



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

Distr. general
15 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. 76/2019*,****

<i>Presentada por:</i>	R.Y.S. (representado por Fundación Raíces)
<i>Presunta víctima:</i>	R.Y.S.
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	28 de febrero de 2019
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	4 de febrero de 2021
<i>Asunto:</i>	Procedimiento de determinación de la edad de presunto niño no acompañado
<i>Cuestiones de Procedimiento:</i>	Inadmisibilidad <i>rationae personae</i> ; falta de agotamiento de recursos internos
<i>Artículos de la Convención:</i>	3, 8, 12, 16, 18 (2), 20, 22, 27 y 39
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	7 (c), (e) y (f)

* 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, Philip Jaffe, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Mikiko Otani, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Aissatou Alassane Sidikou, Ann Marie Skelton, Velina Todorova y Renate Winter.



1.1 La autora de la comunicación es R.Y.S., ciudadana de Camerún nacida el 10 de mayo de 2001. La autora alega ser víctima de violaciones de los artículos 3, 8, 12, 16, 18 (2), 20, 22, 27 y 39 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 28 de febrero de 2019, el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, actuando en nombre del Comité, solicitó al Estado parte que trasladara a la autora a un centro de protección de menores mientras su caso estuviera pendiente de examen ante el Comité.

Los hechos según la autora

2.1 El 31 de agosto de 2017, la autora llegó a Madrid por el aeropuerto de Barajas. La Policía Nacional española la registró como “menor de edad solicitante de asilo”. A su llegada al aeropuerto no se le realizó ninguna entrevista porque se la consideró como a una menor de edad.

2.2 La autora fue llevada al Centro de Primera Acogida de Menores de Hortaleza, bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de Madrid, donde permaneció dos meses. A su llegada a este Centro de menores se elaboró un informe médico que reflejaba el aspecto físico de la autora compatible con la edad de 16 años que había manifestado. El informe médico deja constancia de secuelas físicas de la violencia sufrida por su padre en Camerún. En ese momento, se le realizó una entrevista para el expediente de tutela. En esa entrevista la autora refirió los motivos de persecución, relatando que sufrió violencia sexual por parte de su padre en repetidas ocasiones.

2.3 La autora sostiene que, a pesar de ello, la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, órgano encargado de su tutela y protección como menor, no realizó ninguna de las actuaciones debidas. No le informó de sus derechos como solicitante de asilo, ni por tanto cumplió con la obligación de documentar por escrito un Acta que recogiera esa información de derechos y no realizó comunicación a la Oficina de Asilo y Refugio. Tampoco promovió ni acompañó el proceso para formalización de entrevista o solicitud de protección internacional, como tampoco para la documentación que le permitiera acreditarse como solicitante de asilo.

2.4 La dirección del Centro de Acogida instó a la autora a que se pusiera en contacto con sus padres para la obtención de documentación acreditativa de su minoría de edad a lo que la autora se negó debido al miedo que le producía volverles a contactar tras los episodios de violencia vividos en su familia. Sin escuchar los motivos importantes para esa negativa, y a pesar de su apariencia de menor de edad, que hasta ese momento nadie había dudado, el Centro de Acogida de Menores solicitó a la Fiscalía la iniciación del Protocolo para la Determinación de la Edad.

2.5 El 2 de noviembre de 2019, la autora fue trasladada a la sede de la Fiscalía de menores de Madrid para iniciar el procedimiento para la determinación de su edad. La Fiscalía de menores, ignorando igualmente su necesidad de protección internacional, no realizó tampoco ninguna gestión en ese sentido, así como tampoco reflejó en sus Decretos de mayoría de edad y posteriormente de No Revisión las circunstancias de persecución y de violencia referidas por la autora. Tampoco realizó ninguna información de derechos a la autora sobre la solicitud de protección internacional.

2.6 La autora precisa que no tuvo asistencia de representante legal durante el proceso de determinación de la edad y que fue examinada por una médica forense sin contar con asistencia de intérprete. No obtuvo información alguna sobre el resultado de las pruebas médicas realizadas, y no se le otorgó la posibilidad de oponerse a las pruebas de determinación de la edad que se realizaron. La autora añade que no se le realizó ninguna entrevista personal ni una anamnesis, con valoración de su historia, de sus circunstancias médicas, antecedentes personales o familiares, así como tampoco se valoró su madurez psicológica. Simplemente se le realizó una exploración física con desnudo integral y exploración de sus genitales. A la autora no se le explicó el motivo o necesidad de esa prueba invasiva, y de sus posibles consecuencias.

2.7 La autora sostiene que se le realizaron dos pruebas oseométricas: a) radiografía de carpo, que arrojó un resultado de 17 años según las tablas de Greulich y Pyle; y b) radiografía de la mandíbula que, según el primer informe médico forense tenía “muy mala imagen”, resultando “no valorable”. A pesar de ello, otro médico forense que no había examinado a la autora reflejó en su informe de fecha 8 de noviembre de 2017, que “la valoración global de la edad radiológica, el estudio de la dentición y los caracteres sexuales secundarios nos permiten establecer una edad de maduración ósea de al menos 18 años.” Anota el Forense en este informe una referencia a la prueba de radiografía de carpo, que en sede judicial llega a conocer que se trata de un error, que refleja textualmente que “la radiografía de carpo y mano izquierda establece una edad ósea de al menos 18 años.” El médico forense no aplicó el margen de error admitido científicamente de entre veinte y veinticuatro meses para este tipo de pruebas.

2.8 El 8 de noviembre de 2017 se emitió el Decreto de mayoría de edad por parte de la Fiscalía, el cual expresamente recoge que no es recurrible. Señala que la Comunidad de Madrid procedió a su expulsión del Centro de Acogida de Hortaleza días antes de que adoptara la decisión administrativa de no tutela. Esta decisión administrativa no fue notificada a la interesada. Ni siquiera se intentó su notificación personal como consta en el expediente administrativo de protección que es el Informe completo que el órgano de protección aportó al Juzgado y en el que por tanto, constan todas las actuaciones. La autora señala que esta decisión administrativa era, según el texto del propio Decreto de mayoría de edad, la única decisión contra la que cabía impugnación. La autora se quedó en situación de absoluta indefensión.

2.9 El 24 de noviembre de 2017, la autora formuló demanda ante el Juzgado contencioso administrativo contra el decreto de mayoría de edad. La demanda fue inadmitida a trámite por considerar el Juzgado que concurría una falta de jurisdicción, por no estar regulado expresamente el Decreto de determinación de la edad como un acto administrativo que fuera recurrible. La autora explica que esta decisión de inadmisión se produjo tras una vista y tras haberse requerido por parte del Juzgado a la Fiscalía que aportara el expediente con todas las diligencias de determinación de la edad. Fue solamente en este momento cuando se pudo acceder al resultado de las pruebas médicas y a las diligencias policiales del aeropuerto.

