



Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. general
24 de febrero de 2021

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. 63/2018* **

<i>Comunicación presentada por:</i>	C. O. C. (representado por la abogada Vanessa Hernández Delgado)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	28 de noviembre de 2018
<i>Fecha de adopción del dictamen:</i>	29 de enero de 2021
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de niño no acompañado
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Falta de agotamiento de recursos internos, incompatibilidad <i>ratione personae</i> , falta de fundamentación de la queja
<i>Artículos de la Convención:</i>	3; 8; 18, párr. 2; 20, párr. 1; 27 y 29
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	6 y 7 c), e) y f)

1.1 El autor de la comunicación es C. O. C., nacional de Gambia, nacido el 2 de febrero de 2001. Alega ser víctima de una violación de los artículos 3; 8; 18, párrafo 2; 20; 27 y 29 de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 14 de abril de 2014. El Comité observa asimismo que, si bien no lo invoca formalmente, el autor plantea una violación del artículo 12 de la Convención.

1.2 De conformidad con el artículo 6 del Protocolo Facultativo, el 3 de diciembre de 2018, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte la adopción de medidas provisionales consistentes en suspender la ejecución de

* Aprobado por el Comité en su 86º período de sesiones (18 de enero a 5 de febrero de 2021).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.



la orden de expulsión contra el autor mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité, así como trasladarlo a un centro de protección de menores.

Los hechos según el autor

2.1 El 28 de octubre de 2018, el Salvamento Marítimo, en cooperación con el Cuerpo Nacional de Policía de España detuvo al autor cuando pretendía acceder al Estado parte a bordo de una patera. Aunque no disponía de ninguna documentación, el autor manifestó ser menor de edad. El mismo día, el autor fue trasladado a un anexo de la Comisaría de la Policía Nacional en las Américas, zona ubicada en el sur de la isla de Tenerife.

2.2 El 31 de octubre de 2018, se notificó al autor un decreto de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife que determinaba su mayoría de edad sobre la base de pruebas médicas que no constaban en el expediente. El autor alega que en ningún momento se le notificó el resultado de dichas pruebas médicas. El 2 de noviembre de 2018, se notificó al autor la orden de devolución acordada por el Subdelegado del Gobierno de la Oficina de Extranjería de Santa Cruz de Tenerife. El 3 de noviembre de 2018, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Arona acordó mediante auto el internamiento del autor en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Hoya Fría. Sin embargo, el autor continuó internado en el anexo a la Comisaría de la Policía Nacional en las Américas hasta el 16 de noviembre antes de ser trasladado al CIE.

2.3 El 8 de noviembre de 2018, el autor interpuso recurso de apelación contra el auto de devolución. Entre otros motivos, alegó que el decreto de mayoría de edad emitido por la Fiscalía carecía de fundamentación dado que las pruebas mencionadas no constaban en el expediente, ni se mencionaban las fechas en las que se habían practicado. Hasta la fecha de presentación de la comunicación individual ante el Comité el autor no obtuvo respuesta alguna a dicho recurso.

2.4 El mismo 8 de noviembre de 2018, la abogada del autor se personó en la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife para recabar las pruebas médicas supuestamente practicadas al autor y a otros siete menores, pero que no se encontraban en sus respectivos expedientes. El Fiscal de Menores se negó a otorgarlas excepto en uno de los ocho casos. Según el informe al que tuvo acceso la abogada, las únicas pruebas que se había realizado a los menores fueron una radiografía de muñeca de acuerdo al Atlas de Greulich-Pyle y una exploración médica. El autor alega que dichas pruebas fueron hechas sin su consentimiento y sin presencia de un intérprete; que no fue asistido por un profesional especializado para el proceso de determinación de la edad; y que no fue asistido por ningún abogado durante el procedimiento. Más aún, según el decreto de la Fiscalía que determinó la mayoría de edad del autor, se le habría practicado una ortopantomografía dental informada de acuerdo a los estándares de Mincer. El autor alega que esta prueba no se realizó y que era imposible realizarla porque el instrumento necesario para realizarla se encontraba fuera de servicio.

