

LA MAYORÍA DE EDAD: UN MAL SUEÑO PARA LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS*

THE LEGAL AGE: A NIGHTMARE FOR THE UNACCOMPAINED MINORS WHO ARE NATIONALS OF THIRD COUNTRIES

MÒNICA VINAIXA MIQUEL

*Profesora Agregada interina de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra*

ORCID ID: 0000-0002-2132-7585

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>

Resumen: El objeto del presente estudio es analizar la situación de desprotección y los problemas con los que se encuentran los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) a partir del día que cumplen dieciocho años de edad, momento a partir del cual pasan a formar parte de un nuevo colectivo, el de los llamados ex MENA. También se examinan las soluciones actuales existentes en España y en la Comunidad Autónoma de Catalunya para ayudar y acompañar a los miembros de este colectivo en la fase de transición a la vida adulta, así como la regularización de su situación en el territorio español y la eventual adquisición de la nacionalidad española. Para la culminación de ambos procesos, estos jóvenes tienen que demostrar su integración en la sociedad española, requisito que, en la mayoría de los casos, es de difícil cumplimiento a la luz de la falta de formación, del bajo nivel de conocimiento de la lengua española y, en definitiva, de las circunstancias personales en las que se encuentran.

Palabras clave: Menor Extranjero No Acompañado (MENA), interés superior del menor, mayoría de edad, desamparo, regímenes de acogida, autorización de residencia, autorización de trabajo, nacionalidad española.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the situation of vulnerability and the problems that the Unaccompanied Foreign Minors, who are nationals of third countries, encounter from the moment they turn eighteen. The current solutions existing in Spain and in the Autonomous Community of Catalonia to help the Unaccompanied Foreign Minors along the transition period to adult life, are also analyzed. In addition, the analysis comprises the regularization of their situation in the Spanish territory and the eventual acquisition of Spanish nationality. For the completion of both processes, these young people have to demonstrate their integration in the Spanish society, a requirement that, in most cases, is difficult to comply with taking into account their lack of work experience, education, knowledge of the Spanish language and, in general, all the circumstances around them.

Keywords: unaccompanied minors who are nationals of third countries, the best interests of the child, child protection, legal age, protection regimes, residence authorization, work authorization, Spanish citizenship.

* La presente contribución se enmarca en el proyecto de investigación DER 2014-55573-R, financiado por el MEC y dirigido por el Dr. Josep Ferrer i Riba.

Sumario: I. Introducción. II. Los menores extranjeros no acompañados (MENA). 1. El concepto de MENA. 2. Condiciones para formar parte del colectivo MENA. A) Deben ser extranjeros o apátridas. B) Deben ser menores de 18 años. C) No deben estar acompañados. III. El régimen de protección de los MENA. 1. La repatriación. 2. La permanencia en el territorio español. IV. El desamparo de los MENA cuando adquieren la mayoría de edad. 1. Lugar donde vivir y regímenes de acogida. A) La tutela familiar. B) La tutela residencial. C) El retorno con la familia o al país de origen o de procedencia. D) Los pisos tutelados o asistidos. E) La extensión del programa de mentorías previsto para los refugiados. F) La vida en la calle. 2. La autorización de residencia. A) El MENA es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad. B) El MENA no es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad. 3. La autorización de trabajo. 4. La adquisición de la nacionalidad española. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Los menores de edad que se encuentran en España deben ser objeto de protección no sólo por parte de sus progenitores o representantes legales, sino también por parte de las autoridades públicas estatales dedicadas a la protección del menor. El art. 39 de la Constitución Española¹ recoge la obligación de protección de los menores como una responsabilidad compartida de la familia y de los poderes públicos y obliga a España al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989² y de otros instrumentos internacionales sobre protección de menores³.

2. En particular, por lo que se refiere a los menores de edad extranjeros, éstos pueden encontrarse en el territorio español en situaciones muy distintas⁴, pero, sin duda alguna, la situación que en la actualidad más preocupa a las autoridades españolas, tanto estatales como autonómicas, es la de los menores extranjeros no acompañados, comúnmente conocidos como MENA. Este fenómeno afecta a toda la Unión Europea, pero en algunos Estados miembros, como es el caso de España, más que en otros⁵.

En los últimos años, una de las principales preocupaciones con respecto al crecimiento de la inmigración en España ha sido, precisamente, el aumento del número de MENA que acceden al territorio español huyendo de sus países de origen para evitar los efectos negativos que puede tener para su desarrollo personal y educativo su entorno familiar (por ejemplo, por drogadicción, prostitución, malos tratos, etc.); por la situación política e incluso, en algunos casos bélica, de su país; por problemas económicos; desastres naturales ocurridos en su país, etc.⁶. En muchos casos, además,

¹ El art. 39 de la Constitución Española establece “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

² Vid. Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³ Vid. A. TRIGUERO MARTÍNEZ Y R. VELA DÍAZ (Coord.), *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, Junta de Andalucía, Consejería de Justicia e Interior, pp. 1-180, p. 15, publicado en <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupal-jda/Tratamiento%20normativo%20y%20social%20menores%20inmigrantes.pdf>

⁴ En España hay menores que se encuentran en situación de estancia en el marco de programas humanitarios, ya sea con la finalidad de recibir un tratamiento médico o de pasar unas vacaciones, o bien en situación de estancia por estudios o con fines de escolarización; y menores extranjeros que son hijos de extranjeros cuyo tratamiento o régimen de protección depende de si han nacido o no en España y de si su progenitor se encuentra o no en situación regular en el territorio español.

⁵ Vid. Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), SEC (2010) 534, Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final, pp. 16, p. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0213>.

⁶ En junio de 2018 el Gobierno español creó una nueva Comisión de asuntos para las migraciones, cuya primera reunión se celebró en el mes de julio con la finalidad de elaborar un informe que sirviera de guía de Trabajo para el encuentro celebrado una semana después con la comisión sectorial de inmigración en la que participan las Comunidades Autónomas. En esta reunión se llegó a la conclusión de que, en defensa del interés del menor, es necesario desarrollar un esfuerzo coordinado entre las diferentes administraciones responsables para asegurar la atención más adecuada, sin saturar los Servicios de las Comunidades Autónomas más afectadas. Los ejes de la nueva política migratoria son mantener la seguridad de las fronteras y respetar los

éstos acceden o se encuentran en el territorio español en condiciones infrahumanas o en situación de abandono⁷.

