

## Las vulnerabilidades de la infancia extranjera sin familia en las legislaciones de extranjería y de asilo: el caso de la frontera sur europea en África

Vulnerabilities of Unaccompanied Foreign Children in Immigration and Asylum Legislations: the case of the southern European border in Africa

 **Carmen Ruiz Sutil**

Investigadora de la Universidad de Granada (España) y  
Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina)  
ruizsuti@ugr.es

**Resumen:** El incremento constante de las llegadas de menores extranjeros no acompañados a territorio melillense, frontera española y europea situada en África, ha tenido una incidencia importante en el complejo marco normativo que los protege. Este fenómeno migratorio que se va cimentando en la Ciudad Autónoma de Melilla, frontera española y de la UE, suscita una constante evolución legislativa y jurisprudencial para la protección de este colectivo especialmente vulnerable. 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 dicha zona fronteriza. Particularmente, haremos alusión a las principales disposiciones del Derecho de extranjería y del asilo en relación con la situación administrativa del menor extranjero sin familia que llegan a esta ciudad española situada en continente africano. Dado el enfoque multidimensional y complejo del régimen vigente, intentaremos precisar el contenido del interés superior de la infancia en estas especiales circunstancias.

**Palabras clave:** MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS; SITUACIONES FRONTERIZAS HISPANO-AFRICANAS; CIUDAD AUTONOMA DE MELILLA; DERECHO DE EXTRANJERÍA Y DE ASILO.

**Abstract:** The constant increase in the arrival of unaccompanied foreign minors in Melilla, a Spanish and European border located in Africa, has had a significant impact on the complex regulatory framework that protects them. This migratory phenomenon, which is taking root in the Autonomous City of Melilla, a Spanish and EU border, is giving rise to a constant legislative and jurisprudential evolution for the protection of this particularly vulnerable group. Consequently, this research will interrelate the main legislations that are called to be applied and that seek to guarantee the rights of children and

adolescents in this border area. In particular, we will refer to the main provisions of the Law on Foreigners and Asylum in relation to the administrative situation of foreign minors without family who arrive in this Spanish city located on the African continent. Given the multidimensional and complex nature of the current regime, we will attempt to specify the content of the best interest of these minors in these particular circumstances.

**Keywords:** UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS; HISPANO-AFRICAN BORDER SITUATIONS; AUTONOMOUS CITY OF MELILLA; IMMIGRATION AND ASYLUM LAW.

Fecha de recepción: 11/07/2023

Fecha de aceptación: 20/03/2024



## Las vulnerabilidades de la infancia extranjera sin familia en las legislaciones de extranjería y de asilo: el caso de la frontera sur europea en África<sup>1</sup>

Carmen Ruiz Sutil

### I. Aspectos preliminares

La movilidad internacional de la infancia extranjera sin familia constituye uno de los fenómenos actuales al que las sociedades, tanto de origen como receptoras, deben dedicar los mayores esfuerzos posibles.

La hipótesis de partida de este trabajo se centra en las primeras actuaciones a nivel jurídico que operan para la infancia extranjera que llegan sin acompañamiento de adultos a la Ciudad Autónoma de Melilla, frontera española y de la UE situada en el continente africano. Precisamente, las nacionalidades de las perso-

---

<sup>1</sup> 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 la actualidad.

nas que llegaron a Melilla en 2023 por vía terrestre y saltando la valla que separa la Ciudad Autónoma de Marruecos son, en su mayor parte, de Sudán, Eritrea, Chad, Sudán del Sur, Mali o Níger. Por su parte, los extranjeros que accedieron al territorio melillense por vía marítima son de nacionalidad marroquí y de otros países del norte de África, incluso de Oriente Medio<sup>2</sup>.

Esta zona fronteriza resulta de especial interés en los estudios jurídicos vinculados particularmente a la migración africana de personas menores de edad sin ser acompañados que van entrando en territorio europeo para instalarse en algún país de la UE. En consecuencia, esta investigación pretende dar luz a las eventuales incógnitas sobre la situación jurídica-administrativa de los menores no acompañados que acaban de efectuar su llegada a través de esta Ciudad Autónoma española, aunque siendo conscientes que las circunstancias particulares de cada caso exigen un análisis individualizado para determinar las soluciones aplicables.

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– (Jiménez Álvarez, 2019; Klapper, 2007; Werner, 2009), poniendo de relieve sus luces y sus sombras, destacando aquellas cuestiones que han quedado pendientes para un adecuado tratamiento legislativo.