La queja

3.1 El autor sostiene que el Estado parte no respetó la presunción de minoría de edad ante la duda o incertidumbre, en contra de su interés superior y en violación del artículo 3 de la Convención¹. La violación es aún más palmaria ante el riesgo real de producir al autor daños irreparables ubicándolo en un centro de detención para mayores de edad y dictando una orden de devolución a su país de origen. El autor cita observaciones finales sobre el Estado parte según las cuales el Comité expresó preocupación por la no existencia de un protocolo uniforme en el territorio del Estado parte que determine adecuadamente qué constituye el principio del interés superior del niño al determinar la edad de los niños no acompañados². El autor resalta que en dichas observaciones finales, el Comité expresó preocupación por las “deficientes condiciones de alojamiento y las situaciones de descuido en los centros de emergencia situados en las Islas Canarias, particularmente los de la Esperanza y la isla de Tenerife”³. El autor también presenta diversos estudios para alegar que las estimaciones

¹ El autor cita la observación general núm. 6 (2005), párr. 31.

² CRC/C/ESP/CO/3-4, párrs. 27 y 59.

³ *Ibid.*, párr. 59 e).

médicas utilizadas en el Estado parte, y en particular las practicadas en él, poseen un alto margen de error pues los estudios que las llevaron a cabo fueron basados en otras poblaciones con características raciales y socioeconómicas muy diferentes.

3.2 El autor alega asimismo una violación del artículo 3 de la Convención leído conjuntamente con su artículo 18, párrafo 2, debido a la ausencia de nombramiento de un tutor que pueda velar por los intereses del menor no acompañado, nombramiento que constituye una garantía procesal importantísima para el respeto de su interés superior⁴. También sostiene la vulneración del artículo 3, párrafo 2, en relación con el artículo 20, párrafo 1, debido a la ausencia de protección del Estado parte frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado. El autor sostiene que el interés superior del niño debe primar sobre el orden público de extranjería y que el Estado parte tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas y administrativas adecuadas para la correcta protección del menor para que no se vea en la situación de desamparo producida por la no asignación de un tutor⁵.

3.3 El autor sostiene también que el Estado parte ha violado su derecho a la identidad, reconocido en el artículo 8 de la Convención, al señalar que la edad constituye un aspecto fundamental de la identidad y que el Estado parte tiene el deber de no interferir en ella. Más aún, la obligación del Estado parte incluye el deber de conservar y rescatar los datos de la identidad de los autores que todavía subsistan o que puedan subsistir.

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

3.5 El autor alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención debido a que no ha sido protegido por el Estado parte. El autor cita la observación general núm. 6 (2005), según la cual este derecho debe ser interpretado teniendo en cuenta las circunstancias en que se encuentra el menor, su edad, su origen étnico, cultural y lingüístico.

3.6 El autor propone, como posibles soluciones, que:

- a) El Estado parte reconozca su imposibilidad de establecer la edad del autor a través de las pruebas médicas realizadas;
- b) Se le notifique al autor cualquier resolución que lo afecte;
- c) Se reconozca la posibilidad de recurrir a instancias judiciales los decretos de fiscalía para la determinación de la edad;
- d) Se le reconozca de manera inmediata un representante;
- e) Se le reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, incluidos el derecho a recibir protección de la administración pública, a un representante legal, a la educación, y a una autorización de residencia y trabajo que le permita el pleno desarrollo de su personalidad y su integración en la sociedad.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y fondo

Relato de los hechos

4.1 En sus observaciones de 1 de marzo de 2019 sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación, el Estado parte realiza su propia presentación de los hechos relevantes. Según

⁴ El autor cita la observación general núm. 6.

⁵ El autor cita 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, *Aproximación a la protección internacional de los menores no acompañados en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009, pág. 96: "Tan pronto como se identifique a un menor extranjero no acompañado [...] deberá contar con un tutor o representante legal con los conocimientos necesarios capaces de garantizar los intereses del niño y la atención apropiada de sus necesidades legales, sociales, médicas y psicológicas".

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

el Estado parte, el 28 de octubre de 2018, el autor llegó en patera a las costas de Santa Cruz de Tenerife junto con otras 72 personas de origen subsahariano. El mismo día la Brigada Local de Extranjería y Fronteras de Tenerife-Sur activó el protocolo para menores no acompañados. El 29 de octubre de 2018, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife autorizó la realización de pruebas de determinación de edad del autor.