2.10 El 15 de enero de 2018, a la vista de todo el expediente, y en particular de las pruebas médicas, donde concurría un error de transcripción, por ser el resultado de la radiografía de carpo 17 años, y sin embargo recogerse por el médico forense 18 años como resultado de la radiografía de carpo, la autora solicitó subsanación del error del informe forense ante la Fiscalía de Menores. El 25 de enero de 2018 su solicitud fue denegada mediante Decreto de no Revisión. Cuando la Fiscalía pide revisión al Médico Forense, el mismo médico forense se ratifica en su informe médico forense de determinación de la edad de fecha 8 de noviembre de 2017.

2.11 El 18 de enero de 2018, la autora presentó una queja ante el Defensor del Pueblo, la cual quedó suspendida por las actuaciones judiciales.

2.12 El 8 de febrero de 2018, la autora presentó una queja ante la Consejería de Justicia de la Comunidad de Madrid por la falta de revisión por la Fiscalía del Decreto de determinación de la edad con base al error en el informe médico forense. El 10 de julio de 2018, se denegó la rectificación solicitada.

2.13 Igualmente, el 8 de febrero de 2018, la autora, acompañada de abogada, formalizó su solicitud de asilo ante Oficina de Asilo y Refugio. La autora puso de manifiesto su intención de impugnar el decreto de mayoría de edad. Sin embargo, la Oficina de Asilo y Refugio documentó a la autora como solicitante de asilo mayor de edad conforme al Decreto de la Fiscalía. Se le asignó una plaza de alojamiento del sistema de acogida para solicitantes de asilo mayores de edad, que como se demuestra en los Informes de la ONG RESCATE que gestiona ese alojamiento, no ha sido un recurso adecuado para ella¹. En junio de 2018, la

¹ Según la ONG Rescate en informe de fecha 15 de febrero de 2019, la autora “precisa de un espacio propio al que necesita cualquier adolescente de su edad, un espacio protegido y seguro con referentes que la acompañen en su desarrollo personal y en su recuperación psicológica”.

autora solicitó de nuevo a la oficina de Asilo y Refugio que la considerara como menor de edad en su solicitud de asilo, solicitud a la que no obtuvo respuesta.

2.14 El 12 de febrero de 2018, la autora formuló demanda de oposición frente al cese de tutela como menor con petición de medidas cautelares urgentes ante el Juzgado de Primera instancia nº 75 de Madrid. El Juzgado denegó la adopción de medidas cautelares en auto de fecha 21 de junio de 2018. La autora presentó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, el cual fue denegado y notificado en noviembre de 2018. La autora planteó demanda de amparo en diciembre de 2018 frente al Tribunal Constitucional, interesando también que se adoptaran medidas cautelares por el propio Tribunal Constitucional. La autora dice que hasta la fecha no ha obtenido respuesta sobre la admisión ni inadmisión a trámite de este recurso, así como tampoco decisión sobre la medida cautelar que solicitó.

2.15 El 3 de diciembre 2018, el Juzgado de Primera Instancia nº 75 dictó sentencia desestimando la demanda de oposición al cese de tutela. En esta sentencia no se analiza ni se da respuesta a las vulneraciones de sus derechos que se denunciaban y que habían ocurrido durante la realización de las pruebas.

2.16 El 3 de enero de 2019, la autora presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que seguía pendiente al momento de presentar la presente comunicación². La autora señala, sin embargo, que cuando se resuelva dicho recurso ella habrá cumplido ya 18 años, por lo que no tendrá efectos prácticos.

Queja

3.1 La autora alega que, durante el proceso de determinación de su edad, el Estado parte no tomó en cuenta el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención al no respetar la presunción de minoría de edad ni otorgar a la autora el beneficio de la duda. La autora sostiene que existían datos objetivos que hacían razonable una duda sobre su minoría de edad: a) documentación de la autora en la que aparece su fecha de nacimiento del 10 de mayo de 2001 (carné escolar, la cartilla de vacunación y documentos escolares); b) informe médico del Centro de primera acogida; c) apariencia de minoría de edad; d) informes psico-sociales aportados a los Autos judiciales que reflejan datos de comportamiento y madurez valorados compatibles con la edad manifestada y realizados por profesionales especializadas y con formación; e) prueba radiográfica de carpo valorada por especialista como compatible con Atlas Greulich y Pyle de 17 años. Esta prueba fue ratificada por la especialista en el juicio que determinó que dentro de su margen de error era compatible con edad de 16 años y medio manifestada por la interesada en ese momento; y f) error inicial en el informe del médico forense (consignó el resultado del informe de la radiografía de carpo como 18 años en lugar de 17 años) e incorrecta aplicación del margen de error en las pruebas oseométricas, no sujetándose al criterio científico recogido en Documento de Buenas prácticas de los médicos forenses en la Determinación de la Edad en España. La autora añade que no existe ninguna referencia en los Decretos del Fiscal como tampoco en la sentencia del Juzgado de Primera instancia que evalúe expresamente cuál es su interés superior, así como su situación personal, social y psicológica y sus necesidades de protección y atención teniendo en cuenta su situación como posible menor solicitante de asilo.

3.2 La autora alega que el Estado parte también violó el artículo 3 de la Convención en conexión con el artículo 18 párrafo 2 y el artículo 20, párrafo 1, al no haberle nombrado un tutor o representante legal para que hubiera podido estar debidamente representada y amparada durante el proceso de determinación de la edad y solicitud de asilo³.

3.3 La autora 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.

² Dicho recurso fue admitido a trámite por la Audiencia Provincial de Madrid el 14 de marzo de 2019, señalándose fecha de fallo en septiembre (ver párr. 4.1 infra).

³ La autora se refiere a la observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

3.4 La autora alega una violación del artículo 12 de la Convención ya que no fue escuchada por ninguna de las autoridades del Estado parte. La autora reiteradamente expresó una necesidad de evitar todo contacto con su familia de origen por el daño que le habían infligido, sobre todo su padre, pero también refirió la imposibilidad de contactar con su madre porque ésta no la había apoyado sino que se había puesto del lado de su padre. No tiene ninguna familia ni otra figura de apoyo o vínculo en la que pueda confiar. Perdió todo vínculo con su país, por lo que su situación de vulnerabilidad y dependencia de los servicios de protección en España es importante. La autora alega que, en todo momento desde su llegada a España, ha contado su historia de una forma coherente como se refleja con informes psicosociales que evalúan signos externos y de comportamiento de la niña compatibles con la situación que ha vivido, informes no han sido ni siquiera nombrados por la sentencia del Juzgado de Primera instancia, a pesar de haber sido admitidos como prueba., La autora añade que la falta de nombramiento de representante legal e intérprete desde el inicio de las diligencias de determinación de la edad afecta esencialmente a su posibilidad de ejercer su derecho a ser escuchada.

