

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN MELILLA Y SU ESPECIAL PROTECCIÓN EN ZONAS FRONTERIZAS¹

CARMEN RUIZ SUTIL

Profesora titular de derecho internacional privado,

Universidad de Granada, España

ruizsuti@ugr.es

<https://orcid.org/0000-0001-5063-1845>

DOI

RESUMEN

El incremento constante de las llegadas de menores extranjeros no acompañados a territorio melillense ha tenido una incidencia importante en el complejo marco normativo que los protege. Este fenómeno migratorio fronterizo que se va cimentando en la Ciudad Autónoma de Melilla suscita una constante evolución legislativa y jurisprudencial para el amparo de este colectivo. En consecuencia, esta investigación interrelacionará las principales legislaciones que están llamadas a ser aplicadas y que tratan de garantizar los derechos de la infancia y adolescencia en esta zona fronteriza. Particularmente, haremos alusión a las principales disposiciones del Derecho de extranjería y del asilo en relación a la situación administrativa del menor extranjero sin familia que se halla en territorio melillense. Dado el enfoque multidimensional y complejo del régimen vigente, intentaremos precisar el contenido del interés superior de estos menores que viven en estas especiales circunstancias.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

Los desplazamientos de menores extranjeros no acompañados constituyen uno de los fenómenos actuales al que las sociedades, tanto de origen como receptoras, deben dedicar los mayores esfuerzos posibles. En estas páginas nos centraremos en las primeras actuaciones, a nivel jurídico, que operan a la llegada de niños, niñas y adolescentes sin familias a la Ciudad Autónoma de Melilla, frontera española y de la UE situada en el continente africano.

En cuanto a las nacionalidades de las personas que llegaron a Melilla, entrando por vía terrestre y saltando la valla, eran originarias de distintos países de África

¹ Este trabajo queda enmarcado en el Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) denominación: "Aspectos internacionales en la protección de la personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género". Investigadoras Principales: Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad Siglo 21, Argentina). Duración: 01/08/2022 a 31/07/2023.

subsahariana, mayoritariamente de Sudán, pero también de Eritrea, el Chad, Sudán del Sur, Mali y Níger. Por su parte, los extranjeros que accedieron al territorio melillense por vía marítima eran de nacionalidad marroquí y de otros países del norte de África y de Oriente Medio².

En estas situaciones con repercusión fronteriza trataremos de otorgar respuestas interconectadas con las disposiciones del régimen de extranjería y de protección internacional. Como defiende un sector de la doctrina, es necesario establecer un diálogo de fuentes³, además de la interacción con el Derecho internacional público⁴. Sin este enfoque multidimensional de normas llamadas a ser aplicadas se hace difícil precisar el contenido del interés superior del menor en estos contextos tan especiales.

La finalidad de estas páginas es comprobar si la metamorfosis que viene sufriendo el régimen legal que opera para estos menores, conocidos con el término MENA⁵, alcanza a lograr soluciones eficaces y coherentes a la luz de los principales textos normativos en materia de extranjería y de protección internacional. Principalmente, prestaremos especial atención al interés superior de este colectivo, evitando los resquicios legales que podrían ser utilizados por las redes de tráfico de personas menores.

Ante este contexto complicado, el objeto de este trabajo va a ser muy acotado, quedando limitado a realizar un somero análisis de las principales disposiciones en materia de menores extranjeros que se mueven internacionalmente de forma autónoma –sin sus tutores legales o familias–⁶, poniendo de relieve sus luces y sus

² Informe CEAR 2023, p. 92.

³ Moya Escudero, M. (2020). Igualdad versus seguridad y control: Los menores extranjeros en Europa. In *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit: XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (pp. 219-248). Tirant lo Blanch.

⁴ Serrano Sánchez, L. I. (2022). Undocumented migrant persons claiming to be minors: jurisdiction, applicable law, and cooperation. *Spanish Yearbook of International Law*, (26), 91-108; Requejo Isidro, M. (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 482-505. Campuzano Díaz, B. (2020). El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (1), 97-117.

⁵ A pesar de que la legislación de extranjería utiliza la terminología “menores extranjeros no acompañados”, consideramos que esta denominación queda desfasada. En la actualidad, la terminología utilizada “niños, niñas y adolescentes sin referentes familiares” es más adecuada en relación al fenómeno migratorio de esta infancia sin referente familiares.

⁶ Jiménez Álvarez, M. G. (2019). Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España: Una primera aproximación a sus significados. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 168-188; Klapper, M. R. (2007). *Small strangers: The experiences of immigrant children in America, 1880-1925*. Chicago: Ivan R. Dee; Werner, E. E. (2009). *Passages to America: oral histories of child immigrants from Ellis Island and Angel Island*. Potomac Books, Inc.

sombras, además de destacar aquellas cuestiones que han quedado pendientes para un adecuado tratamiento legislativo.

2. EL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

2.1. Cuestiones relevantes en la identificación de la persona menor extranjera

Desde el plano jurídico, los menores extranjeros no acompañados se les aplican respuestas multidimensionales⁷. Gracias a su minoría de edad, ellos son sujetos de protección y defensa por encima de otros intereses. Como nacionales extranjeros, los MENA son destinatarios de la normativa de extranjería y, en el caso que se considere, de la legislación relativa a la protección internacional. Particularmente, desde el marco operativo de la extranjería, el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸ (en adelante LO 4/2000) y los arts. 189 a 198 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009⁹ (en adelante RD 557/2011) se convierten en preceptos de referencia para su protección. Lo cierto es que nos encontramos con un tratamiento jurídico de especial complejidad, donde habrá que ponderar los intereses presentes a la hora de otorgar soluciones a los problemas interpretativos que puedan generarse, siempre desde la premisa del el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989¹⁰.

La Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997¹¹ recoge por primera vez el término de menores extranjeros no acompañados para que, con independencia de su situación jurídica, los Estados adopten medidas protección

⁷ Tal y como se desprende, entre otras normativas, en el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

⁸ BOE núm. 10, de 12 de enero 2000.

⁹ BOE núm. 103, 30 de abril de 2011.

¹⁰ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. En similar sentido, la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados. En general, sobre el tema, *vid.* Durán Ruiz, F. J. (2021). Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro. Thomson Reuters Aranzadi.

¹¹ DOCE núm. C 221, de 19 de julio de 1997. En esta resolución del Consejo de Europa define los menores extranjeros no acompañados como niños y adolescentes menores de 18 años nacionales de terceros países que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres.

y los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional. Posteriormente, la UE aprobó una serie de directivas¹² que incluyen el concepto de MENA, además de mencionar a los apátridas, estableciéndose los 18 años como la mayoría de edad. En estos textos internacionales, se insiste en la necesidad del alojamiento de éstos o en la regulación del retorno o la repatriación a sus países de origen. En la legislación nacional, el art. 189 RD 557/2011 considera menor extranjero no acompañado al niño o niña menor de edad que llegue o se encuentre en territorio español sin estar con adulto responsable y en el que se aprecie riesgo de desprotección, precisiones similares a las que aparece en el aptdo.2.1 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 MENA¹³ (en adelante Resolución Protocolo Marco MENA), excluyendo de dichas consideraciones los menores que se les aplica el régimen de la UE (aptdo. 2.5 de dicha Resolución). Para éstos últimos, cuando así se considere, se les aplica las medidas previstas en la legislación en materia de extranjería en lo que pudiera serles más favorable. En todo caso, se debe comunicar la situación de desprotección al Ministerio Fiscal y al Consulado correspondiente, quedando bajo la entidad de protección de menores hasta su entrega a su familia o a la Representación diplomática del Estado miembro correspondiente.

Centrándonos en las tareas de localización e identificación del menor extranjero no acompañado, éstas serán llevadas a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 190 del RD 557/2011). Cualquier autoridad que localice, acoja o reciba a un menor extranjero debe comunicarlo a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, al Delegado de Gobierno en Melilla, al Ministerio Fiscal y a la entidad de protección de menores competente en esta Ciudad Autónoma. Si el menor tiene una edad con juicio suficiente, se le informa de sus derechos y, como posible víctima de trata de seres humanos, cuando corresponda, sobre la solicitud de protección internacional (art.48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹⁴, en adelante Ley 12/2009). En cuanto a los menores extranjeros no acompañados que estén

¹² Entre otras, Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida o la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

¹³ BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014

¹⁴ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

bajo la protección de otro Estado miembro de la UE, éstos deben ser devueltos al país que ejerce la protección sobre el mismo. Si existiera dudas sobre la edad, ni si quiera se podrían realizar pruebas médicas, debiendo acudir a los instrumentos de cooperación jurídica internacional con la autoridad extranjera que le haya reconocido previamente como menor extranjero no acompañado.