En estas situaciones con repercusión fronteriza trataremos de otorgar respuestas interconectadas con las disposiciones del régimen de extranjería y de protección internacional. Como punto de partida, se hace necesario referir y analizar de manera sucinta la pluralidad de normativa aplicable a estos supuestos. Para ello, incidiremos en los puntos 2 y 3, teniendo presente el acceso al derecho documental y otros derechos, como la reunificación o repatriación familiar, que afectan a este colectivo de menores cuando llega a territorio melillense. Al ser situaciones que se encuentran conectadas con más de un país, al margen de las cuestiones propiamente de extranjería o protección internacional de naturaleza jurídi-

---

<sup>2</sup> Informe CEAR 2023, p. 92

co-pública, sus relaciones también constituyen objeto del Derecho internacional privado. En consecuencia, se debe acudir a los distintos instrumentos de esta disciplina para dar respuestas a las cuestiones vinculadas con estos menores migrantes sin acompañamiento de adultos que llega a España por frontera sur europea, como es el nombramiento de un tutor o representante legal para defender sus intereses en los diferentes procesos administrativos y judiciales. En estas situaciones, se deberá tener en cuenta las soluciones otorgadas por el Reglamento 2019/1111<sup>3</sup> o, en su caso, el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores<sup>4</sup> (Cordero Álvarez, 2022).

Como defiende un sector de la doctrina, es necesario establecer un diálogo de fuentes en materia de extranjería y menores, junto a las del Derecho internacional privado (Moya Escudero, 2020), además de la necesaria interacción del Derecho internacional público (Serrano Sánchez, 2022; Requejo Isidro, 2017; Campuzano Díaz, 2020). 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 específicos y delicados.

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 MENAS<sup>5</sup>, alcanza a lograr soluciones eficaces y coherentes a la luz de los principales textos normativos en materia de extranjería y de protección internacional. Especialmente, 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. Con el uso de la metodología del caso melillense, se va a

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 con el fenómeno migratorio de esta infancia sin referente familiares.

conseguir identificar algunos de los principales problemas con que se encuentran los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones de movilidad internacional cuando llegan a Europa por esta frontera española. Este análisis nos conducirá a respuestas que favorecen la optimización de los derechos de la infancia, adolescencia y juventud inmersa en estas situaciones tan especiales, con la necesidad de garantizarles la efectividad y optimización de sus derechos sobre unas bases de igualdad. Así, la identificación del interés superior del menor debe convertirse en una guía de la actuación de las autoridades con competencia en materia de menores, según el marco establecido en la principal Convención sobre los derechos del niño.

## II. El régimen de extranjería de los menores extranjeros no acompañados

### II.1. Cuestiones relevantes en la identificación de la persona menor extranjera

Los menores extranjeros no acompañados se les aplican respuestas multidimensionales en el plano jurídico<sup>6</sup>. 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, tanto 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 social<sup>7</sup> (en adelante LO 4/2000) como 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 2/2009<sup>8</sup> (en adelante RD 557/2011) se convierten en los preceptos de referencia para su protección. Lo

---

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero 2000.

<sup>8</sup> BOE núm. 103, 30 de abril de 2011.

cierto es que nos hallamos ante 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 art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>9</sup> (Dreyzin de Klor y Britos, 2019; Durán Ruiz, 2021).

La Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997<sup>10</sup> recoge por primera vez el término de menores extranjeros no acompañados para que, con independencia de su situación jurídica, los Estados adopten medidas protección y los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional. Posteriormente, la UE aprobó una serie de directivas<sup>11</sup> que incluyen el concepto de MENA, además de mencionar a los apátridas, estableciéndose los 18 años como la mayoría de edad. Se insiste en la necesidad del alojamiento de éstos o en la regulación del retorno o la repatriación a sus países de origen. Por su parte, 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 Mar-

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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

<sup>11</sup> 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 el 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.

co sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA<sup>12</sup> (en adelante Resolución Protocolo Marco MENA), aunque quedan excluidos de dichas consideraciones los menores que se les aplica el régimen de la UE (aptdo. 2.5 de dicha Resolución). Para éstos últimos, 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 como posible víctima de trata de seres humanos y, 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 subsidiaria<sup>13</sup>, en adelante Ley 12/2009). En cuanto a los menores extranjeros no acompañados que estén bajo la protección de otro Estado miembro de la UE, éstos deben ser devueltos al país que ya 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 compone prueba suficiente sobre la filiación completa del

---

<sup>12</sup> BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

<sup>13</sup> BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

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 razonable<sup>14</sup>. 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 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-, hecho que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal para incoar diligencias a la hora de su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA). Particularmente, el proceso de identificación (Serrano Sánchez, 2021; Duran Ruiz, 2011) incluye la reseña del menor (impresión de dactilares, fotografía, anotación de datos de filiación, centro de protección de menores o de acogida) e inscripción, que gestiona la Dirección General de la Policía bajo la coordinación de la Fiscalía General del Estado<sup>15</sup>. Todo ello deriva en que 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). Paralelamente, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad deben ponerlo a disposición del servicio de protección de menores.