3.5 La autora alega que el Estado parte ha violado su derecho a no sufrir injerencia arbitrarias o ilegales en su vida privada reconocido en el artículo 16 de la Convención, debido a la forma en la que se realizaron las pruebas de determinación de la edad, sin contar con su consentimiento informado. La autora alega que no existe ningún acta donde se documente tal consentimiento, a pesar de lo cual, el Fiscal dio por válidas estas pruebas.

3.6 La autora considera especialmente grave el carácter invasivo del desnudo integral para valoración de genitales y de maduración sexual teniendo en cuenta que manifestó sufrir violencia sexual en su familia, lo cual exigía una valoración especialmente cuidadosa sobre la necesidad de realizar esta prueba. Además existía un informe médico anterior de revisión general a la llegada al Centro de acogida que ya recogía datos sobre el examen físico, incluidos órganos sexuales lo que hacía innecesario un nuevo desnudo. La autora considera que un desnudo fuera de un contexto de atención médica, sino exclusivamente para una determinación de la edad sin habersele facilitado información sobre los objetivos del mismo en lenguaje que pueda comprender, atenta contra su dignidad. Indica que era inútil la realización de esta prueba ya que dada la edad de 16 años y medio que manifestó la niña en el momento de la exploración, es conforme con un patrón de maduración sexual completo en una niña, según el Manual de la Unión Europea sobre procedimientos de determinación de la edad en solicitantes de asilo y por ello no aporta datos relevantes.

3.7 Alega asimismo una violación del artículo 20 de la Convención ya que el Estado parte no le garantizó la protección debida en su condición de niña privado de su medio familiar.

3.8 La autora alega también ser víctima de una violación del artículo 22 de la Convención ya que tuvo que formalizar su solicitud de asilo en tanto que mayor de edad. Además, fue considerada como mayor de edad en el momento de la huida de su país de origen y de la solicitud de protección lo que podría tener una incidencia en la tramitación y resolución de dicha solicitud. Al ser considerada mayor de edad no contó con la protección especial que establece la Ley de asilo española para solicitantes de asilo especialmente vulnerables como es su caso en tanto que menor extranjera no acompañada. Igualmente, según lo dispuesto en Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados el órgano tutor debería haber facilitado información a la autora sobre sus derechos como solicitante de asilo e información sobre el procedimiento. La autora se vio privada igualmente de la garantía de disponer de un representante que velara por sus derechos en el proceso de solicitud de asilo en tanto que menor no acompañada.

3.9 La autora sostiene que el Estado parte también violó sus derechos bajo los artículos 27 y 29 de la Convención ya que al no respetarse su interés superior no se permitió su correcto desarrollo en todas sus facultades. A la falta de un tutor que le guíe, en este caso es particularmente grave la ausencia de una asistencia social y psicológica adaptada a las circunstancias de violencia sufridas. La autora debería haber estado todo este tiempo en un centro para menores con atención psicológica y social especializada en abusos en la infancia. Por otro lado no ha podido estudiar enseñanza reglada para realizar estudios universitarios que ha sido siempre el deseo que ha manifestado. Explica que el no haber sido considerada como menor tutelada tiene efectos directos en cuanto a la imposibilidad de obtener la

residencia legal que le permitiría vivir con plenitud de derechos en España, en particular en caso de que su solicitud de asilo fuera denegada.

3.10 Finalmente, alega una violación de sus derechos contemplados bajo el artículo 39 de la Convención ya que a pesar de que la autora ha tenido apoyo psicológico, este no ha sido el adecuado por no haber sido prestado por personal especializado en atención a menores, y en particular, ella como víctima de abuso sexual infantil.

3.11 La autora propone, como posibles soluciones: a) que el Estado parte reconozca su minoría de edad; b) que reciba tratamiento como menor de edad en recurso de alojamiento adecuado a su edad y a las circunstancias vividas; c) que se modifique su edad en su documentación como solicitante de asilo y que se atienda en la evaluación de esta solicitud de protección internacional como menor; d) que se le permita disfrutar de un período de transición a la vida adulta al cumplir los 18 años en el que se mantengan los recursos de alojamiento necesarios para permitir la continuidad de su tratamiento, en particular de su atención psicológica especializada; e) que se le reconozcan todos los derechos que le corresponden en su condición de menor, tales como el derecho a recibir protección de las Administraciones competentes, a gozar de un representante legal y el derecho a la educación; f) que se le conceda una autorización de residencia como menor tutelada cuya solicitud sea compatible con la tramitación de solicitud de protección internacional; g) y que se proceda por el Estado a reparar el daño sufrido por todo el período en que ha sufrido vulneración de sus derechos.

Información adicional de la autora

4.1 En sus observaciones del 3 de abril de 2019, la autora señala que el 14 de marzo de 2019 se dictó Auto por parte de la Audiencia Provincial de Madrid admitiendo a trámite el recurso y señalando la fecha de fallo del mismo para el mes de septiembre de 2019, desestimando las peticiones de tramitación preferente hechas por la autora en cuanto al cumplimiento inminente de su mayoría de edad⁴. La autora presentó recurso contra dicho Auto ante la misma Audiencia Provincial de Madrid el cual se encuentra todavía pendiente.

4.2 Tras la solicitud de medidas cautelares por parte del Comité, la autora indica que mantuvo una reunión con la Comunidad de Madrid y la ONG Rescate en la que se le ofreció un recurso de alojamiento para menores donde solo podría permanecer hasta el 10 de mayo de 2019, fecha en la que cumpliría la mayoría de edad. Se le ofreció también como opción permanecer en el apartamento de Rescate prorrogando su estancia allí, opción que eligió la autora. La autora señala que la Comunidad de Madrid, a pesar de estar informada de que ella designó abogadas de la Fundación Raíces como representantes legales, nunca les informó de la celebración de esta entrevista.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

5.1 En sus observaciones del 7 de agosto de 2019, el Estado parte señala que el 29 de agosto de 2017, la autora llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Malabo (Guinea Ecuatorial) al amparo, según su propia declaración y los datos que posee la aerolínea, de un pasaporte de Camerún en el que figura como fecha de nacimiento el 10 de mayo de 1991. El pasaporte fue destruido durante el viaje. A su llegada la autora declaró ante la policía ser menor de edad, nacida el 10 de mayo de 2001. Manifestó su intención de solicitar asilo, pero se negó a firmar el documento de solicitud. Afirma que la autora estuvo asistida gratuitamente por abogada e intérprete desde el momento de su entrada ilegal en España.