El hecho de que el menor disponga de documentación oficial expedida por su país de origen no es prueba suficiente sobre la filiación completa del menor, salvo que así venga reconocido en convenios internacionales (art.323 Cc.). Lo que sí supone es un título apto para reconocer la minoría de edad y la filiación, salvo prueba en contrario. El extranjero que posea un pasaporte o documento equivalente de identidad y se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado por la autoridad española como una persona indocumentada para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad sin una justificación razonable¹⁵. Por tanto, en estas situaciones procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable para tener que acudir, necesariamente, a las pruebas de determinación de la edad.

En consecuencia, si no hay duda sobre la minoría de edad del extranjero –por su documentación o su apariencia física–, dicho hecho que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal para incoar diligencias a la hora del su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA). Particularmente, el proceso de identificación¹⁶ incluye la reseña del menor (impresión decadactilar, fotografía, anotación de datos de filiación, centro de protección de menores o de acogida) e inscripción, cuestiones que gestiona la Dirección General de la Policía bajo la coordinación de la Fiscalía General del Estado. Contiene los asientos personales, individualizados y numerados referentes a la identificación de los menores y todos los datos relevantes a su situación en España (art. 215 RD 557/2011).

¹⁵ La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (STS n.º 410/2021, de 18 de junio, n.º 412/2021, de 21 de junio; STS n.º 610/2021, de 20 de septiembre y la STS n.º 796/2021, de 22 de noviembre) estima que si el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados no es razonable considerarlo indocumentado a efectos del artículo 35.3 LO 4/2000, no siendo razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por aquellos. En consecuencia, estima que la fiscalía es responsable de discriminación por razón del origen nacional al separarse de la fecha de nacimiento de un documento público extranjero sin impugnarlo, ha provocado múltiples consultas informales por parte de las fiscalías territoriales.

¹⁶ En el caso de España, nos encontramos en la mayoría de los casos vinculados al derecho a la obtención de una documentación por menores extranjeros no acompañados viene plagado de multitud de irregularidades y trabas, *vid.* Serrano Sánchez, L. (2021). Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador. Editores: Universidad Pública de Navarra = Nafarroako Unibertsitate Publikoa, 1-429, en espec. p. 288 ss; Serrano Sánchez, L. (2021). La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados. *Anuario de filosofía del derecho*, 463-485.

Paralelamente, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad lo deben poner a disposición del servicio de protección de menores.

En cambio, si existen dudas y si fuese preciso realizar actuaciones para la determinación de la minoría de edad, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado actúan como si de un menor se tratase hasta que sea determinada la edad. El Ministerio Fiscal instruye un expediente de determinación de la edad (Cap. V aptdo.3 de la Resolución del Protocolo Marco MENA), para lo que deben colaborar las instituciones sanitarias que realizan las pruebas necesarias, con carácter prioritario y urgente (art.35.3 LO 4/2000 y art.190.1 del RD 557/2011)¹⁷. Y es que cuando se localiza en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad o, tras verificar «un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado no es fiable»¹⁸, el Fiscal dictará el decreto en el procedimiento de determinación de edad¹⁹. La finalidad de dicho documento es establecer de manera urgente el régimen jurídico de aplicación: el sistema de protección del menor o el régimen ordinario de extranjería, en caso de que sea mayor de edad. Por este motivo, el decreto tiene un carácter provisional, por lo que en caso de oposición²⁰ podrá ser modificado si existe causa que lo justifique²¹. También se decide sobre la puesta a disposición del menor de los servicios

¹⁷ Hasta la aprobación definitiva de la Ley por la que se regula el procedimiento de evaluación de la edad, se mantiene la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo el criterio de que, si el interesado aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados, no es razonable considerarlo indocumentado, a efectos del art. 35.3 de la LO 4/2000. Ahora bien, un certificado de nacimiento carece de cualquier valor identificativo si no va acompañado de un pasaporte que permita comprobar la correspondencia de ese certificado con la persona que lo presenta.

¹⁸ Art. 12.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

¹⁹ En el FJ 5 de la STC 130/2022, de 24 de octubre se recalca la importancia que tienen los decretos de fiscalía dictados al amparo del art. 35 LO 4/2000 para el esclarecimiento de la identidad del menor y su estado civil «al estar vinculadas tales circunstancias a la fecha de nacimiento y ser consideradas un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención de los derechos del niño...».

²⁰ El procedimiento de oposición a las medidas administrativas en materia de protección de menores, regulado en el art. 780 LEC, es una de las vías habilitadas en nuestro ordenamiento procesal para instar la revisión de los decretos dictados por el Ministerio Fiscal en el procedimiento de determinación de edad regulado en el art. 35 de la LO 4/2000, en tanto que tales decretos no tienen reconocida una vía judicial de impugnación propia y directa, tal y como se dispone en el FJ 5 del ATC 151/2013, de 8 de julio o en el FJ 5 del ATC 172/2013, de 9 de septiembre.

²¹ En este sentido, la STC 40/2023, de 8 de mayo de 2023 (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023), en relación con la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores sobre determinación de la edad, dictamina la vulneración del derecho a la tutela judicial al dar por concluso el procedimiento iniciado por el demandante, fundándose en que este habría alcanzado la mayoría de edad. Por ello, ha de retrotraerse las actuaciones al momento anterior al dictado de

competentes de menores, trasladando esta información a la Delegación de Gobierno competente de la Ciudad de Melilla. Por tanto, los servicios de protección del menor deben informarle de todo el proceso y del contenido básico del derecho a la protección internacional, cuestiones que deben quedar constatadas en el escrito.

El procedimiento para la determinación de la edad debe ir acompañado de las garantías procesales adecuadas y suficientes. Conforme al art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos²², el principio de presunción de minoría de edad debe quedar presente como elemento inherente a la protección del derecho al respeto de la vida privada de una persona extranjera no acompañada que declara ser menor de edad. De hecho, cuando se ven afectados los derechos fundamentales de una persona menor de edad o que pudiera serlo, el tribunal debe ajustarse al principio constitucional de protección de su interés superior reconocido en el art. 39 CE para atemperar la rigidez de algunas normas procesales y reforzar su derecho a ser escuchada, como parte de su estatuto jurídico indisponible²³. Por consiguiente, la realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de estas personas se someterá al principio de celeridad y exigirá el previo consentimiento informado del afectado, realizándose con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son pruebas invasivas²⁴. Precisamente estos aspectos han sido objeto de críticas, pues en algunos supuestos existen contradicciones entre la edad que se establece en el pasaporte (muchos de ellos carecen de él) y la edad real²⁵. El Tribunal Supremo ha dictaminado que para determinar la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el proceso ha de ajustarse a las formalidades y garantías exigidas en la Resolución del Protocolo Marco MENA, y más concretamente, ha de justificarse y garantizarse la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento que se tramite al efecto. En especial, resulta muy difícil identificar a un menor de edad sin ningún procedimiento médico, como constata el dictamen del Comité de Derechos del Niño de 12 de

la primera resolución dictada por el juzgado de primera instancia para que proceda en términos respetuosos con el derecho fundamental vulnerado.

²² STEDH de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Camara c. Italia, núm. de admisión 5797/17 (ECHR 247, 2022), parágrafos 153 y 154.

²³ Tal y como se dispone en el FJ 4 de la STC 64/2019, de 9 de mayo (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019).

²⁴ En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no pueden aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (STS 3817/2014, del 24 de septiembre 2014, ECLI:ES:TS:2014:3817).

²⁵ Un ejemplo de ello es la opinión de Lourdes Reyzábal, responsable de la Fundación Raíces: “Las fechas nunca van a coincidir porque la fecha de nacimiento se determina por aproximación en la prueba médica, es una estimación. Cuando el menor consigue después su partida de nacimiento o su pasaporte en la embajada o consulado de su país, las autoridades españolas deciden que las fechas son contradictorias y dan por inválido el documento”, en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/fiscalia-encarga-aun-una-cifra-excesiva-de-pruebas-de-edad-para-ninos-migrantes-a-pesar-de-las-sentencias-del-supremo/>

febrero de 2019²⁶ por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla²⁷. Por ello, si es necesario el informe médico de determinación de edad, éste ha de contemplar el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pudiera tener²⁸.

En suma, como observamos, es necesario tomar las medidas oportunas para garantizar el derecho a la identidad de los niños extranjeros. Desde nuestro punto de vista a los menores que dependan o hayan dependido del sistema específico de protección deben ser documentados lo antes posible o, en su caso, acudir a un procedimiento de determinación de su minoría o mayoría de edad, con todas las garantías y con métodos no invasivos para el respeto de todos sus derechos.