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.



En cambio, 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)<sup>16</sup>. 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»<sup>17</sup>, el Fiscal dictará el respectivo decreto<sup>18</sup>. La finalidad de dicho decreto es establecer de manera urgente el régimen jurídico de aplicación: el sistema de protección del menor o el régimen ordinario de extranjería para el caso de que sea mayor de edad. Por este motivo, éste tiene un carácter provisional, aunque se pueden oponer al mismo<sup>19</sup>, modificándolo si existe causa que lo justifique<sup>20</sup>. El decreto de fiscalía también decide

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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...».

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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 procedi-

sobre la puesta a disposición del menor de los servicios 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 informar al menor de todo el proceso y del contenido básico del derecho a la protección internacional, cuestiones que deben quedar constatadas en el escrito.

En casos de duda de la edad del nacional extranjero, 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 humanos<sup>21</sup>, 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 hecho, cuando se ven afectados los derechos fundamentales, el tribunal debe ajustarse al principio constitucional de protección del interés superior del menor reconocido en el art. 39 de la Constitución Española para atemperar la rigidez de algunas normas procesales y reforzar su derecho a ser escuchado, como parte de su estatuto jurídico indisponible<sup>22</sup>. Por ello, 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 invasivas<sup>23</sup>. De todas maneras, estos aspectos han sido objeto de críticas, pues en algunos supuestos existen contradicciones entre la edad que se establece en el pasaporte (muchos de

---

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

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 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, en <https://www.poderjudicial.es/>).

ellos carecen de él) y la edad real<sup>24</sup>. 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 febrero de 2019<sup>25</sup> por el que condena a España por una expulsión sumaria de un menor no acompañado que trataba de acceder por la valla de Melilla<sup>26</sup>. En todo caso, 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 tener<sup>27</sup>.

En suma, para que las autoridades migratorias puedan identificar correctamente la categoría legal del menor no acompañado, primero se ha de tomar en consideración el interés superior del menor, recopilando la máxima información posible sobre éste en el país de origen, tránsito, y destino. Con esa finalidad, nos valemos principalmente de los mecanismos de cooperación judicial internacional previstos en normas de extranjería de la UE. Primero, se activaría el mecanismo

---

<sup>24</sup> 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/>

<sup>25</sup> CRC/C/80/D/4/2016.

<sup>26</sup> 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\\_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf](http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2016/03/CRC-C-80-DR-4-2016_devolucion-sumaria-menor-de-edad-Melilla.pdf)

<sup>27</sup> AT 2022/756592, de 30 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:17233A, en <https://www.poderjudicial.es/>.

de identificación por su condición de extranjero, y luego se activaría el mecanismo de Derecho internacional privado de relocalización del menor, valiéndonos de la interpretación del interés superior del menor (Serrano Sánchez, 2023).

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

## II.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 factible, 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 ello<sup>28</sup>. La prioridad debe darse al 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 en 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 4/2000<sup>29</sup> (Fernández Pérez, 2021), se considera que los menores requieren un procedimiento específico e individualizado, y cuentan con un "esta-

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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).

tus especial", por lo que el proceso 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. 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 nos referimos 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 veremos, se le concede una autorización de residencia temporal de menores no acompañados. La mencionada Resolución del Consejo la Unión Europea de 26 de junio de 1997 se precisaba que la protección de los menores no acompañados 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". Asimismo, los Estados deben cooperar, tanto entre sí, como con los países de origen de los menores para devolver al menor y sin que ello suponga un riesgo para su seguridad, siempre y cuando sea posible reunirlo 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 observó la necesidad de reformar los arts. 196 a 198 del RD 557/2011<sup>30</sup>. La modificación de estas disposiciones tuvo como objetivo establecer un régimen específico y más favorable para la documentación de los menores extranjeros no acompañados, 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 para acceder a la plena integración en la sociedad como adul-

---

<sup>30</sup> 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).

tos independientes<sup>31</sup>. En todo caso, se contempla la posibilidad del retorno de estos menores y jóvenes a su lugar de procedencia, mediante el proceso de repatriación y, al alcanzar la mayoría de edad, se les facilita la información y el acceso a los programas de retorno voluntario, tal y como disponen los arts.197.5 y 198.6 del RD 557/2011 (Puerta Vílchez, 2023). De hecho, la concesión de la autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor. Si ésta se produce, se procederá a la extinción de la autorización de residencia.