4.2 El 31 de octubre de 2018, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Provincial de Tenerife acordó decretar la mayoría de edad del autor, a través del decreto núm. 24/2018. El mismo día, se incoó expediente de expulsión con base en el artículo 53.8 b) de la Ley 4/2000 por entrada ilegal a territorio español en la Comisaría Local Sur Tenerife, resuelto por la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife. El trámite se le notificó el 2 de noviembre de 2018.

4.3 El 3 de noviembre de 2018, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Arona autorizó el internamiento del autor en el CIE. El 5 de noviembre de 2018, el autor ingresó con carácter transitorio en las instalaciones del Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) anexas a la Comisaría Sur de Tenerife al no haber plazas disponibles en el CIE de Hoya Fría.

4.4 El 16 de noviembre de 2018, el autor ingresó en el CIE de Hoya Fría. El 7 de diciembre de 2018, fue puesto en libertad por imposibilidad de documentarlo y fue derivado a la Cruz Roja en Tenerife. El Estado parte alega que en la actualidad la Policía Nacional desconoce el paradero del autor.

Causas de inadmisibilidad

4.5 El Estado parte sostiene la inadmisibilidad *ratione personae* de la comunicación por ser el autor mayor de edad, según ha sido acreditado por pruebas médicas que apuntan a una edad mínima de 18 años y un informe específico de médicos forenses concluyendo también en la mayoría de edad del autor⁷.

4.6 Por otra parte, basándose en el artículo 7 e), del Protocolo Facultativo, el Estado parte sostiene la inadmisibilidad de la comunicación alegando que no se han agotado todos los recursos internos disponibles⁸. El autor tenía la posibilidad de: a) solicitar al Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas que acrediten su minoría de edad; b) solicitar al juez civil del lugar de internamiento, conforme al procedimiento del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que revise cualquier decisión de la comunidad autónoma en la que no se considera que el autor sea menor de edad; c) recurrir la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso administrativa; y d) instar ante la jurisdicción civil, conforme a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad.

Observaciones sobre el fondo

4.7 El Estado parte sostiene que, subsidiariamente, en caso de admitir a trámite la comunicación, no existen motivos de fondo para la intervención del Comité. En primer lugar, el Estado parte cita la normativa interna según la cual, en caso de duda razonable, se atribuye al Ministerio Fiscal la determinación de la edad de las personas, en cuanto que es la institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley. Según el sistema vigente, se parte de un principio de presunción provisional de minoría de edad en aquellos casos en que no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, en tanto se determina su edad. Al mismo tiempo, se determina la realización de pruebas médicas objetivas de determinación de la edad, las cuales se practican con el previo consentimiento informado y que respetan la dignidad de la persona⁹.

⁷ El Estado parte transcribe el decreto de mayoría de edad de la Fiscalía según el cual se practicaron dos pruebas médicas (la radiografía y la ortopantomografía), y se elaboró un informe realizado por dos médicos forenses a partir de un examen físico, una entrevista y los resultados de las pruebas médicas.

⁸ El Estado parte hace hincapié en la necesidad de agotar “todos” los recursos disponibles.

⁹ Según el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

4.8 En segundo lugar, el Estado parte sostiene la inexistencia de vulneración del interés superior del niño protegido por el artículo 3 de la Convención, al ser el autor mayor de edad. El Estado parte precisa que solamente se debe presumir la minoría de edad “en caso de incertidumbre”, pero no cuando es patente que la persona sea mayor. El Estado parte alega que las autoridades españolas le ofrecieron al autor la oportunidad, previo consentimiento informado, de realizar pruebas médicas objetivas de determinación de la edad, las cuales luego de ser practicadas pusieron de manifiesto una mayoría de edad evidente. Dichas pruebas de edad se realizaron, conforme a la observación general núm. 6, párrafo 31, “con criterios científicos, seguridad e imparcialidad”. Según el Estado parte, la mencionada observación general no impide ni prohíbe la realización de estas pruebas en personas que aparentan ser mayores, carecen de documentación y alegan ser menores. Para el Estado parte, considerar menor a un adulto a falta de prueba fehaciente y con base en la exclusiva declaración del interesado pondría en grave peligro a los menores cuidados en centros de acogida (quienes pueden verse sometidos a abusos y maltratos por aquellos), lo que sí supondría una vulneración del interés superior de los menores.