5.2 El 30 de agosto de 2017, ingresó en el Centro de acogida de menores de la Comunidad de Madrid de Hortaleza donde recibió tratamiento integral como menor. La Comunidad de Madrid invitó a la autora a que aportara un documento oficial acreditativo de su identidad y fecha de nacimiento. Ante la negativa por parte la autora a realizar trámites para obtener dicha documentación, se pusieron los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para la determinación de su edad.

⁴ El 16 de julio de 2019, la Audiencia Provincial de Madrid notificó Sentencia desestimatoria del recurso presentado frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Ver abajo párr. 6.1.

5.3 El 2 de noviembre de 2017, en presencia del fiscal la autora fue informada de las pruebas médicas y radiológicas precisas para determinar su edad, a las que prestó su conformidad. Se realizaron pruebas médicas de exploración física, radiografía del carpo de la mano y ortopantomografía dental. De las mismas resulta que dos de las tres -exploración física y ortopantomografía- eran congruentes con mayoría de edad mientras que una -radiografía del carpo- podría ser congruente con edad de 17 años. Realizando una valoración conjunta el médico forense concluye que se trata de una persona mayor de 18 años.

5.4 El 8 de noviembre de 2017, el fiscal emite un Decreto en el que valorando que el pasaporte oficial que declaraba portar y destruyó la autora fijaba como fecha de nacimiento el año 1991 y la valoración médico-forense, considera que la autora –salvo mejor prueba en contrario- debía ser considerada provisionalmente como mayor de edad. Ante la ausencia de nuevas pruebas y una ratificación de otro médico forense se deniega la revisión de la determinación provisional de mayor edad.

5.5 El 15 de noviembre de 2017, la Comunidad Autónoma de Madrid decidió no adoptar la medida de tutela administrativa respecto de la autora. El recurso jurisdiccional contra esta decisión no se estimó, al no aportarse ni pedirse pruebas adicionales a las ya practicadas. La autora abandonó el centro de acogida de menores de Hortaleza para ser albergada en el recurso de atención a mayores regentado por la ONG “Save the Girl - Save a Generation”.

5.6 El 8 de febrero de 2018, la autora formalizó por primera vez por escrito su solicitud de asilo, siendo asistida por abogada e intérprete. Desde entonces, está bajo el cuidado de la ONG Rescate que actúa por concierto con el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de España, y ha recibido las siguientes atenciones, teniendo en cuenta que aunque provisionalmente se la considera mayor de edad a efectos legales pudiera tener necesidades especiales: a) evaluación y atención psicológica detallada, valorándose una posible y futura derivación a la Unidad Psiquiátrica Infantil; b) residencia en un apartamento compartido con cinco mujeres en el que ella dispone de una habitación individual; c) atención médica y social; y d) acceso a Formación Profesional Básica en Informática de Oficina.

5.7 El Estado parte señala que, tras recibir la solicitud de medidas cautelares por parte del Comité, ésta se comunicó inmediatamente a la Comunidad Autónoma de Madrid. Se mantuvo al efecto una entrevista con los representantes de la autora, la propia autora y la ONG Rescate –que está atendiéndola como mayor solicitante de asilo, pero teniendo en cuenta sus eventuales necesidades si fuera menor de edad-. La autora manifestó no desear ser trasladada a un centro de protección de menores pues se consideraba bien atendida en la actualidad.

5.8 El 6 de agosto de 2019 se concedió asilo a la autora, lo cual conlleva la obtención de permiso de residencia y de trabajo.

5.9 El Estado parte alega que la comunicación es inadmisibles porque se esté abusando del derecho de comunicación y la misma es manifiestamente infundada, de acuerdo con el artículo 7, apartados c) y f), del Protocolo Facultativo.

5.10 El Estado parte sostiene que la autora nunca ha estado desatendida por las autoridades nacionales. Tan pronto como pisó suelo español se tramitó la solicitud de asilo y se tuvo en cuenta su alegación de que era menor, derivándose para las oportunas averiguaciones a los recursos públicos de guarda de menores no acompañados. La Comunidad Autónoma de Madrid la acogió de inmediato y, ante la falta de colaboración de la autora, acudió al Fiscal. Una vez realizadas las oportunas pruebas médicas, se determinó provisionalmente que a los efectos legales debía ser considerada mayor de edad. La autora pasó entonces a beneficiarse de otro recurso público gratuito tendente a favorecer su integración social como demandante de asilo. El Estado parte señala que las posibles soluciones que la autora formula al final del escrito de su comunicación carecen de sentido alguno para su interés.

5.11 El Estado parte señala además que en la resolución del derecho de asilo se consigna expresamente que la fecha de nacimiento considerada legalmente en la actualidad, 10 de mayo de 1999, es presunta, de manera que si se aportara un pasaporte de Camerún –que puede solicitar sin ayuda de sus familiares al tratarse ya de una mayor de edad- se procedería a registrar su fecha oficial real de nacimiento.

5.12 El Estado parte sostiene asimismo que, de acuerdo con el artículo 7 (e) del Protocolo Facultativo, la comunicación es inadmisibles por falta de agotamiento de todos los recursos internos, dado que la autora no esperó a la resolución del expediente de asilo, el cual era un recurso interno efectivo, como demuestra el hecho de que el 6 de agosto de 2019 se le concediera el asilo y el derecho de residir y trabajar en España.

5.13 Respecto de los otros recursos utilizados por la autora -solicitud al Fiscal para que reconsiderara la declaración provisional de mayoría de edad e impugnación ante la jurisdicción civil de la no asunción pública de la tutela-, el Estado parte considera que la autora “tan sólo nominalmente agota dichas vías pero lo hace actuando de una manera negligente que impide su efectividad”. La autora no aportó ninguna prueba fehaciente de mayoría de edad, ni documentales -presentación, por ejemplo, de un pasaporte oficial, documento con datos biométricos- o periciales -pruebas médicas, psicológicas, etc). La autora no solicitó la práctica de ninguna prueba médica en sede judicial ni procedió a su realización *motu proprio* para aportarla al fiscal o a los juzgados.

5.14 El Estado parte considera igualmente que ha desaparecido el motivo de la comunicación y que se debería poner fin al examen de la comunicación de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento del Comité, porque la autora habría alcanzado ya la mayoría de edad. Asimismo, se le ha reconocido su derecho al asilo, por lo que tiene derecho a residir y trabajar en España.