Si nos centramos en el procedimiento de repatriación de los art. 35 LO 4/2000 y art.191 a 195 RD 557/2011 (López de los Mozos Díaz, 2013), la Delegación del Gobierno de Melilla en cuyo territorio se encuentre el menor extranjero no acompañado será el órgano competente para efectuar los trámites necesarios. En el inicio de estas actuaciones informativas previas (art. 191.2 RD 557/2011), la Delegación del Gobierno melillense solicitará informe a la representación diplomática del país de origen del menor sobre sus circunstancias familiares, aunque también debe averiguar lo oportuno en el 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 Pueblo<sup>32</sup> 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 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 el menor se ha acogido al derecho de asilo, no va a solicitarse el informe ante la correspondiente representación diplomática.

Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tuviese suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a el Estado donde se encontrasen sus familiares o, en

---

<sup>31</sup> Véase la parte expositiva del Real Decreto 903/2021.

<sup>32</sup> *Vid.* la Recomendación del Defensor del Pueblo del 13 de agosto de 2021, con motivo de la devolución de menores no acompañados en Ceuta.

su defecto, sobre su permanencia en España. De todo lo actuado se informa a la Secretaría General de Inmigración y Emigración, a la 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, para lo que se concede un plazo de entre 10 y 30 días. El Ministerio Fiscal emite informe sobre las alegaciones y pruebas que, en su caso, se practiquen. La intervención en esta fase del que haya alcanzado la edad de 16 años puede ser realizada por sí mismo o a través de representante. Si no ha alcanzado 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 un defensor judicial (arts. 35.6 LO 4/2000). El Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio puede instar a 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, defensor del menor 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, por el contrario, 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 se 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 la familia del menor, 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 derecho 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. Por el contrario, si no es posible, la tutela de la entidad pública que tenga lugar será mediante el procedimiento de acogida, es decir, una decisión de 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.

### **II.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, es tiempo suficiente para que, por parte de la Entidad pública de protección de menores, se solicite dicho 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 respecto de los menores no acompañados, la STS de 26 de abril de 2022<sup>33</sup> 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 procedentes de Nador (Marruecos)<sup>34</sup>. La Sala del Alto Tribunal considera que el acuerdo “carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio”, tanto en relación con los menores españoles como el 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 del menor y reconocen el derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas a los menores extranjeros 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

---

<sup>33</sup> ECLI:ES:TS: 2022:1591, en <https://www.poderjudicial.es/>

<sup>34</sup> En esta resolución se puede observar que 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.

ha de examinarse en su totalidad. El Tribunal Supremo 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 protege".

Finalmente, si el menor ha quedado empadronado en Melilla, la Delegación del Gobierno de la Ciudad Autónoma decidirá sobre el fondo del procedimiento y notificará el resultado al menor extranjero no acompañado 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 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 autoriza a trabajar para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores, favorezcan su integración social. En caso de actividades por cuenta ajena, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la LO 4/2000, y tendrá la misma duración que la autorización de residencia, es decir, 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 ante la Oficina de Extranjería competente durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia, sin perjuicio que pueda iniciarse a instancia de parte. En ambos casos, el inicio del procedimiento de renovación 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 re-

novación 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 ha accedido a la mayoría de edad sin que se haya tramitado su autorización de residencia, 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, no han podido acceder a la autorización de residencia. Este tipo de prácticas suponen graves perjuicios a los interesados, como es la incoación de procedimientos de expulsión por situación de irregularidad.

Por consiguiente, 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 de menores 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, al menos, deberá poder acreditar su integración en la sociedad española (art. 198 RD 557/2011).

Asimismo, 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 si-

tuación 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 dicha falta de 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, es la de 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 certifique 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 2019/1111 o, en su caso, en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. Por tanto, al 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 de protección a adoptar (nombramiento de representante legal, de tutor, acogimiento, etc.). Partiendo de este contexto, este entramado normativo ocasiona ciertas distorsiones en la práctica: las ocasionadas por la distinta noción de «menor» en las legislaciones de extranjería y de asilo y las ocasionadas por emplear distintas normas de atribución de competencia para las cuestiones de DIPr. (Chéliz Inglés, 2021. Requejo Isidro, 2015). Observamos, por tanto, una estrecha vinculación entre las reglas de Derecho privado y las de Derecho público, solucio-

nes que van a resultar aplicables en estas situaciones y que deben quedar coordinadas en aras de garantizar una adecuada protección de los menores extranjeros (Ruiz Sutil, 2022).