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

- a) Tan pronto como el autor pisó suelo español fue atendido por los servicios sanitarios;
- b) Se le documentó y se le ofreció abogado e intérprete gratuitos a cargo del Estado, siendo informado inmediatamente de sus derechos;
- c) Su estado fue inmediatamente comunicado a la autoridad judicial competente para asegurar el respeto de sus derechos mientras se efectuaban las tramitaciones derivadas de su estancia ilegal;
- d) Tan pronto como alegó ser menor de edad, se informó al Ministerio Fiscal, que es la institución encargada de velar por el interés superior del menor¹⁰.

4.10 En relación con el derecho a la identidad protegido por el artículo 8 de la Convención, el Estado parte alega que no hubo violación alguna ya que se procedió a “registrar [la] identidad declarada [del autor] tan pronto como fue salvado en altamar y accedió ilegalmente a suelo español” y que “esta documentación, elaborada por las autoridades españolas, es la que le permite ejercitar algún derecho en la actualidad”.

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

4.12 El Estado parte concluye que el autor no solo no ha aportado documentación original con datos biométricos auténticos que sustenten su presunta y alegada minoría de edad, sino que las autoridades españolas han obtenido contraindicios mediante pruebas médicas y un examen forense que refutan la tesis del autor. Siendo el autor mayor de edad, el Estado parte solicita que la comunicación se declare inadmisibles o se archive o, subsidiariamente, que se desestime por no existir motivos de fondo que demuestren una violación a los derechos de la Convención.

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

5.1 En sus comentarios sobre admisibilidad y fondo del 14 de agosto de 2019, el autor resalta que permaneció más tiempo del correspondiente en dependencias policiales sin que hubiera sido atendido en ningún momento por los servicios de protección al menor. Ello así, pues llegó al Estado parte el 28 de octubre de 2018 y no fue sino hasta el 2 de noviembre

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

de 2018 que se le notificó la orden de devolución y hasta el día siguiente que se adoptó el auto de internamiento. Más aún, entre el 28 de octubre de 2018 y el 16 de noviembre de 2018, el autor insiste que permaneció encerrado en dichas dependencias policiales en pésimas condiciones; sin estar amparado por adultos; sin que ninguna organización no gubernamental pudiera atenderle (pues no se autorizó el ingreso a ninguna organización de este tipo); y con comida siempre fría e insuficiente. El autor añade que el CETI que menciona el Estado parte no es un centro de atención temporal, sino unos barrancones anexos a las dependencias policiales. Ellos no reúnen los requisitos mínimos para tener a alguien retenido, y menos aún a presuntos menores como el autor, incumpliendo de manera flagrante el protocolo de menores no acompañados¹¹.

5.2 El autor explica que toda la argumentación del Estado parte se centra en el hecho de que no se trata de un menor y que por lo tanto la Convención no es aplicable. Sin embargo, el autor adjunta copia de su pasaporte obtenido el 25 de marzo de 2019 que acredita su minoría de edad. El autor explica que ello no solo desvirtúa por completo toda la argumentación del Estado parte, sino que pone de manifiesto que los mecanismos que el Estado parte tiene a su disposición no sirven para detectar y proteger a los menores no acompañados.

5.3 En cuanto al procedimiento de determinación de la edad, el autor reitera que su abogada se personó en las dependencias judiciales y pudo comprobar que en el expediente no constaban las pruebas médicas en las que se fundamentaba el decreto de la Fiscalía. Por ese motivo fue que su abogada presentó el 8 de noviembre un escrito ante la Fiscalía para que le notificaran dichas pruebas.