2.2. Reagrupación con familiares o retorno al país de origen

En principio, la política de protección sobre los menores extranjeros no acompañados está orientada a la reagrupación familiar en su país de origen o donde resida su familia. Si es posible, se efectuará el retorno o la repatriación al Estado de su nacionalidad o de procedencia, siempre que sea conforme al interés superior y se den las condiciones necesarias para ello²⁹. La prioridad es el desarrollo del menor en el seno de su familia o en un ambiente en el que las tradiciones y valores culturales propios tengan una presencia importante. Si esos factores no concurren, el retorno no sería acorde al interés del menor (art.35.5 LO 4/2000 y Cap. I apart. 3 de la Resolución del Protocolo Marco MENA).

Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y como consecuencia de la declaración de constitucionalidad de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000³⁰, se considera que los menores requieren un procedimiento

²⁶ CRC/C/80/D/4/2016.

²⁷ En el caso D.D. c. España, resuelto por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Dictamen CRC/C/80/D/4/2016, el Estado español fue condenado por un rechazo en frontera involucrando a un menor. En este caso, el Comité dictaminó que se había producido una violación de la prohibición de tortura consagrada en el art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño, habida cuenta, entre otros factores, de la violencia que sufren los migrantes en la zona fronteriza y de la ausencia de análisis del riesgo que suponía devolver al menor a Marruecos (Comité de los Derechos del Niño, 2019, p. 12). http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_dEvolución-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf

²⁸ ATS 2022/756592, de 30 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:17233A.

²⁹ Estas dEvoluciones se basan en el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013.

³⁰ Disposición interpretada en el FJ 8 C), de la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015 (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020). En general, sobre la figura del rechazo en frontera, *vid.* Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del

específico e individualizado en estos casos, y cuentan con un “estatus especial”, por lo que el procedimiento a seguir con ellos siempre debe tener en cuenta el “interés superior del menor”. Ello obliga a analizar su situación de forma específica e individualizada y a la luz de la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Esto mismo se señala, incluso con más fuerza, en la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ya que se refieren a niñas y niños, muchos de ellos en grave peligro, y nuestra obligación legal y moral es protegerles.

En caso de imposibilidad de repatriación del menor, como a continuación expondremos, se concede al menor una autorización de residencia temporal de menores no acompañados. En la mencionada Resolución del Consejo la Unión Europea de 26 de junio de 1997 se precisaba que su protección debe basarse en que sean devueltos a su país de origen “... en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía”. Para ello, también se establece la necesidad de los Estados de cooperar, tanto entre sí, como con los países de origen de los menores que sean retornados sin que ello suponga un riesgo para su seguridad, siempre y cuando sea posible reunirlos con sus tutores legales.

Con motivo del Informe sobre la situación de la infancia Migrante en España de 2019 realizado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el que se identificó y se reiteró la presencia de ciertas prácticas que conducían al constante incumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, nuestro legislador vio la necesidad de reformar los arts. 196 a 198 del RD 557/2011³¹. La modificación de estas disposiciones tuvo como objetivo establecer un régimen específico y más favorable para la documentación de los menores extranjeros no acompañados, incluso no solo durante su minoría de edad y cuando están bajo la tutela de los servicios de protección de menores, sino también al alcanzar su mayoría de edad en su proceso de emancipación e integración en la sociedad como adultos independientes³². Así, se contempla la posibilidad del retorno de estos menores y jóvenes a su lugar de procedencia, con el proceso de repatriación cuando son menores de edad y, después, al alcanzar la mayoría mediante la posibilidad expresa de que los servicios públicos competentes les faciliten la información y acceso a los programas de retorno voluntario (arts.197.5 y 198.6 del RD 557/2011)³³. De

rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. Cuadernos de Derecho transnacional, 13 (2), 190-208.

³¹ Mediante el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021).

³² Véase la parte expositiva del Real Decreto 903/2021.

³³ Vid. J. M. Puerta Vilchez (2023). Capítulo 9. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) Memento Experto de Extranjería. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.

hecho, la concesión de la autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca su interés. Si la repatriación se produce, se extinguirá la autorización de residencia.

En cuanto al procedimiento de repatriación (art.35 LO 4/2000 y art.191 a 195 RD 557/2011), la Delegación del Gobierno de Melilla en cuyo territorio se encuentre el menor extranjero no acompañado es el órgano competente para efectuar los trámites necesarios. Estos trámites incluyen actuaciones informativas previas (art. 191.2 RD 557/2011). La Delegación del Gobierno solicita informe a la representación diplomática del país de origen del menor sobre sus circunstancias familiares y al servicio autonómico de protección de menores, que tenga atribuida su tutela o donde se encuentre acogido, de ser otra Administración autonómica competente. El Defensor del Pueblo³⁴ recuerda el deber legal que le incumbe al Ministerio de Interior de dar cumplimiento a las previsiones del art. 35.7 de la LO 4/2000, solicitando un informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen, con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Únicamente, cuando aquél se ha acogido al derecho de asilo, no se va a solicitar el informe de la representación diplomática de su país.

Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tuviese suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección y del Ministerio fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, al Estado donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De todo lo actuado se informa a la Secretaría General de Inmigración y Emigración, Comisaría General de extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios (art. 191.3 RD 557/2011). A la vista de estos informes, el Delegado competente decide si se inicia el procedimiento de repatriación del menor o no, en cuyo caso se procede a documentarlo con autorización de residencia. De convenir la iniciación del procedimiento de repatriación, se debe revolver y notificar en el plazo de 6 meses desde la fecha del acuerdo de inicio (art.194.3 RD 557/2011).

Para las alegaciones y determinación del período de prueba (art.193 RD 557/2011), se comunica el acuerdo de incoación del procedimiento, se otorga un período de 10 días hábiles para que cualquiera de los notificados formule alegaciones o proponga la realización de pruebas, concediendo un plazo de entre 10 y 30 días. El Ministerio Fiscal emite informe sobre las alegaciones y pruebas que, pudiesen practicarse. La intervención en esta fase del menor que haya alcanzado la edad de 16 años, puede realizarse por sí mismo o a través de representante. Si no tiene esta edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. No obstante, el menor, con juicio suficiente, puede manifestar su oposición a la repatriación, en cuyo caso se nombra

³⁴ Vid. la Recomendación del Defensor del Pueblo del 13 de agosto de 2021, con motivo de la devolución de menores no acompañados en Ceuta.

un defensor judicial (arts.35.6 LO 4/2000). A efectos del nombramiento de un defensor judicial, se entiende, en todo caso, que tiene juicio suficiente la persona mayor de 12 años, sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior. El Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio puede instar de la autoridad judicial el nombramiento del defensor judicial (art.193.1 RD 557/2011).

En relación con el trámite de audiencia y resolución (art.194 RD 557/2011), se garantiza la presencia del menor que tenga juicio suficiente para manifestar su opinión. Se convoca al Ministerio Fiscal, tutor y, en su caso, su defensor o representante legal. Tras ello, del que queda constancia en acta, el Delegado del Gobierno en Melilla adopta la decisión sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares. También puede acordarse, que permanezca en España. La resolución se notifica a todas las partes en el plazo de 10 días y se informa del derecho de asistencia jurídica gratuita en caso de que decida impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa. Todas las actuaciones realizadas en el marco de este procedimiento son registradas en el Registro de menores extranjeros no acompañados.

Por último, en relación con la ejecución de la repatriación, según el art. 195 del RD 557/2011, la competencia recae en el Cuerpo Nacional de Policía. Sin perjuicio de estas funciones, el menor es acompañado por personal del servicio de protección de menores hasta el momento de la entrega a las autoridades competentes de su país. El coste de la repatriación corre a cargo de su familia, de los servicios de protección de su país o de la representación diplomática en España. Si no es posible, lo asume subsidiariamente la Administración General del Estado. Si el menor se encuentra incurso en proceso judicial, la ejecución de la repatriación está condicionada a autorización judicial.

En definitiva, hemos comprobado que entre las soluciones destacables que se ofrecen a este colectivo desde nuestro Derecho de extranjería, resalta la reunificación o repatriación familiar, dado que el derecho a vivir con la familia es el primordial y sustancial del niño o niña, aunque no siempre es la mejor solución, por lo que se deben considerar otros derechos o principios de protección. Si no es posible, la tutela de la entidad pública que tenga lugar será mediante el procedimiento de acogida, es decir, una permanencia del menor en nuestro país. Ahora bien, el procedimiento de repatriación no puede suponer atajos ni cercenar garantías básicas, tales como no dar audiencia del interesado, no constar con la presencia de un defensor o con la intervención del Ministerio Fiscal.

2.3. Autorización de Residencia en España

Una vez que se acredite que el menor extranjero no acompañado no ha podido ser repatriado y nueve meses después de que el mismo haya sido puesto a

disposición de los servicios competentes de protección de menores en Melilla, se procederá a otorgarle la autorización de residencia (art.35.7 LO 4/2000). Más detalladamente, la Resolución del Protocolo Marco de MENA establece que, una vez transcurridos tres meses desde la puesta a disposición del menor del Centro de protección de menores, se considera tiempo suficiente para que, por parte de la Entidad pública de protección de menores, se solicite el correspondiente permiso de residencia (Capítulo VI, apartado tercero 1 A). Si éstos son tutelados por la Administración, la solicitud debe ser realizada por el representante legal del menor (art. 196 RD 557/2011).