3. En un principio, el Estado español recibía a inmigrantes adultos o mayores de edad, sin embargo, desde los años noventa, una gran parte de la población que llega del extranjero está constituida por menores de edad. La mayoría de ellos proceden de Marruecos, tienen entre 14 y 17 años de edad y, predominantemente, son de sexo masculino, a pesar de que cada vez hay más chicas que forman parte de este colectivo⁸. La llegada de los MENA ha obligado a las autoridades españolas a tener presente el interés superior del menor en la regulación de los flujos migratorios y a plantearse hasta qué punto el sistema de protección a la infancia responde de manera adecuada a las necesidades y demandas de este colectivo o, si de lo contrario, es necesario articular nuevas modalidades de protección⁹. A día de hoy, las Comunidades Autónomas que mayor número de MENA reciben en su territorio son, por orden, Andalucía, País Vasco, Catalunya, Madrid y la Comunidad Valenciana, según datos recogidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017.

4. Todos los menores extranjeros que se encuentran en el territorio español, con independencia de la situación en la que se hallen, quedan sujetos a la normativa nacional, regional, europea e internacional suscrita por España en materia de protección de menores sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, etc., tal y como se desprende del art. 1 y del art. 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)¹⁰. En España, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia para proteger a todos los menores de edad que se encuentren en su territorio, con independencia de la nacionalidad que ostenten o de que sean apátridas.

5. Con fecha 31 de diciembre de 2016 figuraban inscritos en el Registro de MENA¹¹ un total de 3997 niños y niñas sometidos al régimen de tutela o acogimiento por los servicios de protección¹². Durante los años 2016 y 2017, las llegadas irregulares a las costas españolas se incrementaron en un 170% como consecuencia del cierre de otras rutas del Mediterráneo. El incremento del número de MENA que llegan a España ha desbordado completamente el sistema de acogida y se ha convertido en uno de los

derechos humanos. Vid. A. DIEZ, “Más de 7000 menores solos desafían la red de acogida”, *El País*, 2 de agosto 2018, pp. 1-5, p. 2 y 3, en https://elpais.com/politica/2018/08/02/actualidad/1533219085_007259.html y “Asciende a 7000 la cifra de menores extranjeros no acompañados en España”, 2 de agosto de 2018 en <https://www.publico.es/sociedad/asciende-7000-cifra-menores-extranjeros-no-acompanados-espana.html>, pp. 1-2, pp. 1 y 2.

⁷ Vid. J.J. ZABALA GUADALUPE, “La repatriación de menores extranjeros no acompañados”, XXIX Jornadas de Estudio, Derecho en Inmigración e Integración, celebradas del 21 al 23 de noviembre de 2007, Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Judicial del Estado, 2008, pp. 455-479, p. 455.

⁸ Vid. S. SAROLEA, “Les mineurs étrangers non accompagnés. Principes en Droit international et européen”, en *La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*, J. OUHIDA (Coord.), Publication du Groupe de Recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et Séminaires n°1, 2014, p. 9-22, p. 9.

⁹ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la reforma (de 2009) de la Ley de Inmigración”, en *La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*, J. OUHIDA (Coord.), Publication du Groupe de Recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et Séminaires n°1, 2014, pp. 35-58, p. 36.

¹⁰ BOE núm. 15, de 17 de noviembre de 1996. Según el art. 1 LOPJM “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. Y, el art. 3.1 LOPJM establece que “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia”.

¹¹ Según el art. 215 LOEx, el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados tiene, exclusivamente, como finalidad la identificación de los MENA. El Registro está coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en base al art. 35 LOEx en el ámbito de su función de garantía de protección del interés superior del menor.

¹² Vid. M. PAGONABARRAGA, “Menores Extranjeros No Acompañados: una situación límite”, Centre d’Estudis Cristianisme i Justícia, Papeles núm. 245, 1 de mayo de 2018, pp. 1-4, p. 2, en <https://www.cristianismejusticia.net/es/menores-extranjeros-no-acompanados-una-situacion-limite>. M. Pagonabarraga es Abogada de la Dirección General de Atención a la Infancia en Catalunya (DGAIA) y miembro del equipo del área social de Cristianisme i Justícia.

retos en materia de asuntos sociales que en la actualidad afronta tanto el Gobierno español como los gobiernos de las Comunidades Autónomas receptoras de miembros de dicho colectivo. En el año 2018 la cifra prácticamente se duplicó, al contabilizarse 7000 MENA en el territorio español.

6. En Catalunya, concretamente, en el año 2018 llegaron 3600 menores no acompañados, más del doble que en 2017. Pero, lo más preocupante es que el Informe del Síndic de Greuges alerta que durante el 2019, si se sigue la tendencia actual, podrían llegar a entrar entre unos 5400 y 6000 jóvenes más. En Catalunya, en un solo día se atienden 3.166 MENA en 125 Centros¹³.

La intención de las autoridades catalanas es anunciar un plan de urgencia que permita ampliar el número de plazas en los centros, así como la dotación presupuestaria para poder afrontar la situación, aunque el Síndic de Greuges de Catalunya en su Informe al Parlament de 2018, puso de manifiesto que todos los esfuerzos serán insuficientes puesto que en el año 2019 se prevé que se registren cifras récord¹⁴. Actualmente, en Catalunya se está trabajando con la idea de abordar este problema de manera transversal, es decir, a través de la participación de todos los departamentos de la Generalitat¹⁵. Concretamente, se está tramitando la adopción de un Decreto en el que se detallarán las medidas encaminadas a favorecer la integración de este colectivo y a lograr su recuperación emocional. Las autoridades catalanas entienden que para ello es necesario que los distintos departamentos de la Generalitat participen para mejorar la situación en la que se encuentran los miembros de este colectivo.