Para los que fueron tutelados y que dispongan de autorización de residencia, cuando alcancen la mayoría de edad, éstos podrán solicitar su renovación en la Oficina de Extranjería donde haya fijado su residencia, 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).

Durante la 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 1/2020<sup>35</sup>, 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. En este 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)<sup>36</sup>.

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, ha asegurado que lleguen documentados a la mayoría de edad, ha ampliado la duración de las residencias frente al régimen anterior. Ahora, consideramos que los jóvenes extutelados tienen un régimen propio de extranjería, con requisitos de renovación más ajustados a su realidad y con posibilidad de regularizarse si tienen entre 18 y 23 años, cuando éstos no pudieron acceder a la autorización de residencia o no pudieron renovarla, por los estrictos requisitos que existían con anterioridad. No obstante, aún quedan retos por conseguir, como es permitirles acceder a la nacionalidad española por residencia con un plazo más redu-

---

<sup>35</sup> Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

<sup>36</sup> Consultar <https://inclusion.seg-social.es/web/migraciones/instrucciones>

cido.

### III. Acceso al procedimiento de asilo

#### III.1. Solicitud de asilo por menores no acompañados en Melilla

El sistema de asilo de la Convención de Ginebra de 1951<sup>37</sup> garantizará 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, protegiéndola con 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.

Respecto a la persecución sufrida, las razones de la huida de los menores pueden ser similares a las de los adultos, pero, en ocasiones, son propias de su grupo, como cuando escapan del trabajo infantil, de la trata de menores o del matrimonio forzado. Precisamente, las Directrices de ACNUR<sup>38</sup> insisten en que hay que tener en cuenta la educación, el nivel de ingresos, por ejemplo, la situación de los menores sin hogar, el mayor riesgo, las mujeres jóvenes embarazadas, etc...

Además, 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. Los menores se encuentran especialmente en riesgo en relación con 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 ca-

---

<sup>37</sup> 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

<sup>38</sup> 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.

pacidad 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 país de origen o que sea incapaz de explicar las causas o el contexto en el que se ha producido la persecución sufrida o la que teme sufrir en caso de ser devuelto a su país de origen. Los menores pueden tener dificultades a la hora de expresar sus miedos 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 han sido obligados a contar una historia falsa y será difícil conseguir que cambien su relato. La distorsión de la realidad o la omisión de información vital son frecuentes y puede resultarles difícil diferenciar entre la realidad y la ficción, de forma que lo que podría ser considerado como una mentira en el caso de un adulto no necesariamente lo es al tratarse de un menor. De esta forma, 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.

Si nos centramos en las solicitudes de protección internacional presentadas en Melilla en 2022, se han registrado 708 en frontera y 2.303 en territorio melillense<sup>39</sup>. A raíz de la Instrucción de la Subsecretaría del Ministerio del Interior del 7 de junio de 2021, acerca de la tramitación del procedimiento de protección internacional de solicitudes presentadas 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 Públicas<sup>40</sup>, a priorizar la instrucción de las solicitudes de protección internacional presentadas en dichos territorios. La aplicación de estas medidas permitió obtener cifras récord en la

---

<sup>39</sup> Informe CEAR 2023, p. 92.

<sup>40</sup> BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

formalización de solicitudes en ambas Ciudades Autónomas<sup>41</sup>. Simultáneamente, se puso en marcha un proceso de atención específica a los menores, todo ello derivado de la crisis de mayo de 2021 en la frontera de Ceuta<sup>42</sup>. A partir de estas situaciones, se ha autorizado la instrucción prioritaria de los expedientes de solicitantes más vulnerables, particularmente niños y niñas con antecedentes de malos tratos o acoso, potenciales víctimas de trata. Sin embargo, existen una serie de efectos negativos en el acceso al asilo derivados de la activación de relaciones entre España y Marruecos el 17 de mayo de 2022, ya que la apertura de las fronteras terrestres 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 Nador<sup>43</sup>. Esta intensificación de los controles fronterizos melillenses 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, por lo tanto, deben 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 de la solicitud o la denegación de la solicitud de asilo. Ello puede alargarse más aún si, antes de que la persona sea devuelta, se planteara algún recurso contra la inadmisión o la denegación. Desde una perspectiva jurídica garantista, tal y como ha manifestado el Defensor del

---

<sup>41</sup> 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>.