Si el menor fija su domicilio en Melilla, la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia. En cuanto al empadronamiento en dicha ciudad, la STS de 26 de abril de 2022³⁵ ha anulado un acuerdo del Consejo de Gobierno de Melilla, aprobado el 13 de mayo de 2019, que establecía unas instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de dicha ciudad y la exigencia de visado a los menores no acompañados y procedentes de Nador (Marruecos)³⁶. La Sala considera que el acuerdo “carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio” tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias. Principalmente se considera que, al afectar a menores de edad, hay dos normas prioritarias a la Ley de Bases de Régimen Local como son la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la Ley Orgánica de Protección de Jurídica del Menor de 1996, que priorizan el interés superior de aquéllos y reconocen el derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas para los que se encuentren en España. En consecuencia, no cabe entender que unas instrucciones para la gestión del padrón municipal en un municipio concreto puedan innovar el ordenamiento jurídico que ha de examinarse en su totalidad. La Sala concluye, además, que el padrón “no es el instrumento para controlar las estancias irregulares, por lo que si de su inscripción se desprenden derechos para los menores de edad, no cabe imponer exigencias no previstas por la Ley Orgánica que los proteje”.

Cuando el menor ha quedado empadronado en Melilla, se decidirá sobre el fondo del procedimiento y se notificará el resultado a aquél en un plazo no superior a un mes. Esta resolución se comunicará a la fiscalía dentro de los diez días siguientes a la fecha de emisión. Desde la fecha de notificación de la resolución, el representante legal del menor deberá solicitar personalmente ante la Oficina de

³⁵ ECLI:ES:TS:2022:1591.

³⁶ Cáritas Española alegaba en su recurso que el empadronamiento constituye un requisito necesario para acceder a servicios básicos esenciales que se encuentran íntimamente vinculados con el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales tales como la educación o servicios sanitarios y asistenciales. La parte recurrente defendía que no se pueden establecer requisitos discriminatorios para acceder a esos derechos por parte de menores de edad y que esta exigencia suponía una vulneración de los derechos fundamentales a la educación e integridad física.

Extranjería o comisaría correspondiente la tarjeta de identidad de extranjero que indicará expresamente “habilita para trabajar de conformidad con el 36.1 y el 41.1 de la LO 4/2000”, siempre que el extranjero tenga más de 16 años. Esta habilitación para trabajar será para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social. Esta habilitación para trabajar conlleva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.1.j) de la LO 4/2000, que no se tenga en cuenta, en caso de actividades por cuenta ajena, la situación nacional de empleo de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la misma legislación. Esta habilitación para trabajar tendrá la misma duración que la autorización de residencia, es decir, tendrá una vigencia de dos años, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

Por su parte, el procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia que habilita para trabajar a partir de los 16 años para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social, será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. Sin perjuicio de que este procedimiento pueda iniciarse a instancia de parte en el mismo plazo. En ambos casos, se prorrogará la validez de la autorización anterior hasta su resolución. También se producirá esta prórroga en el supuesto en que la renovación se tramite dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiere finalizado la vigencia de la anterior autorización. Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de tres años salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración (art. 196 RD 557/2011).

Ahora bien, se viene criticando que un número significativo de ex menores tutelados han accedido a la mayoría de edad sin que se haya tramitado su autorización de residencia pertinente, pese a haber estado a disposición de los servicios de protección un plazo de tiempo superior al especificado en la normativa aplicable. Otras situaciones pudieron instar la tramitación pocos días antes de cumplir la mayoría de edad. Y es que existen ex tutelados extranjeros que, por desconocimiento, por demora de la Administración en la concesión de la residencia o, incluso, por falta de coordinación entre servicios de protección de menores y Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, pese a tener derecho a la autorización de residencia, no han podido acceder a ella. Este tipo de prácticas suponen graves perjuicios a los interesados, como es la incoación de procedimientos de expulsión por estancia irregular.

En consecuencia, la residencia de los menores extranjeros tutelados por la Administración se debería considerar regular a todos los efectos, estableciendo la obligación de otorgar una autorización de residencia que retrotraiga sus efectos al momento de la puesta a disposición del menor de los servicios de protección (art. 35 LO 4/2000). Si no es posible, a los menores sobre los que un servicio de

protección ostentara la tutela, custodia, protección provisional o guarda y alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia pero habiendo cumplido los requisitos para ello, podrán solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Para tal fin, deberán haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, lo cual será certificado por esta, o deberá poder acreditar su integración en la sociedad española (art. 198 RD 557/2011).

Por otra parte, se debe entregar a los menores extranjeros no acompañados, en el momento de su acceso a la mayoría de edad, la documentación relativa a su situación residencial, médica, académica, formativa, así como cualquier otra que figure en su expediente y se considere que puede ser de su interés, a fin de lograr su efectiva integración socio-laboral. Precisamente, el Defensor del Pueblo no entiende justificada la no entrega a los interesados de la documentación que se encuentra en su expediente de protección, en concreto: tarjeta de Identidad de Extranjero, tarjeta sanitaria, resoluciones de las autorizaciones de residencia obtenidas, resoluciones de desamparo y tutela, documentación médica, certificaciones académicas y de cursos formativos realizados. Según dispone el Defensor del Pueblo, en cumplimiento de lo previsto en el art. 35.7 de la LO 4/2000, y en su condición de tutor legal, la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla tiene obligación de instar ante la Delegación del Gobierno en Melilla la tramitación de la autorización de residencia que le corresponde a los menores extranjeros no acompañados. La obligación que le incumbe en condición de tutor legal, en cumplimiento del art. 4 LO 4/2000, hacer efectivo el derecho y remover todos los obstáculos que existan para que el menor extranjero tutelado conserve la documentación que acredite su identidad, así como la que acredite su situación en España.

Respecto del nombramiento del representante legal, del tutor, o a la determinación del acogimiento del menor extranjero, estas cuestiones quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2019/1111³⁷ y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores³⁸. Por tanto, la protección del menor que le es de aplicación la normativa de extranjería, la de protección internacional, también se debe atender a lo dispuesto por el DIPr. en relación con las concretas medidas a adoptar (nombramiento de representante legal, de tutor, acogimiento, etc.). Partiendo de este contexto, el entramado normativo ocasiona ciertas distorsiones en la práctica: las ocasionadas por la distinta noción de «menor» en las legislaciones de

³⁷ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019.

³⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

extranjería y de asilo y las originadas por emplear distintas normas de atribución de competencia para las cuestiones de DIPr.³⁹. Observamos, por tanto, una estrecha vinculación entre las normas de Derecho privado y las normas de Derecho público que van a resultar aplicables a estos menores y que va a ser necesario coordinar en aras de garantizar una adecuada protección de los mismos⁴⁰.

En todo caso, los que fueron tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad podrán solicitar en la Oficina de Extranjería donde haya fijado su residencia la renovación de la misma, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento de renovación (art. 197 RD 557/2011).

En época COVID, la Secretaría de Estado de Migraciones, con el objeto de facilitar la inclusión de menores no acompañados y jóvenes tutelados al mercado de trabajo, publicó la Instrucción de la DGM 1/2020⁴¹, que permitió trabajar a los menores sin familiares en los sistemas de protección, de entre 16 a 18 años, para así equipararlos con los demás jóvenes de nuestro país. Durante aquel tiempo, también los jóvenes de entre 18 a 21 años con autorización de residencia y trabajo que fueron empleados en el sector agrario, se les podía conceder una autorización de residencia de 2 años renovables, con la posibilidad de obtener posteriormente la de larga duración (Instrucciones DGM 9/2020)⁴².

En la última reforma del RD 557/2011, dirigida a los menores extranjeros no acompañados y jóvenes tutelados, se ha facilitado el acceso a la residencia durante la minoría, asegurando que lleguen documentados a la mayoría de edad, mejorando la duración de las residencias frente al régimen anterior. Ahora,, los jóvenes extutelados tienen un régimen propio de extranjería, con requisitos de renovación más ajustados a su realidad y, en particular, se han podido regularizar los que tengan entre 18 y 23 años –cuando no pudieron acceder a la autorización de residencia o no pudieron renovarla por los estrictos requisitos que existían con anterioridad. Sin embargo, consideramos que aún quedan retos por conseguir, como por ejemplo permitirles acceder a la nacionalidad española por residencia con un plazo más reducido.

³⁹ Sobre la temática de DIPr., *vid.* Chéliz Inglés, M.^a C. (2021). El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho internacional privado. *Revista española de derecho internacional*, 73 (2), 37-51; Requejo Isidro, M. (2015). El Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, 51-70.