Desde hace unos meses la Direcció General d'Atenció a la infància (DGAIA) trabaja con Afers Exteriors y con la Secretaria de Migraciones para ver cómo se puede mejorar y recuperar el programa Catalunya-Magreb (que funcionó de 2005 a 2012 para reducir las migraciones infantiles con iniciativas sociales y educativas en Marruecos). Se trata de hacer ver al colectivo MENA que en Marruecos también tienen oportunidades y de generar recursos para que se formen en su país de origen¹⁶. También se pretende informar de cuál es la realidad en Catalunya y España a los jóvenes que quieren dejar su país de origen, así como romper con según qué expectativas. El futuro Decreto también pretende poner en marcha otras medidas, entre las cuales destaca la apertura de plazas de justicia juvenil, crear un equipo ambulatorio de diagnóstico de salud mental y la posibilidad de acceder a la vivienda pública. También se está tratando con interior el tema de las pruebas de determinación de la edad, más en la línea de lo que propugnan ONG como *Save the Children* –que proponen llevar a cabo una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño por parte de pediatras y especialistas- que no en el protocolo dictado por el Gobierno español, centrado en la realización de pruebas médicas. La DGAIA también está trabajando con el Departament d'Ensenyament para lograr un reparto territorial de los niños más equitativo y para reforzar las aulas. Las autoridades catalanas quieren garantizar la atención de los MENA y, sobretodo, su inclusión, lo cual exige movilizar recursos de todo tipo. Y el motivo es que “estos jóvenes han venido para quedarse, no están aquí de paso”¹⁷. Con este objetivo, el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya acaba de diseñar la denominada *Estratègia catalana per l'acollida i la inclusió*, una herramienta en la que participan sindicatos, entidades sociales y colegios profesionales para encauzar la autonomía de estos jóvenes migrantes¹⁸.

¹³ Vid. R. M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *La Vanguardia*, Viure, 19 de noviembre de 2018, p. 5; R.M.^o BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *La Vanguardia*, 1 de febrero de 2019, Viure, p. 3.

¹⁴ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2018*, pp. 1-366, p. 114. El texto del Informe al Parlament, 2018 puede encontrarse en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5012/Informe%20al%20Parlamento%202017%20cast.pdf>; J. CATÀ, “Cataluña prepara un plan urgente para menores extranjeros no acompañados”, 13 de junio de 2018, pp. 1-3, en https://elpais.com/ccaa/2018/06/13/catalunya/1528908870_854884.html; R.M.^o BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁵ Vid. R.M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁶ Sobre la necesidad de buscar soluciones en el país de origen Vid. el Apartado núm. 5 de la Exposición de motivos del Protocolo sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, de 13 de octubre de 2014 (*BOE* núm. 251, de 16 de octubre de 2014); M.^a T. SALCES RODRIGO, “Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados”, en *SAVE THE CHILDREN* (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007, pp. 1-118, pp. 109-118, p. 117. Esta publicación fue el resultado de las Jornadas que bajo el mismo título se celebraron en Sevilla el 22 y 23 de noviembre de 2007; y R. M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁷ Tal como señala Georgina Oliva, Secretaria de Infància, Adolescència y Joventut de la Generalitat de Catalunya en la entrevista realizada por R.M.^a BOSCH, *Ibid.*, p. 5.

¹⁸ Vid. R. M.^a BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

7. El interés superior del menor es un principio de Derecho internacional que se encuentra reconocido por las normas internacionales, de la Unión Europea y por las normas de origen estatal pertenecientes tanto al ámbito civil y administrativo, como al ámbito penal. Según el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1989, “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁹. De conformidad con la citada disposición, desde hace algunos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la finalidad de garantizar una mayor protección a los MENA que se encuentran en Europa en situación de desamparo, ha venido trazando las pautas que deberían seguir los legisladores estatales a la hora de legislar sobre esta materia²⁰.

8. La vulnerabilidad que caracteriza a este colectivo justifica que éstos no sólo se beneficien de un régimen de protección específico, inspirado en el principio de la protección del interés superior del menor²¹, sino también de un régimen de extranjería más favorable que el aplicable a los extranjeros mayores de edad que se encuentran en España en situación irregular²². La normativa sobre extranjería aplicable a los MENA prioriza su condición de “menores no acompañados” por encima de su estatuto de extranjeros²³. En aplicación de este régimen especial de extranjería, ningún menor de edad puede ser objeto de una medida de expulsión como sanción, aunque no esté acompañado ni disponga de la documentación que acredite su estancia legal en España, (art. 35 LOEX y arts. 189 a 197 RLOEx). Los MENA tampoco pueden ser objeto de una devolución en caliente, pero sí que pueden ser repatriados²⁴. No obstante, como veremos más adelante, en la práctica los miembros de este colectivo acaban siendo tratados más bien como inmigrantes que como menores²⁵.

9. En España, el tratamiento y la protección de los MENA durante su minoría de edad es, tal como se ha destacado, una de las principales preocupaciones del Estado y de las Comunidades Autónomas. Pero, a nuestro juicio, uno de los problemas más complejos con el que se enfrenta este colectivo es el relativo a cómo deben afrontar la mayoría de edad desde el momento en que cumplen los 18 años de edad. Esta preocupación surge debido a que el principio del interés superior del menor tiene una fecha de caducidad, es decir que, queda automáticamente desactivado a partir del momento en que el menor cumple los 18 años de edad. A partir de este momento, los MENA –que ya no son MENA, sino ex MENA –, quedan excluidos del régimen de protección y del régimen de extranjería específico del que se benefician mientras son menores²⁶, derivándose, en muchos casos, graves consecuencias para sus vidas y, en ocasiones, incluso, para la vida de la sociedad en general. En definitiva, el elemento clave para identificar a los MENA y activar el sistema de protección no es el hecho de estar desamparados ni

¹⁹ Vid. el Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²⁰ Vid. F.J. Díez Morrás, “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Revista Española de Derecho Universidad de la Rioja (REDUR)*, diciembre, 2012, núm. 10, pp. 95-104, p. 102.