5.4 En cuanto a la valoración de las pruebas médicas, el autor adjunta un escrito del Defensor del Pueblo del 26 de julio de 2019 en relación con los procedimientos de determinación de la edad incoados a las personas que accedieron a las costas de Santa Cruz de Tenerife el 28 de octubre de 2018, entre los que se encontraba el autor. Según dicho escrito, aunque se realizó la ortopantomografía sobre el autor, “fue totalmente imposible su interpretación, ya que el centro hospitalario informó de la inexistencia de un facultativo que pudiera llevar a cabo dicha labor”. Según el mismo escrito, en el decreto de mayoría de edad “se deslizó un error, al indicar que se había realizado la prueba de ortopantomografía, sin reflejar que la misma no había podido ser interpretada ante la ausencia de facultativo capacitado para emitir el correspondiente informe”. El Defensor del Pueblo concluye alegando que “de acuerdo con la opinión generalizada de los expertos en medicina legal más reputados, [...] la realización de una única prueba de carpo no asegura que el resultado alcanzado sobre la edad ósea de los interesados sea conforme con la edad cronológica de los individuos”.

5.5 Ante ello, el autor alega que el Fiscal adoptó un decreto de mayoría de edad, sin que se hubieran realizado las pruebas pertinentes para ello, contraviniendo toda la legalidad vigente en materia de protección de menores. Ello así, pues:

- a) La ortopantomografía se realizó, pero nunca se informó;
- b) No se aportó ningún informe forense que valore la ortopantomografía porque no hubo ese día alguien capacitado para su interpretación;
- c) Quien habría valorado dicha prueba habría sido el propio Fiscal, a falta de un informe, y no es la Fiscalía a quien le corresponde hacer ninguna valoración médica;
- d) Tampoco se aportó ni la radiografía de la muñeca ni el informe médico que supuestamente la habría valorado;
- e) Al autor no se le informó de las pruebas médicas que le iban a realizar ni tampoco se recabó su consentimiento informado.

5.6 En cuanto a la falta de agotamiento de los recursos internos, el autor reitera que su abogada se personó en las dependencias de la Fiscalía el 8 de noviembre de 2018 con la

¹¹ El autor cita el artículo 3 de la resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.

intención de recabar toda la información contenida en su expediente y así poder tener toda la información que garantice una adecuada defensa jurídica. Sin embargo, la Fiscalía nunca entregó a la abogada ninguna documentación relacionada con el autor, imposibilitando su defensa. En el mismo sentido, los decretos de determinación de la edad emitidos por la Fiscalía no son impugnables en sede judicial, según lo confirmado por el Tribunal Constitucional mediante auto 172/2013. Más aún, aunque el Estado parte señala que el decreto podría modificarse por la aportación de nuevas pruebas médicas, el autor no se encontraba en una situación económica para poder costear tales pruebas. Finalmente, en un contexto de expulsión del autor, ninguno de los recursos disponibles hubiera suspendido la ejecución de su expulsión, de modo tal que resultaban inefectivos.

5.7 En cuanto al fondo de la comunicación, el autor alega que el Estado parte no aportó ninguna prueba de que se haya recabado ningún consentimiento informado del autor sobre la realización de las pruebas y mucho menos que se le hubiera asignado un tutor durante todo el procedimiento. En cuanto al resto de las violaciones alegadas, el autor remite a su comunicación inicial ya que, a su entender, considera que el Estado parte no ha hecho más que negar dichas violaciones en su escrito.

Observaciones adicionales del Estado parte

6. En sus observaciones de 3 de septiembre de 2019, el Estado parte informa que los CIE son centros de internamiento temporales de extranjeros en espera de expulsión. El Estado parte explica que los CIE se destacan por su importancia como centros no penitenciarios, dependientes del Ministerio del Interior, en los que permanecen los extranjeros hasta ser expulsados del territorio (teniendo así una finalidad preventiva y cautelar). Según el Estado parte, el autor parece dar a entender que estuvo varios meses en una “lóbrega mazmorra policial”, lo cual dista mucho de la realidad. El ingreso del autor en el CIE se debió a su entrada ilegal al territorio del Estado parte, internamiento que tiene carácter meramente temporal, no tiene carácter penitenciario y se realiza de forma cautelar previa a su expulsión.

Comentarios del autor a las segundas observaciones del Estado parte

7.1 En sus comentarios de 17 de octubre de 2019 a las segundas observaciones del Estado parte, el autor reitera que fue trasladado el día que arribó a las costas de Tenerife a las dependencias policiales de la Playa de las Américas en el municipio de Adeje, donde permaneció hasta ser trasladado, junto a otros menores, al CIE de Hoya Fría el 16 de noviembre de 2018.