<sup>42</sup> Vid. <https://elpais.com/espana/2021-05-19/que-esta-pasando-en-ceuta-claves-de-la-crisis-entre-espana-y-marruecos.html>

<sup>43</sup> Informe CEAR 23, p. 92



Pueblo<sup>44</sup>, 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 policial (Torres Rodríguez, 2023). En estos contextos fronterizos, 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 III<sup>45</sup>.

Las dinámicas de las solicitudes de asilo en Melilla son diferentes, ya que el acceso al sistema de asilo se produce en unas circunstancias muy extremas cuando las personas llegan a través de la Frontera Sur, observando que las nacionalidades africanas son las que en mayor medida solicitan asilo en esta zona melillense (Barbero González, 2021). Si allí se formulan, existen numerosos obstáculos derivados del férreo control policial del cruce de fronteras de forma irregular, del rechazo en frontera o de las consecuencias de la contención en centros de estancia temporal<sup>46</sup>. En cuanto al trato de los MENAS y la gestión de las fronteras terres-

---

<sup>44</sup> Defensor del Pueblo, 2017: 32.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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

tres en Melilla, debemos prestar atención a la práctica del rechazo en frontera recogida en la Disposición Adicional Décima de la LO 4/2000 respecto de los menores extranjeros (Ruiz Sutil, 2016; Espiniella Menéndez, 2016), ya que serían doblemente discriminados si esta figura se activara. Esencialmente, se incumpliría el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>47</sup>, que menciona de manera específica la necesidad de “no devolución”<sup>48</sup>, ya que 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 y a los menores no acompañados (Pérez Salom, 2023). Asimismo, no se observaría lo dictado en el art. 35 de la LO 4/2000 y en el art. 48 de la Ley 12/2009 dedicadas a los menores no acompañados y el procedimiento a seguir cuando lleguen a territorio español, debiendo adoptar medidas en estas especiales circunstancias. Con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera» de nuestra LO 4/2000, los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables,

---

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).

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando vengan sin adultos que los acompañen). Hay que cuidar la especial 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 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. En su condición de menores no acompañados, el Comité de los Derechos del niño<sup>49</sup> insiste en que si van a ser devueltos a Marruecos cuando han entrado 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 irreparable<sup>50</sup> 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 y del maltrato que puedan sufrir, el Comité considera que la necesaria apreciación del eventual riesgo de daño irreparable para el niño o niña, teniendo en cuenta los arts. 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 su sistema de protección de menores. En particular, el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE de condiciones de acogida<sup>51</sup> enumeran, de manera no exhaustiva, las personas con necesidades especiales<sup>52</sup>, como son, entre otros los menores, menores no acompañados. También la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo<sup>53</sup> recoge en el art. 15.3. a) que las personas que llevan a

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> En este sentido, *vid.* FJ 4º de la STS de 31 de marzo de 2014, REC: 2619/2013.

<sup>53</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre pro-

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 humanos (García Ruiz, 2007). Por consiguiente, vistas las consideraciones enmarcadas en las políticas de la UE y españolas en materia de asilo<sup>54</sup>, en los procedimientos de solicitud de protección internacional de los que sean especialmente vulnerables, como los menores no acompañados<sup>55</sup>, 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

---

cedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DOUE* núm. 180, de 29 de junio de 2013.

<sup>54</sup> 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](https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf) (consultado el 3 de abril de 2023).

<sup>55</sup> 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 nº 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 nº 11/2017 (CRC/C/79/D/11/2017).

superior del menor, se viene garantizando que la recogida, el tratamiento y la comunicación de la información de forma confidencial referente a estas personas 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 todo caso, 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 contemple, entre otras cuestiones, aquellas situaciones en los que el menor alcanza la mayoría de edad durante el transcurso de la tramitación de su expediente, pues era un niño en el momento de producirse los hechos que provocaron su temor a sufrir persecución y su consiguiente salida del país. Desde la perspectiva del ACNUR<sup>56</sup>, el menor que alcance la mayoría de edad durante la tramitación de su expediente de asilo, el estudio de su solicitud debe ser desde el prisma de su minoría de edad, pues la persecución se produjo durante la misma.

Para evitar resultados negativos en dichos procedimientos, si se llegara a reformar la normativa de asilo en nuestro país, 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

---

<sup>56</sup> 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.