5.15 En cuanto al fondo de la comunicación, el Estado parte señala que los expedientes que aporta demuestran que en contra de lo afirmado por la autora, ésta estuvo asistida por intérpretes y abogados especializados y gratuitos. También existió consentimiento informado prestado ante el fiscal, previo a la realización de pruebas médicas, con asistencia de un intérprete.

5.16 El Estado parte sostiene que siempre se tuvo en cuenta el interés superior de “la persona solicitante de asilo” y en concreto las necesidades psicológicas y madurativas de la autora, con independencia de que fuera menor o mayor de edad. Subraya que la autora declaró que viajaba con un pasaporte oficial que acreditaba su mayoría de edad y que su relato sobre quien le consiguió los documentos y financió el viaje son muy confusos. El Estado parte considera extraño que una menor de edad cuente con recursos económicos suficientes para emigrar por vía aérea desde Camerún hasta Perú (destino final que tenía el billete).

5.17 El Estado parte también sostiene que nadie ha negado la identidad de la autora – nombre y nacionalidad- y que “simplemente han existido dificultades para conocer cuál es su verdadera fecha de nacimiento”.

5.18 El Estado parte señala que, como puede comprobarse, la autora ha sido oída por todas las autoridades intervinientes en su atención. Ha contado hasta con asistencia psicológica personalizada muy cercana y frecuente y su recuperación física, psicológica y social ha guiado a las autoridades competentes del Estado parte en todo momento. Igualmente, las necesidades de habitación, comida, vestido, higiene, salud, educación e integración social de la autora han guiado en todo momento la actuación de las autoridades públicas del Estado parte.

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

6.1 En sus observaciones del 16 de diciembre de 2019, la autora indica que el 16 de julio de 2019 la Audiencia Provincial de Madrid notificó Sentencia desestimatoria del recurso presentado frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En dicha sentencia la Audiencia Provincial no se pronunció sobre la vulneración de derechos y garantías en el procedimiento de determinación de la edad, que se habían invocado en su recurso. Además, utilizó el argumento de la “pérdida sobrevenida de objeto” del proceso llegando incluso a afirmar que “desconoce qué pretende la parte con este recurso”.

6.2 El 10 de septiembre de 2019 la autora formuló ante el Tribunal Supremo recurso de casación por infracción procesal. El Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado sobre su admisión a trámite. La autora también señala que el recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en

materia de medidas cautelares presentado el 3 de diciembre de 2018 todavía sigue pendiente de pronunciamiento sobre su admisión a trámite.

6.3 La autora indica que, tras cumplir los 18 años y por tanto perder vigencia el Decreto de mayoría de edad, instó nuevamente a la Oficina de Asilo y Refugio a que modificara la fecha que constaba en el expediente de solicitud de asilo como fecha de nacimiento. El 20 de junio de 2019, la Oficina negó la modificación de su fecha de nacimiento, manifestando que solo se haría esta modificación si hubiera un pasaporte o partida literal de nacimiento. La autora sigue manifestando un miedo insuperable a cualquier contacto con su familia o a acercarse al Consulado de Camerún en Madrid, pues es aún menor de edad conforme a la legislación de Camerún⁵.

6.4 Contrariamente a la afirmación del Estado parte, la autora sostiene que la tramitación de su expediente de protección internacional no fue realizado “desde el primer momento”, puesto que no formalizó su solicitud de protección internacional hasta febrero de 2018. Reitera que las autoridades no realizaron ni una sola acción dirigida a informarle sobre el proceso de asilo, ni se le puso en contacto con un abogado o abogada especializados.

6.5 Observa que en los documentos proporcionados por el Estado parte no consta en ninguna diligencia que hubiera asistencia letrada ni de intérprete en el aeropuerto, (ninguna firma ni referencia a la presencia de éstos ni a sus datos). Sin embargo, sí aparece reflejado que la interesada lo pidió. En las diligencias, no consta firma de funcionario policial ni anotación referente a la negativa de la autora a la firma. La autora indica que, contrariamente a lo afirmado por el Estado parte, tampoco se le nombró asesor ni representante legal para informarle de sus derechos como solicitante de asilo en los meses posteriores a su entrada en España. De la misma forma, hay constancia en todas las actuaciones que no estuvo asistida de representante legal a lo largo del proceso de determinación de la edad. En la entrevista inicial para la solicitud de asilo que formalizó en febrero de 2018, tampoco le fue prestada la asistencia jurídica por el Estado parte.

6.6 La autora señala que aunque las circunstancias de violencia sexual en el ámbito familiar sufridas por la autora fueron conocidas por la entidad pública de protección de menores desde agosto de 2017, no tuvo atención psicológica hasta ocho meses después de su llegada a España. Fue proporcionada por la organización RESCATE, y se extendió hasta noviembre de 2018. Indica que no fue una atención realizada por profesional especializada en violencia sufrida por menores.

6.7 La autora considera necesario subrayar que, tal y como consta en el expediente, en este caso ni la Policía ni el Centro de Menores, ni la Fiscalía señalan en ningún momento dudas sobre la apariencia de minoría de edad. El Protocolo marco aplicable en España a las Actuaciones en relación con Menores Extranjeros no Acompañados, permite que no se realicen diligencias de determinación de la edad cuando la minoría de edad aparezca indubitada. Además, indica que no fue escuchada a la hora de ponderar la única documentación que portaba y que mostró (carné escolar, la cartilla de vacunación y documentos escolares), la cual incluía su fecha de nacimiento. La autora considera que el Estado parte parece desconocer que en Camerún la edad de la mayoría legal son los veintidós años, no los dieciocho. Por tanto, que persiste hasta el momento actual el mismo motivo esgrimido siempre por la autora para no realizar ninguna gestión para la obtención de la documentación, el temor a que su familia la localice, y siga ejerciendo de un modo u otro violencia sobre ella aún con la potestad que la ley de su país les otorga.

6.8 Igualmente, no se aplicó la presunción de minoría de edad ni se respetaron las directrices establecidas en el Documento de Consenso de Buenas Prácticas de los Médicos Forenses, que aprecian que si hay diferente resultado en las distintas pruebas se tendrá en cuenta la que proporcione el resultado más bajo, en favor de la presunción de minoría de edad.

6.9 Respecto a la afirmación del Estado parte según la cual la autora no aportó nuevas pruebas cuando solicitó la revisión del Decreto de mayoría de edad, la autora aclara que no tuvo acceso al resultado de las pruebas oseométricas hasta que con la asistencia letrada de la

⁵ La mayoría de edad en Camerún es a los 21 años.