²¹ Vid. P. Rodríguez Mateos, P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 484 y 485; E. Pallarés Vaquero, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 33-47, p. 33.

²² Vid. L. Garau Juaneda, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *VVAA, La situation juridiques des enfants migrants non accompagnés*, Pr. Jamila Ouhida (Coord.), Group de recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et séminaires, n° 1, 2014, pp. 81-90, p. 81; G. Esteban de la Rosa, “La situación de los menores no acompañados en España. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la reforma (de 2009) de la Ley de inmigración”, *loc. cit.*, p. 37.

²³ Vid. L. Garau Juaneda, el régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *loc. cit.*, p. 81.

²⁴ Vid. A. Triguero Martínez y R. Vela Díaz (Coord.), *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, op. cit., p. 15.

²⁵ Vid. P. Manrique, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 2. Se trata de un artículo que recoge la opinión y las sugerencias de Núria Empez, Coordinadora del libro *Dejados crecer (Virus 2014)*, relativo a los MENA. En el citado libro se pone de relieve el vía crucis por el que este colectivo debe pasar, incluso cuando queda sometido al régimen de protección de las autoridades españolas, <https://www.diagonalperiodico.net/libertades/25246-tratan-menores-como-problema-del-protegerse.html>.

²⁶ Vid. Artículos 35 y 62.4 LOEX y artículos 189 a 196 y 215 RLOEx.

tampoco el de ser extranjeros, sino la determinación de su edad y, más concretamente, la constatación de que son menores de 18 años.

En muchos de los casos, durante el proceso de identificación surgen dudas acerca de la edad de los jóvenes inmigrantes que se encuentran en España en situación de desamparo, siendo el Ministerio Fiscal el órgano competente para ordenar, si lo considera conveniente, que se practiquen las pruebas oportunas para su determinación (art. 35.3 LOEX).

10. Son pocos los MENA que, al llegar a España, solicitan protección internacional. En el año 2015, de 334 MENA tutelados, sólo 25 solicitaron este tipo de protección. Los motivos del escaso número de solicitudes son, principalmente, la falta de información por parte de las autoridades españolas de todos sus derechos –los menores no son informados de la posibilidad de obtener asilo–, el miedo a que se les deniegue dicha protección y, en consecuencia, el pánico a ser repatriados a su país de origen o de procedencia. La situación de los MENA que solicitan asilo en España, no obstante, no es objeto de análisis en el presente trabajo²⁷.

11. En la actualidad, y desde hace algunos años, dar respuesta a la pregunta ¿Qué hacer con los MENA cuando cumplen los 18 años? constituye uno de los grandes retos políticos²⁸. El objeto de nuestro trabajo no es profundizar en el régimen de protección previsto por la legislación española para los MENA, sino destacar la situación de desprotección y los problemas con los que se encuentran los miembros de este colectivo una vez adquieren la mayoría de edad. El presente estudio centra la atención en las soluciones que en la actualidad se contemplan en España y en algunas Comunidades Autónomas, como Catalunya, para ayudar y acompañar a los miembros de este colectivo hasta que son autónomos o independientes, valorándose hasta qué punto las soluciones actuales son o no suficientes y adecuadas tanto para los propios ex MENA como para la sociedad en general.

12. Para los jóvenes españoles cumplir 18 años supone el inicio de una nueva etapa que se afronta con entusiasmo e ilusión por cuanto, teóricamente, representa el acceso a la emancipación y a la vida independiente. En cambio, para los MENA, particularmente para aquellos que han estado bajo la tutela de un centro de acogida, la llegada de este momento viene a suponer como un salto al vacío por cuanto, como se ha destacado anteriormente, por el simple hecho de haber dejado de ser menores estos jóvenes ya no pueden beneficiarse del régimen de protección al que han estado sometidos durante su minoría de edad²⁹.

13. Actualmente, una de las soluciones para evitar que los MENA queden en situación de desamparo al llegar a la mayoría de edad es la de prolongar el régimen de protección al que han estado sometidos con anterioridad. Otra de las soluciones es la de articular un nuevo régimen de protección o de acompañamiento atendiendo a las nuevas circunstancias de estos jóvenes. El problema es encontrar el sistema más adecuado y afrontar el coste de su implementación. Tanto la ampliación de los regímenes de protección de menores como la articulación de nuevos sistemas de protección específicos para mayores de edad requiere, principalmente, que el gobierno español y los gobiernos de las Comunidades Autónomas destinen más recursos económicos para poder contar con más infraestructuras y con personal especializado en cuidar y acompañar a los miembros de este colectivo³⁰. En cualquier caso, con independencia del régimen que se adopte, es preciso que se tengan en cuenta las circunstancias personales del ex MENA.

²⁷ Al respecto Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2017, V. 9 núm. 2, pp. 482-505.

²⁸ Vid. “Y cuando cumplen los 18 ¿qué?”, *El Faro Ceuta*, pp. 1-3, p. 2.

²⁹ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, Trabajo de Fin de Grado. Grado en Educación Social, UAB, junio 2015, p. 2.

³⁰ El Presupuesto para 2018 en el área de Inmigración y Emigración ascendió a 380,49 millones de euros, lo que representó un incremento del 1,9% con respecto al ejercicio anterior. Concretamente, por lo que se refiere a la protección de los MENA, se incrementó en un 87%, pasando de 3,45 millones de euros en 2017 a 6,45 millones en 2018. Vid. “La dotación para la protección de los ‘menas’ se incrementa hasta los 6,45 millones”, en <http://elpueblodeceuta.es/not/28757/la-dotacion-para-la-proteccion-de-los-lsquo-menas-rsquo-se-incrementa-hasta-los-6-45-millones/>, 23 de abril de 2018.

II. Los menores extranjeros no acompañados (MENA)

1. El concepto de MENA

14. Para abordar la delicada situación en la que se encuentran los MENA a partir del momento en que cumplen los 18 años de edad, previamente resulta imprescindible precisar quiénes son los MENA y destacar las condiciones que deben cumplir los miembros que forman parte integrante de este colectivo.