7.2 El autor insiste en que permaneció en esas dependencias policiales desde el 28 de octubre hasta el 16 de noviembre de 2018, en régimen cerrado y bajo custodia policial, en condiciones incluso peores que las de un CIE, careciendo estos barracones de ventilación, con un solo baño para 17 personas, encerrados a partir de las 19.00 horas hasta el día siguiente, y con comida fría e insuficiente. El autor explica que esas dependencias no son un CETI, ni tampoco un CIE. Para ser ingresado en un CIE es necesario un auto de internamiento de un juzgado, para permanecer en régimen cerrado más de 72 horas tal y como estuvieron tanto él como los otros menores.

7.3 El autor transcribe secciones de su auto de internamiento de 3 de noviembre de 2019 demostrando que no se adoptó ninguna de las medidas que mencionó el auto, dado que permaneció en un centro no autorizado hasta el 16 de noviembre de 2019. Ni él ni los demás menores fueron tratados como tales, permaneciendo en un lugar en el que no existe ningún tipo de regulación, completamente fuera de la ley, incumpliendo todas las garantías constitucionales y acuerdos internacionales.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

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

8.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibles *ratione personae* porque existen pruebas médicas que demuestran que el autor tiene una edad mínima de 18 años y existe un informe específico de médicos forenses concluyendo también su mayoría de edad. El Comité observa, sin embargo, que el autor declaró ser menor de edad a su llegada a España, y que cuenta con un pasaporte oficial que acredita su minoría de edad, sobre el cual el Estado parte no ha hecho referencia en sus observaciones. Al mismo tiempo, el Comité recuerda que la carga de la prueba no recae exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más porque el autor y el Estado parte no siempre gozan del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte es el único que dispone de la información pertinente. En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del autor según el cual el Estado parte no demostró que las pruebas médicas hayan sido efectivamente realizadas y valoradas por personal médico especializado. En particular, el Comité toma nota de que el propio Defensor del Pueblo del Estado parte indicó que la ortopantomografía, aunque realizada, no pudo ser evaluada, y que su inclusión en el decreto de fiscalía fue por error. A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 7 c), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación.

8.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que el autor no agotó los recursos internos disponibles porque podría haber: a) solicitado al Ministerio Fiscal que se practiquen pruebas médicas adicionales; b) solicitado al juez civil que revise la resolución por la cual se acordó no conceder la tutela, conforme al procedimiento previsto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) recurrido la orden de devolución ante la jurisdicción contencioso administrativa; y d) instado ante la jurisdicción civil un acto de jurisdicción voluntaria para la determinación de la edad, conforme a la Ley 15/2015. A su vez, el Comité toma nota de los argumentos del autor según los cuales los recursos internos mencionados por el Estado parte no se encuentran disponibles o no son efectivos. El Comité toma nota del argumento del autor, no discutido por el Estado parte, según el cual se negó a su abogada acceso a la documentación que supuestamente fundaba el decreto de mayoría de edad impidiéndole a esta la adecuada defensa del autor para poder demostrar su minoría de edad. Al mismo tiempo, 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 vigente¹². El Comité observa que el Estado parte no ha justificado que los recursos invocados suspenderían la deportación del autor. En consecuencia, el Comité concluye que el artículo 7 e), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

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

8.5 Sin embargo, el Comité considera que el autor ha fundamentado suficientemente sus alegaciones basadas en los artículos 3, 8 y 20 de la Convención, en el sentido de que no le fue nombrado un representante durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido, que dicho proceso no respetó su derecho a la presunción de minoría de edad y violó su derecho a la identidad, y que no recibió la protección necesaria dada su condición de menor de edad. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la denuncia admisible y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

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

8.7 Una de las cuestiones 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

¹² *N. B. F. c. España (CRC/C/79/D/11/2017)*, párr. 11.3.

declaró 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 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.

8.8 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluida de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativa la existencia de un proceso debido para determinar la edad, así como la oportunidad de poder cuestionar el resultado de este proceso mediante 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 edad¹³.

8.9 El Comité recuerda que debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando¹⁴ y que:

[p]ara 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 entender¹⁵.

