the Spanish laws that would have allowed him to prove that he was a child, despite the fact that he was appointed a lawyer. Furthermore the information before the Committee does not show that the author tried to submit evidence to prove that he was a child, nor did the author explain the reason why he could not submit any evidence such as that his birth was not registered, that he did not have a birth certificate or that he had lost it.

4. I do not mean that there were no problems with the age-determination by the State party. On the contrary, I agree to the finding in paragraphs 12.3, 12.4 and 12.8. The method and the lack of procedural safeguards in the age-determination used by the State party would have violated the author's rights under the Convention, if he was a child. However, on the basis of the information available to the Committee, I do not think that the Committee can find a violation of the rights of the author as a child. I am not convinced by the argument that the author should be found as a child at the time of the alleged violation given the benefit of the doubt. There may be a situation where the uncertainty that the author was a child remains despite the evidence provided by the author. In that case, it would be appropriate for the

³⁰ See communication No. 8/2016, *Y.M. v Spain*, Decision adopted on 31 May 2018

Committee to find that the author was a child by giving him or her the benefit of the doubt. However, the current communication is not such a case as the author has not provided any evidence other than his statement that he was born on 26 March 2000 (para. 2.1) and that he was a minor (para. 2.4). I do not suggest that the oral statements of the author have no evidential value. Nor do I intend to make arguments on the onus. My position is that in the present case the Committee needed at least additional information indicating that the author was a child to find a violation of his rights as a child.

5. I feel obliged to point out that the purpose of the individual communications is to provide a remedy to the individual whose rights under the Convention were violated. In my view, the majority decision confuses two issues on one hand, and whether the age-determination used by the State party violated its obligation under the Convention, and whether this author's rights under the Convention were violated on the other. The confusion is also reflected in the majority decision on remedies that it recommends only general measures to prevent similar violations in the future without making any recommendations on the remedies for the author under Rule 27, paragraph 4 of the Rules of procedure of the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (para. 13).

6. To effectively protect the specific rights of the child under the Covenant, the Committee needs to exercise its functions conferred on to it by the Optional Protocol appropriately.

Apéndice III

Opinión individual del miembro del Comité Hatem Kotane (disidente)

Recevabilité

1. Je ne suis d'accord avec la décision de la majorité que le dossier ne présente aucune preuve qui indique que l'auteur était un adulte au moment de son arrivée en Espagne et que, par conséquent, l'article 7 c du Protocole facultatif (ci-après « OPIC ») ne constitue pas un obstacle à la recevabilité de la communication.
2. Il y a là, à mon avis, une confusion entre le bénéfice du doute reconnu à l'enfant devant les autorités de l'immigration et la condition d'âge comme condition de recevabilité d'une communication devant le Comité au titre de l'OPIC.
3. L'auteur ne produit devant le Comité aucun document établissant qu'il est un enfant. La condition d'être un enfant est une question fondamentale de la procédure devant le Comité. Seuls les enfants sont autorisés à soumettre des communications et le Comité n'est pas compétent si, le jour de la présentation d'une communication, l'auteur ne présente aucun document de preuve attestant qu'il est un enfant, comme dans le cas présent.
4. De surcroît, la présomption de minorité – ou bénéfice du doute - n'est pas prévue expressément par l'OPIC, ni par la Convention. Le Comité l'a reconnue comme un des éléments en vue de la détermination de l'âge du jeune se présentant comme mineur non accompagné et qui doit être mis à l'abri par les autorités de l'immigration le temps nécessaire durant lequel une évaluation de son âge sera réalisée. En conséquence, le jeune est présumé mineur dès son arrivée dans un pays étranger et sa confrontation avec les services de l'immigration, non lorsqu'il présente une communication devant le Comité qui n'a aucun moyen d'effectuer une évaluation quelconque de la minorité alléguée, condition essentielle pour le Comité devant lui-même s'assurer de sa propre compétence telle que définie par l'OPIC.
5. En outre, l'âge constitue un fait juridique. Il ressort de cette qualification que la preuve de l'âge est en principe libre. Les documents d'état civil sont des moyens de preuve efficaces et les avocats de l'intéressé auraient été avisés à produire devant le Comité de tels documents dont la force probante repose, elle-même, sur une présomption de validité des actes établis à l'étranger.
6. Or, dans l'espèce, l'auteur ne produit devant le Comité aucun document établissant qu'il est un enfant alors même que sa minorité est remise en cause par les autorités de l'Etat partie. Aucune présomption de minorité ne saurait être reconnue par le Comité lui-même et la charge de la preuve de la qualité d'enfant pèse sur l'auteur.

Fond

Présomption de minorité:

7. La décision de la majorité est fondée en rappelant à l'Etat les limites des tests médicaux, non suivis de tests psychologiques ni d'entretiens avec l'auteur.
8. Il convient toutefois de rappeler que dans son observation générale n°6 (2005)³¹, le Comité affirme que : « [...] en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la

³¹ CRC/GC/2005/6, para. 31, *i*).

possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur ». Il en résulte que le principe est celui de la présomption de minorité, elle-même fondée sur deux présomptions : celle d'authenticité des documents produits et celle de légitimité de leur détenteur; d'où il résulte ce qui suit:

a. **Le recours à une évaluation scientifique n'est pas totalement exclu par le Comité**, mais « [...] *Cette évaluation doit en outre être menée scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant, de manière adaptée à son statut d'enfant et à son sexe et équitablement, afin de prévenir tout risque de violation de l'intégrité physique de l'enfant; cette évaluation doit en outre se faire avec tout le respect dû à la dignité humaine* » ;

b. **Le bénéfice du doute n'est pas absolu**. Il est accordé à l'enfant « [...] **en cas d'incertitude persistante** » et « ... si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur » !

9. Ainsi, si une incertitude persiste entre les résultats de l'examen scientifique qui établirait la majorité d'âge et les documents qui attesteraient le contraire, le bénéfice du doute devrait être accordé à l'enfant. Le Comité a rappelé cette position dans son Observations générale n°23 en affirmant que « [...] *Les documents qui sont disponibles devraient être considérés comme authentiques, sauf preuve du contraire (...)*»³²

10. La situation est différente lorsqu'aucun doute ne persiste et que la personne ne produit aucun document et se limite à sa prétention qu'il est un enfant, alors que les autorités d'immigration ont dû procéder à un examen scientifique et acquies la certitude qu'il s'agit d'un adulte.

Intérêt supérieur de l'enfant et droit d'être entendu :

11 La décision de la majorité conclut que l'Etat a violé les articles 3 et 12 de la Convention et ce, en particulier, en ne procédant pas à la nomination d'un représentant pour assister le jeune au cours du processus de détermination de son âge.

12 Cette position nous paraît exagérée dans la mesure où les droits proclamés par les articles 3 et 12 sont limités aux enfants. Certes, l'Etat a l'obligation de mettre à l'abri un jeune qui prétend être un mineur et ne pas le placer, par exemple, dans un centre de détention pour adultes. Mais, nous ne pensons pas que la nomination d'un représentant ad hoc soit systématique alors qu'aucun document n'est produit par l'intéressé attestant qu'il est mineur. La présomption de minorité doit être accordée et emporte toutes les conséquences y attachées, « *en cas d'incertitude persistante* ». Or, c'est justement ce que conteste l'Etat alors que l'auteur ne produit aucun élément attestant de sa minorité.

³² CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, para. 4.