La mayoría de los textos que resultan aplicables a los miembros que integran este colectivo tienen en común que parten de una noción propia y autónoma de MENA y que prescinden de las normas de conflicto sobre la ley aplicable al estado y capacidad de las personas físicas a efectos de determinar su minoría/mayoría de edad.

La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros³¹, define a los MENA como “a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos”. La citada Resolución también considera como MENA “a los menores nacionales de terceros países que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos”.

Esta definición fue la utilizada por el legislador español al adoptar el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEx), tras su reforma por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Según el art. 189 RLOEx, “es MENA el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

La noción de MENA también se encuentra definida en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, cuyo artículo 2 f) dispone que, a efectos de su aplicación “es menor no acompañado, el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros”³².

La citada disposición, recientemente, ha sido objeto de interpretación por parte del TJUE en la STJUE de 12 de abril de 2018. C-550/16, *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*³³, en cuyo pronunciamiento el tribunal establece que “el artículo 2, letra f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en relación con el artículo 10, apartado 3, letra a), de ésta, debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de “menor”, a efectos de esta disposición, al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tenía menos de 18 años, pero que, durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado”.

En este asunto, una menor de edad no acompañada y procedente de Eritrea entró en el territorio de los Países Bajos y presentó una solicitud de asilo. Con posterioridad, la menor alcanzó la mayoría de edad y, seguidamente, las autoridades holandesas le concedieron una autorización de residencia en virtud del derecho de asilo que le había sido reconocido. Dicha autorización era válida por un período de cinco años a contar desde la fecha de la solicitud de asilo. A continuación, siendo ya mayor de edad, una organización holandesa presentó, en nombre de la interesada, una autorización de residencia temporal

³¹ DOCE N° C 221, de 19 de julio de 1997, pp. 23-27.

³² DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12 a 18.

³³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C32EA8182EE94AABC28341A92F70230B?text=&docid=200965&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11141205>.

para sus padres y para sus tres hermanos menores, al amparo del derecho a la reagrupación familiar. Dicha solicitud le fue denegada por las autoridades holandesas debido a que en la fecha de la presentación de la solicitud aquélla era mayor de edad. La resolución denegatoria fue objeto de recurso ante el alto órgano jurisdiccional holandés, el cual, ante los problemas de interpretación del art. 2.f de la Directiva 2003/86/CE, acudió al TJUE. La cuestión objeto de debate era cuál debía ser la fecha a tener en cuenta para determinar si una persona puede ser calificada como “menor no acompañada”, la fecha de su entrada en el Estado miembro de que se trata o la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar. Según se desprende del pronunciamiento del TJUE, la edad que debe tenerse en cuenta es la que el interesado tiene en el momento de presentar la solicitud de asilo, no la del momento en el que el asilo le es concedido formalmente ni tampoco la del momento de solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar. La solución articulada por el TJUE garantiza un trato idéntico y previsible a los menores que se encuentran cronológicamente en la misma situación, al asegurar que el éxito de la demanda de reagrupación familiar dependa, sobre todo, del solicitante, no de la Administración³⁴. En definitiva, la conclusión a la que llega el Tribunal de Luxemburgo es que los menores extranjeros no acompañados que reciben asilo en la Unión Europea mantienen su derecho a la reagrupación familiar incluso cuando han alcanzado la mayoría de edad.

Según el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA (Protocolo Marco)³⁵, la noción de menor extranjero no acompañado (MENA) se refiere “al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el artículo 189 RLOEx”.

La Observación General nº6 del Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen, elaborada por el Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas en el año 2005, establece que los “niños no acompañados”, o también llamados “menores no acompañados”, “son los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”³⁶. El citado texto se remite al art. 1 de la Convención sobre Derecho del niño de 20 de noviembre de 1989, que, a efectos de su aplicación, a diferencia de los otros textos normativos, parte de una perspectiva conflictual al definir el concepto de “niño”. Según el art. 1 Convención, es niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁷.

2. Condiciones para formar parte del colectivo MENA

15. Según se desprende de la definición de MENA que incorporan la mayoría de los textos normativos referenciados en el apartado anterior, las condiciones que de manera acumulativa deben cumplir los jóvenes extranjeros para ser considerados como miembros integrantes del colectivo MENA son, esencialmente, tres. Deben ser extranjeros o apátridas, menores de 18 años y no deben estar acompañados.

A) Deben ser extranjeros o apátridas

16. Los MENA son jóvenes que no ostentan la nacionalidad española y que no han nacido en el territorio español. Es decir, son extranjeros o apátridas. La mayoría de los MENA que se localizan o encuentran en el territorio español proceden de Marruecos y de otros países del Magreb, como Argelia,

³⁴ Apartado núm. 60 de la STJUE de 12 de abril de 2018, C-550/16, *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

³⁵ Vid. Resolución de 13 de octubre de 2014 de la subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

³⁶ Observación General nº6 (2005) del *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen* del Comité de los Derechos del niño., 39º período de sesiones, de 17 de mayo a 3 de junio de 2005, III-7 y 9, p.6 en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

³⁷ Vid. el Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

aunque cada vez hay más MENA procedentes de países del África subsahariana, como Senegal, Ghana y Nigeria³⁸, así como también de América del Sur y de países de la Europa del Este³⁹.

17. Según la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, quedan excluidos de su propio ámbito personal de aplicación, “los nacionales de terceros países, familiares de nacionales de un Estado miembro de la UE, así como también los nacionales de un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y sus familiares, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos, cuando ejerzan su derecho de libre circulación en virtud del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, respectivamente”.

El Protocolo Marco únicamente considera como menores extranjeros no acompañados aquellos que no se encuentran sometidos al régimen de la Unión Europea previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (Capítulo III, Apartado 2º del Protocolo). Es decir, son MENA los nacionales de terceros Estados que no sean miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴⁰. Algunos menores extranjeros no acompañados proceden de Rumanía, país que entró a formar parte de la UE en el año 2007. Estos menores, a partir de la citada fecha, ya no son considerados extranjeros ni, por consiguiente, como miembros integrantes del colectivo MENA en sentido estricto⁴¹. Los MENA beneficiarios del régimen UE quedan sujetos al régimen específico previsto en el Capítulo III del Protocolo Marco.