Fundación RAICES, se inició un procedimiento judicial. Considerando que se había incurrido en errores evidentes según el resultado de la radiografía de carpo, y la transcripción incorrecta que del mismo había hecho el Médico Forense, se solicita la revisión del Decreto. La Fiscalía se limitó a solicitar nuevo informe forense en donde el mismo médico Forense se ratificó en su informe previo. La Fiscalía lo acogió sin crítica ni re-interpretación alguna y sin aplicar el beneficio de la duda.

6.10 En cuanto al acceso a la educación, la autora señala que había solicitado continuar con la enseñanza escolar para luego poder acceder a estudios universitarios. Sin embargo, no pudo acceder al sistema educativo público adecuado a su edad por no disponer de tutor legal y por estar decretada mayor de edad por la Fiscalía. Únicamente se le dio acceso al sistema educativo disponible para los adultos, opción que no se adaptaba a las necesidades de la autora. La ausencia de educación como menor ha tenido una influencia decisiva en la desmotivación y la sensación de abandono de la autora.

6.11 Respecto de la afirmación del Estado parte según la cual la autora “abandona el centro de acogida de menores de Hortaleza para ser albergada en el recurso de atención a mayores regentado por la ONG “Save the Girl - Save a Generation”, la autora señala que ella no abandonó el Centro, sino que fue expulsada, noticia que la autora recibió llorando y sin comprender nada. Tras ser expulsada del Centro pasó 3 días en Save the Girl y después fue trasladada a un recurso de alojamiento de la asociación KARIBU, dirigido a mujeres africanas adultas, muchas con hijos o hijas.

6.12 En cuanto al cumplimiento de la medida provisional por parte del Estado parte, la autora explica que la medida provisional acordada por el Comité que ordenó el traslado a Centro de protección de menores, provocó la respuesta de la Administración en forma de concesión de prórroga de estancia en el apartamento de la organización RESCATE. La autora informa que, por tanto, su situación de alojamiento cambiaba y dejaba de ser inminente su obligación de salida.

6.13 Con respecto a los argumentos del Estado parte en cuanto a la falta de agotamiento de recursos internos, la autora reitera que la comunicación denuncia la vulneración de sus derechos como menor de edad y que esos derechos no han sido reparados con la concesión del asilo. En cuanto al proceso judicial seguido contra la decisión de no tutela subraya la inidoneidad de dicho procedimiento para recurrir la decisión de la edad, entre otras cosas dada la posición que tiene el Ministerio Fiscal en ese juicio en el que defiende siempre el Decreto propio, y no los intereses del posible menor.

6.14 Frente a la acusación de negligencia respecto a actuación procesal de sus abogadas, la autora afirma: a) que se aportaron informes psico-sociales emitidos por la psicóloga y trabajadora social de la organización RESCATE que fueron admitidos como prueba pero no tenidos en cuenta ni valorados a la hora de dictar sentencia. En los mismos se confirmaba que los rasgos psicológicos, el comportamiento y la madurez de la autora correspondían a la edad que manifestaba; b) que se invocaron y justificaron vulneraciones de derechos cometidas a lo largo del procedimiento de determinación de la edad de forma idéntica a las ya reconocidas por el Comité en otras decisiones referentes a la revisión del procedimiento de determinación de la edad en España; c) que se solicitó la prueba pericial con comparecencia de la médica radióloga especialista que confirmó en la vista desarrollada ante el juzgado de Primera instancia nº 75 de Madrid, que el resultado de la comparación de la radiografía de carpo con el Atlas Greylich y Pyle confirmaba la compatibilidad con 17 años. La médica radióloga confirmó que era compatible con resultado de 16 años y medio que en aquel momento afirmaba tener la interesada; d) que a petición de la representación de la autora también se realizó la comparecencia del médico Forense quien manifestó que él no aplicaba el margen de error de entre veinte y veinticuatro meses reconocido por la Fiscalía y por la doctrina científica, sino que él consideraba el margen de error de 12 meses. Por otro lado, ni siquiera reflejó en los informes ni pudo explicar en la vista cómo había aplicado ese margen de error. Además, reconoció que había un error inicial de transcripción en su Informe forense de 8 de noviembre de 2018; y e) que se denegó por el Juzgado y después por la Audiencia que compareciera en las actuaciones otra médica forense interviniente quien al parecer realizó el examen del desarrollo de los caracteres sexuales de la autora.

6.15 La autora considera que, contrariamente a la posición del Estado parte, sería absurdo que las vulneraciones de derechos provocadas a los menores no tuvieran respuesta ni reparación una vez cumplida la mayoría de edad pues esta interpretación conllevaría una inadmisión de prácticamente todas las comunicaciones relativas a adolescentes.

6.16 Señala que el consentimiento a la realización de pruebas médicas de determinación de la edad no fue válidamente prestado por cuanto no estaba asistida de representante legal, tampoco se le facilitó una información prestada por facultativo que le pudiera explicar el significado y alcance de las pruebas.

6.17 La autora afirma que, como ha reconocido sistemáticamente en todas sus declaraciones ante las autoridades nacionales, tuvo que viajar con un pasaporte falso. Explica que esto es algo muy común para los solicitantes de asilo. Necesitó apoyo para organizar su viaje, ya que era la única forma de escapar de la situación en la que vivía.

6.18 En la actualidad, a pesar de ser reconocida como refugiada y tener ya más de dieciocho años, el Estado se ha negado a rectificar la fecha de nacimiento considerada en su documentación, exigiéndole aportar documentos de identidad que la comunicante no puede obtener por los propios motivos de persecución invocados y por todas las demás circunstancias que ya han sido convenientemente descritas. En otros solicitantes de asilo mayores de edad que tampoco pueden aportar documentación de sus países de origen, se consigna habitualmente la fecha de nacimiento manifestada. Por todo ello, la autora reitera que la actuación del Estado ha vulnerado el artículo 8 de la Convención.

Deliberaciones del Comité

Consideración de la admisibilidad

7.1 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.