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/UE<sup>57</sup> insiste que, para la formalización del procedimiento de asilo por menores de edad acompañados, éstos deben comparecer con su representante legal. Esta representación 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. Por consiguiente, a la vista la situación y la imposibilidad de proceder de este modo, la Oficina de Asilo y Refugio española está valorando las distintas posibilidades que permite la normativa vigente para que, de forma inmediata, sean nombrados los representantes de estos menores. En particular, para que actúen en su nombre y les asista en el examen de la solicitud de protección internacional<sup>58</sup>. 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/UE<sup>59</sup> y del art. 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre<sup>60</sup> se formalice en todo caso la petición de asilo. La infancia necesi-

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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

tada de protección internacional debe tener los mismos derechos que un adulto para presentar su solicitud de asilo 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 accedan a territorio español por puesto no habilitado (Fábrega Ruiz, 2011; Alcázar Higuera y Fábrega Ruiz, 2021). 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 y la asistencia cualificada que precisen (Durán Ruiz, 2011).

En suma, debemos insistir que estos problemas jurídicos originados por la ausencia de representante legal 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. 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 numerosos obstáculos por los agentes implicados en estos asuntos.

### **III.2. Refugio, protección subsidiaria o razones humanitarias: tres figuras de la protección internacional**

La resolución favorable a la petición de protección internacional solicitada por el menor extranjero no acompañado conlleva el reconocimiento de la condición de refugiado (art. 36 Ley 12/2009), conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951. Esta solución supone un nivel de protec-

---

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”.

ción alta para el menor solicitante de asilo.

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 porque la persecución no se ha podido demostrar que es individual, entre otras cuestiones, puede que existan 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 12/2009<sup>61</sup> (Torres Rodríguez, 2023). Esta categoría jurídica es de creación europea<sup>62</sup>, implementada por nuestra la 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 española<sup>63</sup>. De hecho, la práctica jurisprudencial establece que “para valorar la procedencia de la protección subsidiaria habrá que ponderar no tanto la credibilidad de su relato<sup>64</sup>, sino además la situación de su país de origen y el ries-

<sup>61</sup> Sobre dicha definición véase, entre otras, la STS nº 5515/2016, de 19 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5515, en <https://www.poderjudicial.es/>

<sup>62</sup> 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).

<sup>63</sup> Cfr. FJ 4º de la SAN 599/2023, de 20 de febrero de 2023, ECLI:ES:AN:2023:599, en <https://www.poderjudicial.es/>.

<sup>64</sup> 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



go de sufrir alguno de los daños graves mencionados en el art. 10 de la Ley de Asilo<sup>65</sup>.

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 indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (32.3.bis LO 4/2000). Y es que la protección concedida con el estatuto de refugiado y con la protección subsidiaria se equipara en la legislación de asilo y confiere 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 una autorización de residencia por razones humanitarias<sup>66</sup>. Esta so-

---

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 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 (C-148/13 a C-150/13, 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 C-756/21.

<sup>65</sup> STS 4608/2015, de 4 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4608, en <https://www.poderjudicial.es/>.

<sup>66</sup> 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

lución queda enmarcada en los arts. 37 de la Ley 12/2009 y el 125 del RD 557/2011, consistente en una autorización de residencia en España, otorgada por parte de Ministro de Interior a aquellas personas cuya solicitud de estatuto de refugiado o protección subsidiaria han sido denegadas. Por tanto, siempre que el Ministro del Interior la autorice, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio<sup>67</sup>, esta autorización de residencia también vendrá 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 categoría<sup>68</sup>, se puede llegar a reconocer a alguna de las figuras de la protección internacional, incluso una autorización de permanencia por razones de protección en estas especiales circunstancias. 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..."<sup>69</sup>. En todo caso, la residencia por razones humanitarias puede ser concedida sobre la base de los concretos escenarios del solicitante de asilo, como es el caso de un menor de edad no acompañado, 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 de la interesada o del

---

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 5ª de la SAN 282/2021, de 27 de enero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:282, en <https://www.poderjudicial.es/>

<sup>67</sup> 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).

<sup>68</sup> Sobre el tema véase SAN del 5 de mayo de 2021, REC:599/2019.

<sup>69</sup> STS 3836/2016 de 26 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3836, en <https://www.poderjudicial.es/>

país de origen o procedencia<sup>70</sup>.

En definitiva, a pesar de que la realidad de las personas menores extranjeras no acompañadas necesitadas de protección internacional sea extremadamente compleja, tal y como declara ACNUR, se debe procurar a esta infancia el derecho a vivir en un lugar seguro.