B) Deben ser menores de 18 años

18. Los MENA son jóvenes menores de 18 años. A pesar de que el estado y la capacidad de las personas físicas en España se rige por su ley nacional (art. 9.1 C.c)⁴², las normas que definen a este colectivo ofrecen una regulación material o sustantiva, propia o autónoma que fija los 18 años como edad en la que los individuos dejan de ser menores. Por consiguiente, aunque el extranjero, según su ley nacional, no haya alcanzado todavía la mayoría de edad al cumplir los 18 años⁴³, será considerado como un MENA por parte de las autoridades españolas en base al art. 189 del RLOEx.

19. De los distintos elementos que definen a los MENA, el que más problemas de comprobación plantea en la práctica es, sin duda alguna, el de la determinación de la edad. El elemento clave a efectos de activar el régimen de protección previsto para los MENA es comprobar que el individuo tiene una edad inferior a los 18 años⁴⁴. En España, el procedimiento a seguir para determinar la edad de los extranjeros que se encuentran solos o no acompañados en el territorio español se encuentra regulado en el art. 190 RLOEx.

20. En los casos en los que los individuos aportan su pasaporte o documentación personal y en tales documentos consta su fecha de nacimiento, en principio, si la documentación no es falsa y, además, por la apariencia se aprecia claramente que el individuo es un menor, su edad ya queda correctamente

³⁸ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, VVAA, *La situation juridiques des enfants migrants non accompagnés*, Pr. Jamila Ouhida (Coord.), Group de recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et séminaires, nº1, 2014, pp. 59-80, p. 59; M. PAGONABARRAGA, “Menores Extranjeros No Acompañados: una situación límite”, *loc. cit.*, p. 2.

³⁹ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 59.

⁴⁰ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, *op.cit.*, p. 488; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 59.

⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

⁴² Según el art. 9.1 C.c., “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida conforme a la ley personal anterior”.

⁴³ En los Estados miembros de la UE, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. En España así lo establece el art. 12 CE y el art. 315 C.c. Sin embargo, hay algunos países en los que la mayoría de edad se adquiere en una edad inferior a los 18 años (Albania, Nicaragua, Uzbekistán o Kirguistán), y otros en los que se adquiere en una edad superior (Corea del Sur, Japón, Estados Unidos).

⁴⁴ Vid. Fundación Raíces, *Sólo para estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, pp. 1-95, p. 40.

determinada. Sin embargo, en algunas ocasiones las autoridades españolas no han considerado como válida la fecha de nacimiento que consta en los pasaportes que aportan los extranjeros. Otro de los problemas que se plantea en la práctica es que, con frecuencia, los extranjeros entran o se encuentran en el territorio español indocumentados, resultando muy difícil determinar cuál es exactamente su edad y, por consiguiente, constatar si son menores o mayores de 18 años. En la práctica, se entiende por indocumentado tanto quien carece de toda documentación identificativa, como quien aporta un pasaporte o documentación similar que pueda resultar falso⁴⁵.

21. El TS en muchas ocasiones se ha pronunciado a favor de la fuerza probatoria del pasaporte u otra documentación mientras no se haya impugnado la autenticidad de dichos documentos⁴⁶. Si las autoridades españolas tienen indicios sobre la falsedad de la documentación aportada por el extranjero e incluso sospechan de la ausencia de rigor en los controles seguidos en el estado de origen para su expedición, pueden solicitar el poder contrastar los datos de los pasaportes con los registros públicos del Estado de origen del supuesto menor, siendo para ello necesario solicitar la cooperación de las autoridades de dicho Estado⁴⁷. Asimismo, si las autoridades españolas dudan de la edad del supuesto menor, pueden incluso solicitar la realización de pruebas médicas como, por ejemplo, la medición ósea de su muñeca. El problema es que en muchos casos las pruebas médicas a las que estos sujetos quedan sometidos son muy invasivas e incluso pueden tener efectos secundarios en su salud. Asimismo, el procedimiento que conlleva su realización es tan largo que, en algunos casos puede suceder que el extranjero haya entrado en el territorio español siendo menor de edad y que ya haya cumplido los 18 años en el momento en que los resultados de las pruebas médicas a las que ha sido sometido están disponibles.

El TS, en la sentencia de 23 de septiembre de 2014⁴⁸, vino a establecer la doctrina jurisprudencial siguiente: “El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues cabe cuestionar, sin una justificación razonable, por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. [...] En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad»⁴⁹. Sin embargo, a pesar del criterio establecido al respecto por el TS en la citada sentencia y reiterado en sentencias posteriores⁵⁰, el Defensor del pueblo ha denunciado que en la actualidad las pruebas radiológicas siguen utilizándose en exceso para la determinación de la edad de los migrantes⁵¹.

⁴⁵ El Capítulo II, Apartado sexto, punto 2 del Protocolo Marco enumera las circunstancias en las que los pasaportes y documentos no son suficientes para reconocer la condición de menor de edad y de filiación.

⁴⁶ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 488.

⁴⁷ Vid. Fiscalía del Estado, Unidad de extranjería, *Menores Extranjeros No Acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad*. <http://web.icam.es/bucket/VALORACIÓN%20DOCUMENTOS%20IDENTIDAD%20EXTRANJEROS.pdf>.

⁴⁸ Vid. STS núm. 453/2014, de 23 de septiembre de 2014 (recurso núm. 1382/2013), ROJ: STS 3818//2014.

⁴⁹ Vid. A. DE PALMA DEL TESO Y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del TS”, *RJC*, 2015, núm. 3, pp. 39-65; y D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a las STS, Sala 1.ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec. 280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014; M^aA. CEBRIÁN SALVA, *Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física* pp. 367-376, https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013.