⁴⁰ Ruiz Sutil, C. (2022). International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child The CJEU case a. VB, of 2 august 2021.

⁴¹ Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

⁴² Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

3. ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE ASILO

3.1. Solicitud de asilo por menores no acompañados en Melilla

El sistema de asilo conformado en la Convención de Ginebra de 1951⁴³ garantiza la protección internacional a la persona que huye de su país de origen por temor fundado a ser perseguida, evitando que sea devuelta a dicho territorio donde su vida o su libertad estuvieran amenazadas, gracias al principio de *non-refoulement*. Según el art. 1.2 de esta Convención, los motivos de persecución son por raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

Si nos centramos en la persecución sufrida, las razones de la huida de los menores pueden ser similares a las de los adultos. En ocasiones, huyen del trabajo infantil, de la trata de menores o del matrimonio forzado. Por consiguiente, las Directrices de ACNUR⁴⁴ insisten en que hay que tener en cuenta la educación, el nivel de ingresos, la situación de los menores sin hogar, las mujeres jóvenes embarazadas, etc..., circunstancias específicas vinculadas a las del grupo de menores. En este sentido, si el agente perseguidor no es el propio Estado, se requiere para ser reconocido como refugiado que las autoridades estatales no quieran o no puedan ofrecer la protección necesaria. Y es que los menores se encuentran especialmente en riesgo en relación a agentes no estatales, tales como grupos armados, bandas criminales, comunidades o sectas religiosas, empleadores sin escrúpulos o sus propios progenitores o familiares. Resulta esencial tener en cuenta las dificultades que un menor puede tener para acceder a sus autoridades en busca de protección, el grado de credibilidad que las mismas puedan otorgar a sus alegaciones, su capacidad para expresar y exteriorizar sus miedos y vivencias o la conciencia que puedan tener de sus propios derechos. En ocasiones, los menores simplemente abandonan su país sin cuestionarse la posibilidad de adoptar otra alternativa. Es posible, por ejemplo, que el menor tenga limitados conocimientos sobre la realidad de su Estado de origen o que sea incapaz de explicar las causas o el contexto en el que se ha producido la persecución sufrida en caso de ser devuelto. Los miedos aparecen por diferentes motivos, tales como traumas, instrucciones paternas, falta de educación, temor de las autoridades de su país de origen o de las personas en posición de poder sobre ellos a causa de posibles represalias. En ocasiones, éstos han sido obligados a contar una historia falsa, por lo que será difícil conseguir que cambien su relato. La distorsión de la realidad o la omisión de información vital son frecuentes, dificultando diferenciar entre la realidad y la ficción, de forma que

⁴³ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

⁴⁴ Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009.

lo que podría ser considerado como una mentira en el caso de un adulto no lo es, necesariamente, tratándose de un menor. Por ello, aunque la edad no está específicamente mencionada en la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, se trata de un factor decisivo a considerar para asegurar una decisión adecuada en las solicitudes de protección Internacional formuladas por menores.

En situaciones fronterizas, como las de Melilla, las solicitudes de protección internacional presentadas en 2022, fueron 708 en frontera y 2.303 en territorio melillense⁴⁵. A raíz de la Instrucción de la Subsecretaria del Ministerio del Interior del 7 de junio de 2021, acerca de la tramitación del procedimiento de protección internacional de solicitudes registradas en las ciudades de Ceuta y Melilla, se autorizaba, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴⁶, a priorizar la instrucción de las mismas. La aplicación de estas medidas han permitido obtener cifras récord en la formalización de solicitudes en ambas Ciudades Autónomas⁴⁷. Simultáneamente, se puso en marcha un proceso de atención específica a los menores, derivado de la crisis de mayo de 2021 en la frontera de Ceuta. A partir de estas medidas, se ha permitido la instrucción prioritaria de los expedientes de los solicitantes más vulnerables, particularmente niños y niñas con antecedentes de malos tratos o acoso que son potenciales víctimas de trata. Sin embargo, existen una serie de efectos negativos en el acceso al asilo a partir de la activación de relaciones entre España y Marruecos el 17 de mayo de 2022, ya que la apertura de la frontera terrestre ha supuesto que únicamente accedan a territorio melillense las personas que disponen de un visado o permiso de residencia vigente, quedando sin efecto la anterior exención de visado para los residentes en la provincia vecina de Nador⁴⁸. A ello se le une, la intensificación de los controles fronterizos en Melilla, viene favoreciendo la activación de mafias de tráfico de personas provocando riesgos para la vida de los inmigrantes que cruzan las fronteras, en particular para los menores sin familias.

Técnicamente, si abordamos la solicitud de asilo en frontera, art. 21 de la Ley 12/2009 la concibe para cuando la persona no reúna los requisitos necesarios a la hora de efectuar su entrada al territorio español. Lo relevante de este procedimiento es que, teóricamente, las personas aún no han entrado, debiendo permanecer retenidas en unas dependencias habilitadas al efecto (art. 22) durante al menos cuatro días hábiles que dispone la Administración para dictar una resolución que acuerde la (in)admisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo. Ello puede alargarse más aún si, antes de que la persona sea devuelta, se planteara algún recur-

⁴⁵ Informe CEAR 2023, p. 92.

⁴⁶ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁴⁷ La puesta en marcha de esa Instrucción ha permitido aumentar la rapidez en la formalización de las peticiones de asilo, tal y como se extrae del Informe de actividad de la OAR de 2021, en <https://www.interior.gob.es>

⁴⁸ Informe CEAR 23, p. 92.

so contra una resolución negativa. Desde una perspectiva jurídica garantista, tal y como ha manifestado el Defensor del Pueblo⁴⁹, resulta especialmente reprochable que, por un lado, se pueda entrar al fondo de la solicitud en un plazo tan breve, sin apenas una instrucción, para ser resuelta por personal que no siempre está formado y, por el otro lado, es cuestionable que una persona permanezca en situación de retención tantos días, superando incluso el límite constitucional de 72 horas máximas de detención policial⁵⁰. En estos contextos fronterizos, es frecuente que las autoridades responsables de las solicitudes de asilo se muestren reticentes a la hora de otorgar credibilidad al relato de estos solicitantes para admitir a trámite la solicitud de asilo. A ello se une que, en gran medida, la intención de los menores no acompañados solicitantes de asilo es la de marcharse a otros países europeos en busca de refugio, cuestión que dificulta la búsqueda de la autoridad responsable de la solicitud de asilo conforme al Reglamento de Dublín III⁵¹.

Las dinámicas de las solicitudes de asilo en Melilla plantean ciertas singularidades, ya que el acceso al sistema de asilo se produce en unas circunstancias muy extremas cuando las personas llegan a través de la Frontera Sur⁵². Si allí se formulan, existen numerosos obstáculos derivados del férreo control policial del cruce de fronteras del rechazo en frontera o de las consecuencias derivadas de la contención en centros de estancia temporal⁵³. En cuanto al trato de los MENAS y la gestión de las fronteras terrestres en Melilla, debemos prestar atención a la

⁴⁹ Defensor del Pueblo, 2017: 32.

⁵⁰ Torres Rodríguez, A. (2023). Capítulos 21 y 22. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) Memento Experto de Extranjería. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.

⁵¹ Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un tercer país nacional o apátrida (refundición), DOUE L 180/31, de 29 de junio de 2013.

⁵² Se observa que las nacionalidades africanas son las que en mayor medida piden asilo en puestos fronterizos Iker Barbero. Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur.

⁵³ Informe CEAR 2020, pp. 88 y ss se declara que existe una práctica consistente en mantener retenidas más tiempo a las personas que solicitan protección internacional en los CETI que a las personas a las que se les incoaba una orden de devolución. La alta discrecionalidad/arbitrariedad de la Administración a la hora de determinar los requisitos técnicos, los estatus jurídicos y la documentación válida para el viaje a la península han servido para que algunos colectivos hayan permanecido atrapados en estos espacios. En este sentido, son ya varias las sentencias del Tribunal Supremo que confirman –de «interés casacional»– que “cualquier persona que, habiendo solicitado protección internacional en Ceuta o Melilla, tiene derecho a la libertad de movimiento, y a fijar su residencia en cualquier otra ciudad, sin que pueda limitarse dicho derecho por la Administración por su condición de solicitante de la protección internacional y siempre con la obligación del solicitante de comunicar a la Administración dicho cambio de domicilio”, como destaca, entre otras, la STS 173/2021, de 10 de febrero de 2021, que resuelve un caso en Melilla, recurso que fue promovido por el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM).

práctica de la figura del rechazo en frontera (Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000)⁵⁴, ya que si ésta se llevase a cabo, los menores extranjeros serían doblemente discriminados. Gracias al art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁵, que menciona de manera específica la necesidad de “no devolución”⁵⁶, los Estados miembros deben tener en cuenta primordialmente el interés superior del niño, la vida familia y su estado de salud. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha abordado los derechos de estos menores en numerosas observaciones generales, aprobando un *corpus* de ineludible referencia para los Estados y las entidades de ayuda a los refugiados cuando son menores no acompañados⁵⁷. También hay que tener en cuenta lo dictado en el art. 35 de la LO 4/2000 y en el art. 48 de la Ley 12/2009, disposición última dedicada a los menores no acompañados y al procedimiento a seguir cuando lleguen a territorio español, adoptando medidas en estas especiales circunstancias. En suma, cuando exista una actuación de «rechazo en frontera» conforme a la LO 4/2000, los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), velando por la salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, ya que son personas encuadradas en

⁵⁴ Ruiz Sutil, C. (2016). El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEX. REDI, LXVIII (2), 329-336; Espiniella Menéndez, Á. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. REDI, LXVIII (2), 321-328.