#### IV. 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 en el sistema español, con otra normativa promotora de los mismos, como es la de protección de la infancia, lo que genera una práctica compleja en el trato a los menores extranjeros que llegan solos a la frontera de Melilla. La titularidad de sus derechos 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. En concreto, estos puntos de fricción están, 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 las tramitaciones de la autorización de residencia y a la largo del proceso de solicitud de asilo. Estas carencias afectan a los MENAS, al otorgarles respuestas inadecuadas o discriminatorias, pero también perjudica de forma global a la política migratoria de la UE.

En este contexto, las principales preocupaciones en la materia de menores

---

<sup>70</sup> 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), en <https://www.poderjudicial.es/>, 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.

extranjeros no acompañados tienen que ver con el acceso a los diversos procedimientos, especialmente cuando se inician en 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.

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 tuteladas entre 18 y 23 años. El propósito 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.

Desde el derecho de asilo, las circunstancias en las que se encuentran los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados en situaciones fronterizas vienen ocasionando ciertos 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.

tes 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 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.

### Referencias bibliográficas

- ALCÁZAR HIGUERAS, Paula y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (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*, (1), pp. 105-140.
- BARBERO GONZÁLEZ, Iker (2021). Refugiados en contención: lógicas de (in)movilidad en materia de derecho de asilo en la Frontera Sur, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (129), pp. 179-202.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (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), pp. 97-117.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2022). La protección de los menores desplazados desde Ucrania en la Unión Europea y España a través de los instrumentos de derecho internacional privado de familia. *Revista española de derecho militar*, (117), pp. 165-212
- CHÉLIZ INGLÉS, María Carmen (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.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y BRITOS, Cristina (2019). El Derecho Internacional Privado Argentino bajo el prisma de la Convención de los Derechos del Niño:

- ¿y si 30 años son solo el comienzo?. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 23, pp. 35-62
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2021). *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (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, pp. 17-52.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2019). El sistema de protección de la infancia y la adolescencia en España y los menores extranjeros no acompañados: reformas, insuficiencias y contradicciones. En F. J. Durán Ruiz y R. Martínez Chicón (Dir.), *Menores migrantes y juventud migrante en España y en Italia*, pp. 31-52.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel (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*, 118 (2), 321-328.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (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*, Granada, pp. 865 y ss.
- FAGGIANI, Valentina (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, Ana (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), pp. 190-208.
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, Mercedes Gema (2019). Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en España: Una primera aproximación a sus significados. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, pp. 168-188.
- KLAPPER, Melissa R. (2007). *Small strangers: The experiences of immigrant children in America, 1880-1925*. Ivan R. Dee.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes (2020). Igualdad versus seguridad y control: Los menores extranjeros en Europa. En *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, pp. 219-248.

- LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ, Alicia (2013). La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados. *Revista europea de derechos fundamentales*, (21), pp. 157-180.
- PÉREZ SALOM, Roberto (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), pp. 328-338.
- PUERTA VÍLCHEZ, Juan Manuel (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, Marta (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (2), pp. 482-505.
- REQUEJO ISIDRO, Marta (2015). El reglamento (UE) nº 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*, pp. 51-70.
- RUIZ SUTIL, Carmen (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, Carmen (2016). El rechazo en frontera o la denominada devolución en caliente y su regulación en la LOEX. *REDI*, 118 (2), pp. 329-336.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (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, pp. 1-429.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2021). La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados. *Anuario de filosofía del derecho*, pp. 463-485.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2022). Undocumented migrant persons claiming to be minors: jurisdiction, applicable law, and cooperation. *Spanish Yearbook of International Law*, (26), pp. 91-108.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía (2023a). *Competencia y cooperación internacional de autoridades el interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación. Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*. Tirant Lo Blanch, pp. 693-730, p. 719 y ss.
- TORRES RODRÍGUEZ, Ana (2023b). 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, Alfonso (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 101-130.

WERNER, Emmy E. (2009). *Passages to America: oral histories of child immigrants from Ellis Island and Angel Island*. Potomac Books, Inc.

### Documentos

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](https://lamercedmigraciones.org/images/IMG-lamerced/Noticias/Informe-PSR/INFORME_COLECTIVOS_VULNERABLES_18_12_19.pdf)

COLLANTES MATEOS, 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>

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>

GARCÍA RUIZ, Yolanda (2007). Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. *Fundación Alternativas*, 29, pp. 1-50. <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlimport-IXkVH8.pdf>