⁵⁰ Vid. la STS núm. 452, de 24 de septiembre de 2014 (recurso 280/2013), ROJ: STS 3817/2014; y la STS núm. 411/2015, de 3 de julio de 2015 (recurso 341/2014), ROJ: STS 3160/2015. En esta última sentencia, el TS fundamentó su decisión en la doctrina jurisprudencial emitida en la STS de 23 de septiembre de 2014, al admitir el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, de nacionalidad marroquí, contra la sentencia del tribunal de 1ª instancia núm. 19 de Barcelona, y estimar la demanda formulada por el mismo contra la DGAIA. Según el alto órgano jurisdiccional, cuando dicha autoridad dictó la resolución de 3 de marzo de 2011, el demandante era menor de edad y, por lo tanto, debía haber quedado bajo la protección que la ley dispensa a los MENA.

⁵¹ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 5.

22. Según el art. 12.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, modificada por la Ley 26/2015, de 22 de julio, “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”. A través de este precepto el legislador español vino a establecer que la presunción de minoría de edad debe prevalecer en todos los procedimientos de determinación de la edad, hasta que ésta no quede determinada. Si no se puede constatar que la persona es mayor de edad, se presume que es menor de edad⁵².

Es muy importante que las autoridades españolas no cometan errores en la determinación de la edad, particularmente con respecto a los adolescentes entre 16 y 17 años que por su complexión física puedan parecer mayores de edad. Un error en la determinación de la edad de estos jóvenes marcará su futuro en la medida que, en lugar de beneficiarse del régimen de protección previsto para los MENA, tendrán que afrontar las dificultades y los inconvenientes que sufren los inmigrantes mayores de edad, cuando en realidad son menores⁵³.

23. El problema es que las autoridades, tanto las españolas como la del país de origen del menor, no siempre actúan correctamente, sino movidas por intereses estatales. Las autoridades españolas en muchas ocasiones concluyen que el individuo es mayor de edad a efectos de excluirlo del régimen de protección del que se benefician los MENA. Es decir, que hacen todo lo posible para que se declare su mayoría de edad con el objetivo de quitárselos de encima cuanto antes⁵⁴. Contrariamente, las autoridades del Estado de origen en muchos casos certifican que es menor de edad un individuo que en realidad es mayor de edad, llegando incluso a falsificar su pasaporte o documentación con el fin de que en el país de destino pueda beneficiarse del régimen de protección previsto para los MENA. El régimen de protección integral del que se benefician los MENA en España constituye un atractivo para los progenitores y familiares de los menores extranjeros, que ven en la activación de dicho régimen protector una salida para el futuro de sus hijos o familiares⁵⁵. Otro de los factores que atrae a los propios MENA y a sus familiares para que aquéllos se trasladen solos al territorio español es que, por el solo hecho de ser menores y hasta que cumplan los 18 años de edad, podrán permanecer en España en situación regular sin poder ser sancionados, por ejemplo, con la expulsión.

C) No deben estar acompañados

24. No todos los extranjeros menores de 18 años que entran o que se encuentran en el territorio español son MENA, sino que únicamente lo son aquellos que llegan o que se encuentran en España sin estar acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o conforme a la costumbre; y aquellos que llegan o que se encuentran en España falsamente acompañados, es decir, acompañados de un adulto que aparenta ser su progenitor, un pariente o responsable de los mismos, pero que no aporta ningún documento veraz y fiable para acreditar el vínculo que les une (art. 189 RLOEx). Los MENA son, por naturaleza, individuos que se encuentran siempre en situación de desamparo o desprotegidos⁵⁶.

25. No quedan incluidos dentro de la noción de MENA los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en España por razones de estudio, ni tampoco los menores desplazados temporalmente a España dentro de programas con fines de escolarización, tratamiento médico o de vacaciones⁵⁷.

⁵² La presunción de la minoría de edad es la solución que, antes de la reforma introducida por la Ley 26/2015, proponía A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 69; y A. LÓPEZ AZCONA, “La problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, pp. 1-35, p. 14, en <https://studylib.es/doc/273364/los-menores-extranjeros-no-acompañados>.

⁵³ Vid. R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los “MENA” desde que pisan España hasta cumplir 18”, pp. 1-13, p. 5, en <http://www.rtve.es/noticias/20180908/soledad-riesgo-exclusion-vida-mena-desde-pisan-espana-hasta-cumplir-18/1792961.shtml>

⁵⁴ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España...”, *loc. cit.*, p. 36.

⁵⁶ Vid. L. GARAU JUANEDA, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *loc. cit.*, p. 84.

⁵⁷ Vid. E. PALLARÉS VAQUERO, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores*

III. El régimen de protección de los MENA

26. Cuando los jóvenes inmigrantes son localizados en el territorio español por los cuerpos y fuerzas de seguridad, inmediatamente son puestos a disposición de los servicios de protección de menores, los cuales asumen de manera inmediata su protección. Esta actuación debe ser comunicada al Ministerio Fiscal (art. 35.3 LOEx). A continuación, debe determinarse si los jóvenes inmigrantes son considerados MENA y, fundamentalmente, si son o no menores de edad, a efectos de activar o no de forma inmediata el régimen de protección específico previsto por la legislación española para este colectivo. El art. 35 LOEx es la disposición que establece los pilares básicos del régimen de los MENA.

27. Cuando los jóvenes son identificados como MENA, los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se encuentran o localizan deben actuar de manera inmediata y tomar las medidas que consideren oportunas, siempre ponderando el interés superior del menor, tal como establece el art. 11.2 a) en relación con el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. En estos casos, de conformidad con el art. 172.1 C.c y con el art. 35.3 LOEx, se pone en marcha de manera automática un régimen de tutela por parte de la Administración. Sin embargo, según dispone el Protocolo, a pesar de que los servicios de protección de menores asumen de manera inmediata la protección de los MENA, éstos no asumen directamente y en sentido estricto su tutela, sino que previamente, y una vez ha quedado establecido el desamparo del menor y la imposibilidad de reagruparlo o repatriarlo con su familia (arts.191 a 198 RLOEx), es necesario que se adopte una resolución de tutela⁵⁸.