⁵⁵ Directiva 2008/115/ce del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

⁵⁶ Véase el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951. En el ámbito de la Unión Europea, se plasma el principio de no devolución en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. De hecho, la STEDH 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España (demandas núms. 8675/15 y 8697/15) recuerda a España, país que tiene fronteras exteriores de la UE, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, ex art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes [...], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado [...]» (§ 210). Se hace una apelación específica a las necesidades de protección de las personas especialmente vulnerables, como es el colectivo de menores no acompañados.

⁵⁷ Pérez Salom, R. (2023). El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitan-tes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN). Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (49), 328-338.

la categoría de especialmente vulnerables. Las consecuencias de una mala práctica pueden llevar agravar los derechos de estos colectivos, al impedirles el acceso al derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE, entre otras cuestiones. En su condición de menores no acompañados, el Comité de los Derechos del niño⁵⁸ insiste en que, en caso de devolverlos cuando entran a través de la valla de Melilla, se debe escuchar previamente sus circunstancias personales para realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable⁵⁹ si se perpetrara su deportación a Marruecos. En un contexto de migración internacional y a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona fronteriza, el Comité considera necesario realizar una evaluación sobre el eventual riesgo de daño irreparable para el autor, teniendo en cuenta no violar los artículos 3 y 37 de la Convención.

La llegada de menores extranjeros no acompañados con necesidades de protección internacional a la Ciudad Autónoma de Melilla agrava la delicada situación a la que se enfrenta. En particular, el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE de condiciones de acogida⁶⁰ enumeran, de manera no exhaustiva, las personas con necesidades especiales⁶¹, como son, entre otros los menores, en particular, los no acompañados. También la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo⁶² recoge en el art. 15.3. a) que las personas que llevan a cabo las entrevistas tengan las capacidades necesarias para “poder tener en cuenta las circunstancias personales y generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad”. El sistema español, por su parte, establece un concepto de vulnerabilidad en el art. 46.3 de la Ley de Asilo, optando por un *numerus apertus*, tales y como, por ejemplo, menores en familia o no acompañados, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos⁶³. Por

⁵⁸ 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. 4/2016, CRC/C/80/D/4/2016.

⁵⁹ Observación General No 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), párr. 27.

⁶⁰ La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *DOUE* núm. 180, de 29 de junio de 2013.

⁶¹ En este sentido, *vid.* FJ 4º de la STS de 31 de marzo de 2014, REC: 2619/2013.

⁶² Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DOUE* núm. 180, de 29 de junio de 2013.

⁶³ *Vid.* García Ruiz, Y. (2007). Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. *Fundación Alternativas*, 29, 1-50, en especial 31. <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlimport-IXkVH8.pdf> (consultado el 1 de junio de 2023).

consiguiente, vistas las consideraciones enmarcadas en las políticas de la UE y españolas en materia de asilo⁶⁴, en los procedimientos de solicitud de protección internacional iniciados por los que sean especialmente vulnerables, como los menores no acompañados⁶⁵, se deben adoptar medidas necesarias para otorgar un tratamiento diferenciado y específico.

Al identificarlos como menores no acompañados solicitantes de protección internacional, éstos serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, hecho que se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal. En este sentido, el Gobierno de Melilla ha ido desarrollando proyectos para la integración social y laboral de los menores extranjeros no acompañados con necesidad de protección internacional y la posibilidad de su traslado a la península. Una vez formulada la solicitud de protección internacional y respetando el interés superior del menor, se viene garantizando que la recogida, el tratamiento y la comunicación de la información sea de forma confidencial, a fin de no poner en peligro su seguridad, conforme a la disposición 24.3 de la Directiva 2013/33/UE. Además, se debe iniciar rápidamente la búsqueda de los miembros de la familia de estos niños con la asistencia, en su caso, de las organizaciones internacionales u otras entidades competentes, salvo que el motivo de persecución venga relacionado con su familia.

En definitiva, contemplamos que la legislación española relativa a la protección internacional aplicable a los menores extranjeros no acompañados está formulada para casos genéricos de adultos y no se contempla un cuerpo específico para este colectivo. Existen disposiciones sueltas que aluden a los mismos, como por ejemplo cuando se dispone que es posible acogerse al procedimiento de urgencia del art. 25.1.b) Ley 12/2009, siempre que no vaya en detrimento de un estudio en profundidad de la solicitud y que cumpla los principios de calidad, justicia y eficacia, por lo que la Administración debe mostrar la necesaria flexibilidad. No obstante, echamos en falta un estatuto del menor solicitante de asilo que regule, entre otras cuestiones, aquellas situaciones en los que el menor alcanza la mayoría de edad durante el transcurso de la tramitación de su expediente ya que era un niño en el momento de producirse los hechos que provocaron su temor a sufrir persecución si retornara a

⁶⁴ AA.VV., Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata, en https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf (consultado el 3 de abril de 2023).

⁶⁵ Se consideran personas especialmente vulnerables, entre otros supuestos, los menores no acompañados, tal y como se señala en el 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 N° 4/2016 (CRC/C/80/D/4/2016) o en el 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 N° 11/2017 (CRC/C/79/D/11/2017).

su país. Desde la perspectiva del ACNUR⁶⁶, el menor que alcance la mayoría de edad durante la tramitación de su expediente de asilo debe seguir realizándose desde el prisma de su minoría de edad, pues la persecución se produjo durante la misma. Asimismo, en este cuerpo legal específico, se debería implantar específicamente las cuestiones relativas al nombramiento de un tutor o representante del menor sin familia conforme a la correspondiente legislación de DIPr. La representación legal del colectivo constituye una garantía procesal significativa para el respeto del interés superior del menor no acompañado en los procedimientos de solicitudes de asilo, tal y como viene contemplando la normativa internacional al respecto. En tal sentido, el art. 7 de la Directiva 2013/32/UE⁶⁷ insiste que, para la formalización del procedimiento de asilo por menores de edad acompañados, éstos deben comparecer con su representante legal. Debe efectuarse por la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, debidamente acreditada; o por la persona que presente un poder notarial en el que el padre, madre, tutor o curador le otorgue la correspondiente autorización. No obstante, a la vista la situación y la imposibilidad de proceder de este modo, la Oficina de Asilo y Refugio está valorando las distintas posibilidades que permite la normativa vigente para que, de forma inmediata, sean nombrados los representantes de estos menores. Para que actúen en su nombre y les asista en el examen de la solicitud de protección internacional⁶⁸. La recomendación del Defensor del Pueblo en este sentido indica que, aunque no tengan representante legal, en aplicación del art. 7 de la Directiva 2013/32/UE⁶⁹ y del art. 3 de la Ley 39/2015, de

⁶⁶ Véase sus Directrices de protección internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, puntos 76 y siguientes.

⁶⁷ Que dispone que los Estados miembros garantizarán que el menor tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional bien en su propio nombre, si tiene capacidad jurídica para actuar en procedimientos con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, bien a través de sus padres u otros familiares adultos, o de un adulto responsable de él, en virtud de la legislación o los usos y costumbres nacionales del Estado miembro de que se trate, o a través de un representante. El apartado 5 del citado artículo establece que los Estados miembros podrán determinar en su legislación nacional, entre otros, los casos en que un menor puede formular una solicitud en su propio nombre.

⁶⁸ En caso de indocumentados, el art. 211.3 del RD 557/2011 se dispone que para acceder a la cédula de inscripción, debe acreditar por el interesado ante el notario la ausencia de documento original de identificación, ya que no pudo ser documentado por la misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial. Precisamente el Reglamento Notarial, en su art. 163, permite la comparecencia ante notario sin aportar documento de identidad, cuando manifieste carecer del mismo y que la finalidad del documento otorgado sea exclusiva y precisamente la de hacer manifestaciones u otorgar poderes en relación con un expediente administrativo o judicial de asilo, acogida de refugiados, repatriación u otro similar, siempre que quede constancia de la huella digital y de fotografía del compareciente.