8.10 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 habría sometido a unas pruebas médicas oseométricas consistentes en una radiografía de muñeca, pero que aunque fue sometido a una ortopantomografía dental, no se elaboró un informe sobre dicha prueba por falta de personal médico especializado, y que no consta que se haya realizado ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas o entrevista alguna al autor en el marco de dicho proceso;

b) Como resultado de la radiografía de la muñeca, se determinó que la edad ósea del autor era de un mínimo de 18 años según el Atlas de Greulich y Pyle, sin tomar en cuenta que dicho estudio, que no establece márgenes de desviación estándar para ese rango etario, no es claramente extrapolable a individuos con las características del autor;

c) Con base en este resultado médico, la Fiscalía emitió un decreto mediante el cual determinaba que el autor era mayor de edad;

d) En virtud de dicho decreto, el juez competente ordenó el internamiento del autor en un centro de adultos;

e) El autor fue puesto en libertad “por imposibilidad de documentar” y derivado a la Cruz Roja en Tenerife;

f) El autor no fue acompañado por un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometido.

8.11 El Comité observa también la amplia información en el expediente que sugiere la falta de precisión de los exámenes oseométricos, que tienen un amplio margen de error y, en consecuencia, no son apropiados como el único método para determinar la edad cronológica

¹³ *Ibid.*, párr. 12.3.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 12.4.

¹⁵ Observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017), párr. 4.

de una persona joven que afirma ser menor de edad y presenta documentación acreditativa al efecto.

8.12 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones del autor de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niño migrante no acompañado, antes y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometido y que resultó en el decreto de mayoría de edad. El Comité recuerda que los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad, para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito¹⁶. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser escuchado, no bastando para ello el rol desempeñado por la Fiscalía de Menores¹⁷. 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.

8.13 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 menor de edad, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, ello resulta de la no realización de pruebas adecuadas para la determinación de la edad, el rechazo a otorgar al autor los informes médicos que presuntamente fundaron el decreto de mayoría de edad, y la no asignación de un tutor para acompañarlo durante dicho procedimiento. Por ello, 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.

8.14 El Comité toma nota también de las alegaciones del autor de que el Estado parte violó sus derechos previstos en el artículo 8 de la Convención por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad que no se correspondía con la información recogida en el documento oficial expedido por su país de origen. El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño forma parte de su identidad y que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad del autor al asignarle una fecha de nacimiento que no le correspondía, sin haber contactado a las autoridades del país de origen del autor, máxime cuando el autor no era solicitante de asilo y no existían motivos para pensar que el contacto con dichas autoridades pudiera conllevar riesgo alguno para él. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención.

8.15 El Comité también toma nota de las alegaciones del autor, no refutadas por el Estado parte, de ausencia de protección del Estado parte frente a su situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso antes de ser internado en el CIE, al permanecer durante días en un centro de detención distinto del estipulado por el propio auto judicial que determinó su internamiento y, en particular, luego de que el propio CIE haya liberado al autor ante la supuesta imposibilidad de documentarlo a efectos de llevar a cabo la expulsión. Por ello, el Comité considera que lo anterior constituye una violación del artículo 20, párrafo 1.

8.16 Finalmente, el Comité nota el incumplimiento del Estado parte de las medidas provisionales consistentes en el traslado del autor a un centro de protección de menores. El Comité recuerda que, al ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes tienen la obligación internacional de respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales¹⁸. En el presente caso, el Comité toma

¹⁶ *A. D. c. España* (CRC/C/83/D/21/2017), párr. 10.14.

¹⁷ *Ibid.*; *A. L. c. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.8; y *J. A. B. c. España* (CRC/C/81/D/22/2017), párr. 13.7.

¹⁸ *N. B. F. c. España*, párr. 12.11.

nota del argumento del Estado parte en el sentido de que el traslado del autor a un centro de protección de menores podría suponer un grave riesgo para los niños que se encuentran en estos centros. Sin embargo, el Comité observa que este argumento descansa sobre la premisa según la cual el autor es una persona mayor de edad. En consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de las medidas provisionales solicitadas constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo.

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

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

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

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

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

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

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

d) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre la observación general núm. 6 del Comité, y las observaciones generales conjuntas núms. 3 y 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núms. 22 y 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017).

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