7.2 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la autora no agotó los recursos internos disponibles porque: a) no esperó a la resolución del expediente de asilo, el cual era un recurso interno efectivo, como demuestra el hecho de que el 6 de agosto de 2019 se le concediera el asilo; b) solamente agotó los recursos “nominalmente” y no efectivamente, al no haber aportado prueba fehaciente de mayoría de edad. Al respecto, el Comité toma nota del argumento de la autora según el cual la vulneración de sus derechos no ha sido reparada con la concesión de asilo, solicitud que, además, tuvo que realizar en tanto que adulta y no como menor de edad. El Comité también observa que la autora utilizó los recursos disponibles tanto ante la Fiscalía de menores como ante la jurisdicción contencioso-administrativa y civil de manera efectiva, aportando documentación y solicitando pruebas periciales para intentar probar su mayoría de edad. En consecuencia, el Comité concluye que el artículo 7 e) del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

7.3 El Comité toma nota asimismo del argumento del Estado parte de que la comunicación es inadmisibile por constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones y por ser manifiestamente infundada de conformidad con el artículo 7 (c) y (f) del Protocolo Facultativo porque el Estado parte sí que tuvo en cuenta las alegaciones de la autora de que era menor de edad y porque, tras determinarse provisionalmente que la autora era mayor de edad, ésta no presentó prueba fehaciente documental ni médica que acreditara lo contrario. El Comité hace notar, sin embargo, el argumento de la autora según el cual el otorgamiento de asilo, que tramitó como mayor de edad, no ha reparado las violaciones sufridas como menor desde su llegada a España y alegadas ante el Comité, incluida la falta de presunción de minoría de edad, la falta de información y posibilidad de ser escuchada mediante representante e intérprete durante el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometida, la falta de protección y atención como niña víctima de violencia sexual e injerencias en su vida privada resultantes de la exploración genital a la que fue sometida, y la falta de acceso a la educación y al debido desarrollo.

7.4 El Comité considera que la autora no ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 18 (2) y 29 de la Convención y, en consecuencia, declara esa parte de la comunicación inadmisibles de conformidad con el artículo 7 (f) del Protocolo Facultativo.

7.5 El Comité considera, sin embargo, que la autora ha fundamentado suficientemente sus quejas basadas en los artículos 3, 8, 12, 16, 20, 22, 27 y 39 de la Convención, y que por lo tanto el artículo 7 (c) y (f) del Protocolo Facultativo no constituye obstáculo para la admisibilidad de la comunicación. En consecuencia, el Comité declara dichas alegaciones admisibles y procede a su examen en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 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.

8.2 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 la autora, quien declaró de manera reiterada y consistente ser menor de edad, quien se encontraba en posesión de documentos acreditativos de su minoría de edad, y quien tenía apariencia de menor de edad, violó sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, la autora ha alegado que dicho proceso no tomó en consideración su interés superior como niña tanto por la falta de presunción de su minoría de edad como por las pruebas médicas que sirvieron de base para la determinación de su edad y por la falta de designación de un tutor o representante durante el proceso de determinación de la edad.

8.3 El Comité recuerda que la determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es 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, es decir, presumirse su minoría de edad, y tratarla como un niño o niña. En consecuencia, el Comité recuerda que el mejor interés del niño debiera ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad⁶.

8.4 El Comité recuerda también que los documentos disponibles deben considerarse auténticos salvo prueba contraria. Solo 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 entender⁷.” Debe concederse el beneficio de la duda a la persona que se está evaluando⁸. Al respecto, el Comité observa el argumento del Estado parte según el cual el fiscal emitió un decreto por el que se consideraba a la autora como mayor de edad en vista del examen médico forense y del hecho de que viajaba con un pasaporte en el que se indicaba que el año de su nacimiento era 1991. El Comité toma nota de la explicación de la autora según la cual, como había explicado sistemáticamente a las autoridades nacionales, tuvo que viajar con un pasaporte falso para poder abandonar la situación de abuso en la que se encontraba, como a menudo se ven obligados a hacer los solicitantes de asilo. El Comité observa que, como el pasaporte fue destruido durante el viaje, su autenticidad nunca pudo ser evaluada directamente por las autoridades del Estado Parte.

⁶ *Ibíd.*, párr. 12.3.

⁷ Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, párr. 4.

⁸ *N.B.F. c. España*, párr. 12.4.

8.5 En el presente caso, el Comité observa también que, desde su llegada a España, la autora alegó de forma consistente y reiterada ante las autoridades ser menor de edad, con fecha de nacimiento el 10 de mayo de 2001 (fecha confirmada por la cartilla de vacunación y documentos escolares que llevaba), tenía apariencia de menor de edad –según lo constatado por las autoridades policiales a su llegada y por el informe médico practicado a su ingreso al Centro de menores-. El Comité observa asimismo que la autora manifestó su deseo de solicitar asilo en tanto que niña víctima violencia sexual a manos de su padre y alegó miedos fundados de contactar a su familia en Camerún para solicitar la tramitación de su pasaporte y demostrar su edad debido a la violencia sufrida. El Comité observa además que: a) con el fin de determinar la edad de la autora se le sometió a unas pruebas médicas consistentes en una exploración física con desnudo integral y exploración de sus órganos sexuales, una radiografía del carpo de la mano y una ortopantomografía dental, sin realizarse ningún otro tipo de pruebas complementarias, en particular pruebas psicológicas; b) la radiografía de carpo arrojó un resultado de 17 años según el atlas de Greulich y Pyle, el cual por error fue transcrito en el informe médico como 18 años; c) el informe médico concluye, tras examinar todas las pruebas y sin establecerse margen de desviación posible, que la edad ósea de la autora es de al menos 18 años; c) la autora no fue acompañada por un representante en el proceso de determinación de la edad al que fue sometida; d) con base a los resultados médicos, las autoridades del Estado parte emitieron un Decreto de mayoría de edad, el cual no fue revisado cuando la autora denunció la existencia del error en la transcripción de los resultados de la radiografía del carpo; y e) la autora, considerada mayor de edad, fue expulsada del Centro de Acogida de Menores donde permanecía.

8.6 El Comité observa también la amplia información disponible 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 de una persona joven que afirma ser menor de edad. El Comité toma nota del argumento de la autora según el cual el médico forense no aplicó el margen de error admitido por la comunidad científica para este tipo de pruebas.

8.7 El Comité recuerda también su observación general núm. 6 en el sentido que no solo 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 tal⁹.

8.8 El Comité toma nota de que no se proporcionó a la autora información sobre el objetivo del examen al que fue sometida en un lenguaje que pudiera entender. El Comité observa asimismo que el Estado parte no ha justificado la necesidad de realizar el examen en cuestión y que la autora no contó con la información necesaria ni la representación legal, por lo que no se habría contado con su consentimiento informado. El Comité toma nota también de las alegaciones de la autora en relación al carácter invasivo del examen físico al que fue sometida para la valoración de genitales y de maduración sexual, fuera de un contexto de atención médica y como solo medio para determinar su edad, particularmente teniendo en cuenta que había manifestado desde el inicio haber sufrido violencia sexual en su familia y que ya había sido sometida a una revisión general médica, incluyendo la revisión de los órganos genitales a su llegada al Centro de acogida. Además, el Comité toma nota de la afirmación de la autora de que dicha prueba era innecesaria dada la edad de 16 años y medio que manifestó en el momento de la exploración, y que es conforme con un patrón de maduración sexual completo en una niña y por ello no aporta datos relevantes para la determinación de su edad. El Comité examina que el examen, a los fines de determinar la edad, de los niños y niñas que incluyen desnudamientos o examen de los órganos genitales o partes íntimas infringen su dignidad, su privacidad y su integridad corporal y deberían estar prohibidos. A la luz de las circunstancias del examen de la autora, el Comité considera que dicho examen constituyó una interferencia ilegal en su derecho a la intimidad y a su dignidad, en violación de los derechos de la autora bajo el artículo 16 de la Convención.