⁶⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE núm. 180, de 29 de junio de 2013.

1 de octubre⁷⁰ se formalice en todo caso la petición de asilo. Estos menores deben tener los mismos derechos que un adulto para presentar su solicitud de asilo, en particular si se estima que en función de la edad y grado de madurez pueden efectuarla, con independencia de que posteriormente se complete su capacidad de obrar. Si no fuese así, se le impedía acceder a la protección legal correspondiente o, incluso, no podrían acogerse a los mecanismos para la detección, identificación y protección de las víctimas de trata que acceden a territorio español por puesto no habilitado⁷¹. En este sentido, recordamos que los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados deben recibir la asistencia sanitaria y psicológica adecuada que precisen⁷².

A pesar de las singularidades melillenses, planteamos las oportunidades para abordar estos problemas jurídicos originados por la ausencia de representante legal ya que se solucionarían si se proyectara y se aprobara legislativamente un cuerpo normativo claro y eficaz sobre la protección en España de los menores extranjeros no acompañados, atendiendo a las circunstancias transfronterizas. La situación especialmente delicada de éstos ante su llegada a Melilla evidencia que el acceso al sistema de protección internacional tiene fisuras, aunque somos conscientes de las dificultades y la superación de los muchos obstáculos por los agentes implicados en estos asuntos.

3.2. Refugio, protección subsidiaria o razones humanitarias: tres figuras de la protección internacional

Cuando la resolución es favorable a la petición de protección internacional solicitada por el menor extranjero no acompañado, esto supondrá el reconocimiento

⁷⁰ El art. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015), dispone que tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas “Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

⁷¹ Sobre esta materia puede verse Fábrega Ruiz, C. F. (2011). La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial, en F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.), Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, Instituto de Migraciones, Ganada, pp. 865 y ss. Sobre los problemas de la determinación de la edad Alcázar Higuera, P. y Fábrega Ruiz, C. R. (2021). La determinación de la edad de las niñas y niños extranjeros no acompañados como inicio del sistema de protección en España. ¿Y las niñas? Revista Infancia Activa, nº 1, pp. 105-140.

⁷² Durán Ruiz, F. J. (2011). Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. Trace. Travaux et recherches dans les Amériques du Centre, (60), 9-24.

de la condición de refugiado (art. 36 Ley 12/2009), conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951.

No obstante, el interesado podría ser beneficiario de una protección subsidiaria en aquellos casos en los que las autoridades españolas consideren que, a pesar de no reunir los requisitos para ser reconocido como refugiado, existen motivos fundados para suponer que si retornase a su país de origen se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves descritos en el art. 10 de la Ley 12/2009⁷³, siempre que no concurra alguno de los supuestos de los arts. 11 y 12 de esta normativa⁷⁴. Esta categoría jurídica es de creación europea⁷⁵, implementada por nuestra Ley 12/2009. Para entender tal necesidad, los riesgos expresados en el citado art. 10 deben de afectar de forma directa a la persona solicitante de protección internacional, tal y como aclara la jurisprudencia española⁷⁶. De hecho, la práctica jurisprudencial establece que “para valorar la procedencia de la protección subsidiaria habrá que ponderar no tanto la credibilidad de su relato⁷⁷, sino además la situación de su país de origen y el

⁷³ Sobre dicha definición véase, entre otras, la STS n° 5515/2016, de 19 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5515.

⁷⁴ Torres Rodríguez, A. (2023). Capítulo 23. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) Memento Experto de Extranjería. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.

⁷⁵ En el marco europeo, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (denominada Directiva de reconocimiento). El sistema de asilo europeo, además, se complementa con la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (conocida como Directiva de procedimiento) y con la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (llamada Directiva de acogida).

⁷⁶ Cfr. FJ 4º de la SAN 599/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:AN:2023:599.

⁷⁷ Según el ACNUR, «la credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que, por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble», en ACNUR (16 de diciembre de 1998). Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo, punto 11, disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=595a2a3811>. De esta definición se desprende que estos criterios corresponden a uno de los requisitos acumulativos previstos en el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2004/83 del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. A saber, se exige que «las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso» [artículo 4, apartado 5, letra c)]. Se deduce de ello que este criterio debe ser apreciado por la autoridad decisoria en el marco de su obligación de efectuar una evaluación individual de una solicitud de protección internacional teniendo en cuenta, en especial, la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, con arreglo al artículo 4, apartado 3, letra c), de dicha Directiva. En este sentido, es preciso observar que el Tribunal de Justicia

riesgo de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el art. 10 de la Ley de Asilo⁷⁸.

La cobertura en materia de residencia y trabajo que se otorga con la concesión de la protección subsidiaria es similar a la que corresponde al estatuto de refugiado, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de Asilo. De hecho, a los refugiados y a las personas beneficiarias de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y que se les haya otorgado el respectivo estatuto se les dispensa una autorización de residencia de larga duración para residir y trabajar en España en las mismas condiciones que los españoles (32.3.bis LO 4/2000). Y es que el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria se equiparan en la legislación de asilo y confieren a la persona beneficiaria los derechos enunciados en el art. 36 de la Ley 12/2009.

Cuando no cabe otorgar el estatuto de refugiada ni es posible conseguir la protección subsidiaria para los menores no acompañados que tengan temor a sufrir daños graves si éstos regresaran a su país de origen, subsidiariamente se podrá conceder la autorización de residencia por razones humanitarias⁷⁹. Esta residencia queda encubierta por los arts. 37 de la Ley 12/2009 y el 125 del RD 557/2011. Brevemente, consiste en una autorización a la estancia o residencia en España, otorgada por parte de Ministro de Interior a aquellas personas cuya solicitud haya sido denegada, cuando se cumplan los requisitos del Derecho de Extranjería. Siempre que el Ministro del Interior la autorice, a propuesta de la

ya ha recordado la exigencia que se impone a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85, donde se establece los requisitos de una audiencia personal. En consecuencia, los Estados miembros deben asegurar que la persona que vaya a celebrar la audiencia sea suficientemente competente y que los solicitantes puedan acceder a los servicios de un intérprete que les brinde asistencia. Además, según el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/83, se ha de celebrar la audiencia teniendo en cuenta las circunstancias personales o generales que rodean la solicitud, incluida la vulnerabilidad del solicitante, y de efectuar de manera individual una evaluación de dicha solicitud teniendo en cuenta la situación particular y las circunstancias personales de cada solicitante. Sentencia de 2 de diciembre de 2014, A y otros (C148/13 a C150/13, EU:C:2014:2406), apartado 70). Más sobre el tema, *vid.* las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 16 de febrero de 2023 sobre el Asunto C756/21.

⁷⁸ STS 4608/2015, de 4 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4608.

⁷⁹ Sobre las autorizaciones de residencia por razones humanitarias ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de marzo de 2020 (casación 868/2019), que distingue la existencia de un régimen general y un régimen especial. Además, según la STJUE de 23 de mayo de 2019, Bilali, C-720/17, apartado 61), de la lectura del art. 2, letra h), in fine, de la Directiva 2011 de requisitos, se desprende que no se opone a que una persona solicite protección en el marco de “otra clase de protección” que esté fuera de su ámbito de aplicación. De hecho, esta Directiva admite que los Estados miembros de acogida puedan conceder, en virtud de su Derecho nacional, una protección nacional que permita a las personas excluidas del estatuto de protección subsidiaria permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, aunque quede fuera del sistema de protección internacional. En mismo sentido, el FJ 5^a de la SAN 282/2021, de 27 de enero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:282.

Comisión Interministerial de Asilo y Refugio⁸⁰, esta residencia viene aparejada con una autorización de trabajo (art. 129.1. 2º RD 557/2011). A través de la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en cada categoría⁸¹, se puede llegar a reconocer el derecho de asilo o, en su caso, otorgar la autorización de permanencia por razones humanitarias. En estas decisiones, la jurisprudencia establece que “...conviene dejar sentado que la petición de permanencia en España por razones humanitarias, en el contexto de una petición de asilo, no puede convertirse en un mecanismo para eludir el cumplimiento de las previsiones en materia de extranjería ni para esquivar de las resoluciones administrativas firmes dictadas en los procedimientos de expulsión...”⁸². En todo caso, la residencia por razones humanitarias pueden ser concedida sobre la base de las concretas circunstancias del solicitante de asilo, en conexión con el estudio de sus circunstancias personales y la degradación o el empeoramiento que le supondría su vuelta al Estado de origen. Según los términos establecidos en la jurisprudencia, cuando se interprete la expresión razones humanitarias, éstas deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado o del país de origen o procedencia⁸³.

En suma, a pesar de que la realidad de las personas menores extranjeras no acompañadas necesitadas de protección internacional sea muy compleja, tal y como declara ACNUR, se debe procurar el derecho a vivir en un lugar seguro, por lo que estas tres figuras puede contribuir a tal fin.

4. A MODO DE CONCLUSIONES

En este trabajo se han indicado la complejidad de enlazar las respuestas de unas legislaciones restrictivas de derechos, como es la de extranjería y la del asilo, con otra normativa promotora de los mismos, como es la de protección de la infancia, lo que genera una práctica compleja y singular en el trato a los menores extranjeros que llegan solos a la frontera de Melilla. La titularidad de sus derechos

⁸⁰ También se puede conceder en los supuestos regulados por la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (art. 37.b de la Ley 12/2009, en conexión con el art. 125 del RD 557/2011).

⁸¹ Sobre el tema véase SAN del 5 de mayo de 2021, REC:599/2019.

⁸² STS 3836/2016 de 26 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3836.

⁸³ Cfr. La STS 3836/2016 (Sala de lo Contencioso, Sección 3) de 26 de julio de 2016; la STS 1884/2019, de 10 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1884), donde rechaza otorgar las razones humanitarias en esta solicitud, ya que se reiteran los hechos por los que se solicita el asilo y la protección subsidiaria y se advierte de la improcedencia, ya que se hizo en el suplico del escrito de interposición insta *ex novo* con el carácter subsidiario a una hipotética desestimación de su pretensión principal (reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, de una concesión de la protección subsidiaria). Además, se añade que las razones alegadas para la autorización de residencia por razones humanitarias no difieren de las esgrimidas para la solicitud de asilo y de protección subsidiaria.

está constantemente puesta en duda y no siempre existe una actuación por parte de las diferentes administraciones que hagan prevalecer el interés superior del menor de este colectivo. Los puntos de fricción se encuentran, por ejemplo, en la práctica de los rechazos en frontera y el respeto a los derechos fundamentales de estas personas menores; en el modo en que se aplican las pruebas de determinación de la edad o en los retrasos o ausencias a la hora de nombrar el representante legal, figura determinante en la tramitaciones de la autorización de residencia y en el largo del proceso de solicitud de asilo. Estas carencias afectan a los MENAS, al otorgarles respuestas inadecuadas, pero también perjudica de forma global a la política migratoria de la UE en zonas fronterizas con terceros países.

En este contexto, las principales preocupaciones en la materia de menores extranjeros no acompañados tienen que ver con el inicio de los diversos procedimientos, especialmente cuando se hallan ante los puestos fronterizos, tal y como sucede en el caso de Melilla.

Cuando se identifica a una persona en situación de vulnerabilidad hemos comprobado que una de las primeras cuestiones a valorar es su edad. Esta cuestión tiene una importancia fundamental, dado que el resultado de tal prueba determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como menor y el disfrute de los derechos contenidos en la Convención de los derechos del niño o, en su caso, será excluido de dicho amparo. Mientras dichos procesos siguen abiertos, deberá darse a la persona el beneficio de la duda y tratarla como un niño o niña. A pesar de que estas pruebas se contemplan en la legislación española como un mecanismo formal de identificación de la edad, en la práctica siguen generando controversias y preocupación entre los profesionales, pues en ocasiones se impiden el efectivo ejercicio de los derechos del niño, tal y como ocurre con el acceso al asilo.

Desde la protección internacional, las circunstancias en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en situaciones fronterizas vienen ocasionando vacíos administrativos desde la perspectiva de la protección internacional. En este trabajo hemos tratado de valorar los distintos escenarios en los que se han de apuntar las salvaguardias en relación con los solicitantes de asilo que tienen necesidades especiales de protección, como sucede cuando la persona menor proviene de un territorio en el que existe un riesgo de persecución. También se deben de extremar las cautelas cuando éstos pueden ser potenciales víctimas de la trata de seres humanos. Los fallos en los mecanismos formales de identificación de dichas vulnerabilidades amenazan al sistema de asilo español y europeo.

En el marco del Derecho de extranjería, hemos destacado el impacto de la reforma del RLOE relativa al régimen jurídico de las personas extranjeras menores no acompañadas y a las personas extuteladas entre 18 y 23 años. La finalidad de estas modificaciones fue favorecer la integración de este colectivo y evitar la irregularidad sobrevenida al cumplir la mayoría de edad. No obstante, proponemos

que hay que ir hacia un verdadero estatuto del menor extranjero no acompañado, en el que consten las respuestas jurídicas a las distintas situaciones planteadas. Y es que no basta con que la protección del menor se reconozca en textos normativos, sino que resulta primordial que existan medios efectivos para ello en cada una de las etapas que pueden suscitarse.

En definitiva, el centro de las respuestas a la problemática descrita debe sustentarse en el interés superior de los niños sin familiares que llegan a nuestras fronteras, tal y como sucede en la Ciudad Autónoma de Melilla, soluciones que avalen la seguridad y la protección de este colectivo en estas especiales circunstancias fronterizas.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata, en https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf (consultado el 3 de abril de 2023).
- Alcázar Higuera, P. y Fábrega Ruiz, C. F. (2021). La determinación de la edad de las niñas y niños extranjeros no acompañados como inicio del sistema de protección en España. ¿Y las niñas?. Revista *Infancia Activa*, nº 1, pp. 105-140.
- Campuzano Díaz, B. (2020). El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12 (1), 97-117.
- Collantes, Sara, “Niños, extranjeros y solos en España: cuando la desprotección se multiplica”, Unicef España. Disponible en: <https://www.unicef.es/blog/ninos-extranjeros-y-solos-en-espana-cuando-la-desproteccion-se-multiplica> [Consultado el 25 de febrero de 2023].
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2022). Libro Blanco del sistema de protección internacional en España. Una propuesta desde la experiencia de CEAR. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2022/02/Libro-Blanco-Sistema-de-Asilo.pdf> (Consultado el 25 de febrero de 2023).
- Chéliz Inglés, M^a. C. (2021). El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho internacional privado. *Revista española de derecho internacional*, 73 (2), 37-51.
- Durán Ruiz, F. J. (2021). *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters.
- Durán Ruiz, F.J. (2020). MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 55, 17-52.

- Durán Ruiz, F.J., «El sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España y los menores extranjeros no acompañados: reformas, insuficiencias y contradicciones», en Durán Ruiz, F.J. y Martínez Chicón, R. (Dirs.), *Menores migrantes y juventud migrante en España y en Italia*. Comares, Granada, 2019, pp. pp. 31-52.
- Espiniella Menéndez, Á. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *REDI*, LXVIII (2), 321-328.
- Fábrega Ruiz, C. F. (2011). La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial, en F. J. García Castaño y N. Kressova (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Ganada, pp. 865 y ss.
- Faggiani, V. (2023). La protección internacional de los migrantes en la UE: estándares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo. *Aranzadi/Cívitas*.
- Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las dEvoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 13 (2), 190-208.
- García Ruiz, Y. (2007). Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. *Fundación Alternativas*, 29, 1-50, en especial 31. <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlexport-IXkVH8.pdf> (consultado el 1 de junio de 2023).
- Jiménez Álvarez, M. G. (2019). Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España: Una primera aproximación a sus significados. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 168-188.
- Klapper, M. R.(2007). *Small strangers: The experiences of immigrant children in America, 1880-1925*. Chicago: Ivan R. Dee.
- Moya Escudero, M. (2020). Igualdad versus seguridad y control: Los menores extranjeros en Europa. In *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit: XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Tirant lo Blanch, 219-248.
- Pérez Salom, R. (2023). El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN). *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (49), 328-338.
- Puerta Vilchez, J. M. (2023). Capítulo 9. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) *Memento Experto de Extranjería*. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.
- Requejo Isidro, M. (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), 482-505.

- Requejo Isidro, M. (2015). El reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, 51-70.
- Ruiz Sutil, C. (2022). International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child The CJEU case a. VB, of 2 august 2021.
- Ruiz Sutil, C. (2016). El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEX. REDI, LXVIII (2), 329-336.
- Serrano Sánchez, L. (2021). Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador. Editores: Universidad Pública de Navarra = Nafarroako Unibertsitate Publikoa. 1-429.
- Serrano Sánchez, L. (2021). La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados. *Anuario de filosofía del derecho*, 463-485.
- Serrano Sánchez, L. I. (2022). Undocumented migrant persons claiming to be minors: jurisdiction, applicable law, and cooperation. *Spanish Yearbook of International Law*, (26), 91-108.
- Torres Rodríguez, A. (2023). Capítulos 21, 22 y 23. Régimen Jurídico de los Menores. Blas Jesús Imbroda Ortiz y Carmen Ruiz Sutil (coords.) *Memento Experto de Extranjería*. Edic. 5ª, Editorial Lefebvre.
- Vicente Lorca, A. (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 101-130.
- Werner, E. E. (2009). *Passages to America: oral histories of child immigrants from Ellis Island and Angel Island*. Potomac Books, Inc.