⁹ Párr. 31, apdo. i).

8.9 El Comité toma nota asimismo de las alegaciones de la autora de que no se le asignó un tutor o representante para defender sus intereses, en tanto que posible niña migrante no acompañada a su llegada y durante el proceso de determinación de la edad al que fue sometida y que resultó en un Decreto determinando su 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 gratuito. 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 escuchado¹⁰. 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.

8.10 A la luz de todo lo anterior, el Comité considera que el proceso de determinación de la edad al que fue sometido la autora, quien alegaba ser una niña y tenía apariencia de niña, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular del examen utilizado para determinar la edad de la autora y la ausencia de un representante para acompañarla 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 la autora, procedimiento que constituyó además una injerencia ilegal en su vida privada como víctima de violencia sexual, en violación de los artículos 3, 12 y 16 de la Convención.

8.11 El Comité toma nota también de las alegaciones de la autora de que el Estado parte violó sus derechos por haber alterado elementos de su identidad al atribuirle una edad y una fecha de nacimiento que no correspondían con su fecha real de nacimiento de 10 de mayo de 2001, fecha confirmada por la documentación de la que disponía - cartilla de vacunación y documentos escolares. El Comité considera que la fecha de nacimiento de un niño o niña forma parte de su identidad y que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad de la autora al negarle cualquier tipo de valor probatorio a la documentación presentada, especialmente teniendo en cuenta la imposibilidad de obtener su pasaporte debido al miedo fundado de contactar a su familia en Camerún por la violencia sufrida a manos de su padre. El Comité toma nota también de que, aun cuando la autora solicitó en varias ocasiones que su fecha real de nacimiento apareciera en su solicitud de asilo, este no respetó la identidad de la autora al negarle la posibilidad de formalizar el asilo con la fecha de nacimiento real. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención.

8.12 El Comité también debe determinar si el hecho de que la autora no pudiera solicitar asilo en tanto que menor de edad violó sus derechos reconocidos por la Convención. El Comité toma nota de las alegaciones de la autora según las cuales: a) intentó formalizar su solicitud de asilo ante la Oficina de Atención al Refugiado como menor de edad, siéndole denegada dicha posibilidad; b) fue considerada como mayor de edad en el momento de la huida de su país de origen y de la solicitud de protección lo que podría haber tenido una influencia negativa en la tramitación y resolución de dicha solicitud; c) y se vio privada de la garantía de disponer de un representante que velara por sus derechos durante el proceso de solicitud de asilo en tanto que menor no acompañada.

8.13 Al respecto, el Comité recuerda su observación general núm. 6 según la cual “tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado de conformidad con la Convención u otras obligaciones internacionales. [...] Cuando un menor

¹⁰ *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.

sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal¹¹.

8.14 El Comité considera que el hecho de que se considerara a la autora como adulta en el momento de la huida de su país de origen hubiera podido tener consecuencias muy graves a la hora de poder valorar con exactitud las alegaciones de persecución formuladas en su solicitud de asilo y le expuso a un riesgo de daño irreparable en caso de devolución a su país de origen. Además, el hecho de que a la autora no le fuera asignada un tutor y no se le permitiera solicitar asilo en tanto que menor de edad tuvo como consecuencia que se viera privada de la especial protección que deben tener los menores no acompañados solicitantes de asilo en violación de los artículos 20, párrafo 1, y 22 de la Convención. El Comité hace notar la especial gravedad de las consecuencias de dicha falta de protección para la autora en tanto que niña víctima de violencia sexual por parte de su padre, con claras necesidades de protección especial por parte de las autoridades nacionales competentes.

8.15 Finalmente, el Comité observa las alegaciones de la autora según las cuales el Estado parte violó sus derechos contemplados bajo los artículos 27, 29 y 39 de la Convención ya que no contó con la asistencia en términos de apoyo psicológico necesarios en tanto que niña solicitante de asilo víctima de violencia en el ámbito familiar. El Comité toma nota de la afirmación del Estado parte según la cual a la autora se le facilitó acceso a una Formación Profesional, así como asistencia psicológica. Sin embargo, el Comité observa que, según la información disponible, la autora no pudo continuar sus estudios de enseñanza reglada, siendo la opción que más se ajustaba a sus necesidades educativas, al haber sido considerada como mayor de edad. El Comité toma nota igualmente que la autora no tuvo atención psicológica hasta ocho meses después de su llegada a España y que esta ayuda no fue proporcionada por un profesional especializado en violencia sufrida por menores. Al respecto, el Comité recuerda su observación general núm. 6 según la cual “En el artículo 39 de la Convención se establece la obligación de los Estados de proporcionar servicios de rehabilitación a los menores víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Para facilitar la recuperación y reintegración, se establecerán servicios de atención de la salud mental culturalmente adecuados y atentos a las cuestiones de género, y se prestará asesoramiento psicosocial calificado.”¹² A la luz de todo lo anterior, el Comité concluye que el Estado parte violó los artículos 27, 29 y 30 de la Convención.

8.16 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 violaciones de los artículos 3, 8, 12, 16, 18 (2), 20, 22, 27, 29 y 39 de la Convención.

9. Como consecuencia, el Estado parte debe proporcionar a la autora una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluida una compensación adecuada por los daños morales ocasionados, un acompañamiento psicológico especializado para víctimas de violencia sexual y la rectificación de su fecha de nacimiento en su documentación. 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 dichos 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 calificado 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; y iii) las pruebas de

¹¹ Párrs. 33 y 36.

¹² Párrs. 48.

exploración genital como método de determinación de la edad nunca deberían aplicarse a los niños y niñas;

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

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

d) Capacitar a los funcionarios de inmigración, policías, funcionarios del Ministerio Público, jueces y otros profesionales competentes sobre los derechos de los menores migrantes, y en particular sobre las observaciones generales núms. 6, 22 y 23 del Comité así como sobre la integración de una perspectiva de género cuando se trata de niñas migrantes;

e) Asegurar que los menores no acompañados solicitantes de asilo que alegan haber sido víctimas de violencia reciban asesoramiento psicosocial calificado para facilitar su rehabilitación.

10. 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.