28. Por lo tanto, el régimen de protección de los MENA puede seguir dos direcciones distintas: la repatriación del menor a su país de origen o en el que se encuentren sus familiares; o bien, la expedición de una autorización para su permanencia en España⁵⁹.

1. La repatriación

29. La política de los MENA se orienta, fundamentalmente, a conseguir el retorno del menor a su país de origen o procedencia, salvo que sea perjudicial o contrario al interés superior del menor. La legislación de extranjería dispone que, con antelación a la ejecución del retorno, se verifique que el mismo no va a comportar ningún riesgo o peligro para el menor o su familia (art. 62 LOEx). Con esta finalidad, la Administración deberá solicitar informes sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática de su país de origen. Asimismo, si el menor tiene suficiente juicio, deberá ser oído y tanto el Ministerio Fiscal como los servicios de protección del menor deberán emitir un informe sobre la conveniencia o no de llevar a cabo su repatriación. Finalmente, la Administración del Estado decidirá, mediante una resolución, si debe iniciarse el procedimiento de repatriación del MENA a su país de origen o al país en el que se encuentren sus familiares (art. 35.5 LOEx), o bien si éste debe permanecer en España.

30. Con el objetivo de favorecer la repatriación o el retorno de los MENA, el Gobierno español promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, íntegramente, la prevención de la inmigración irregular y la protección y el retorno de los menores no acompañados (art. 35.1 LOEx). Una buena muestra de la voluntad de cooperación en esta materia es el Acuerdo bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno con-

Extranjeros No Acompañados en Andalucía, op. cit., pp. 33-47, p. 35, publicada a raíz de las Jornadas que bajo el mismo título se celebraron el 22 y 23 de noviembre de 2007 en Sevilla.

⁵⁸ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 493.

⁵⁹ Vid. I. DESVIAT, “¿Qué pasará con los menores no acompañados del “Aquarius”?”, pp. 1-7, pp. 1 y 3, en https://elpais.com/economia/2018/06/18/mis_derechos/1529329965_315585.html.

certado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007⁶⁰, aunque en la práctica a través de su aplicación no se ha logrado el propósito para el que se adoptó. La repatriación de los MENA se realiza por la vía de la reagrupación familiar o con su puesta a disposición a manos de los servicios de protección de menores, si se dan las condiciones adecuadas para su tutela (art. 35.5 LOEx)⁶¹.

31. Según el Informe de Human Rights Watch de 2008⁶², algunas Comunidades Autónomas españolas, como es el caso de Andalucía, han llevado a cabo repatriaciones sin salvaguardar el interés superior de los menores, ya sea porque los menores no han sido escuchados o porque no han sido adecuadamente representados en el procedimiento de repatriación. Las condiciones insuficientes en las que se producen muchas de las repatriaciones de MENA a su país de origen han sido denunciadas de manera reiterada y se ha pedido al Estado español que tales denuncias sean debidamente investigadas y que garantice el cumplimiento de la normativa nacional e internacional en materia de protección de menores⁶³. En muchos casos es el propio ente público que ostenta la representación legal del menor el que promueve la repatriación del mismo a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, existiendo en tales casos un claro conflicto de intereses⁶⁴. En este sentido deben mencionarse dos sentencias del TC, ambas de 22 de diciembre de 2008⁶⁵, en las que el alto órgano jurisdiccional español declaró que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de dos menores marroquíes que quedaron en situación de indefensión en sus respectivos procedimientos de repatriación promovidos por el ente estatal que había promovido su tutela. Una de las finalidades del legislador español al adoptar la LOEx 2/2009, por la que se modificó la LO 4/2000, fue, precisamente, incorporar la citada jurisprudencia del TC en la nueva Ley de Extranjería (art. 35.6 LOEx)⁶⁶. En ocasiones, también se observa la presencia de menores no acompañados en los Centros de internamiento de extranjeros (CIE), a pesar de que las leyes de protección del menor y la propia legislación en materia de extranjería lo prohíben (art. 62.4 RLOEx)⁶⁷; así como también las devoluciones en caliente de menores extranjeros no acompañados, las cuales se llevan a cabo sin que puedan identificarse situaciones de vulnerabilidad, es decir, si el inmigrante es un refugiado, una víctima de trata o un menor. Muchas de estas irregularidades son debidas, en gran medida, a la ausencia de certeza de los métodos de determinación de la edad y a la voluntad de las autoridades de no identificar a menores de edad⁶⁸. Se trata, en definitiva, de actuaciones contrarias a lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre la situación de los MENA⁶⁹.

⁶⁰ BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013.

⁶¹ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit. p. 492; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., pp. 42-47; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Protección e integración social de los Menores inmigrantes extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en VVAA, *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 463-495, p. 478; J.J. ZABALA GUADALUPE, “La repatriación de los menores extranjeros no acompañados” loc. cit., pp. 456-478; A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, pp. 14-24; A. DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, núm. 21/1, pp. 157-180.

⁶² Vid. Human Rights Watch, *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados*, New York, 2008, pp. 1-25, pp. 17 y 18. <https://www.hrw.org/reports/2008/spain1008/spain1008spweb.pdf>.

⁶³ Vid. J. CHAMIZO DE LA RUBIA, “Entrada y tutela”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 13-32, pp. 31 y 32.

⁶⁴ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., p. 42; M^a A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, p. 27.

⁶⁵ Vid. STC de 22 de diciembre de 2008, RA 3319/2001 y STC de 22 de diciembre de 2008, RA 3321/2007.

⁶⁶ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., p. 43.

⁶⁷ Según el art. 62.4 LOEx, no podrá acordarse el ingreso de menores en los Centros de internamiento de extranjeros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 62 bis 1 LOEx. En virtud de la citada disposición, los extranjeros sometidos a internamiento tienen derecho a tener la compañía de sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan módulos que garanticen la unidad y la intimidad familiar.

⁶⁸ Vid. S. YERGA COBOS, “Menores extranjeros y Centros de internamiento”, pp. 1-5, p. 2; en <http://blog.cristianismejusticia.net/2017/03/21/menores-extranjeros-centros-internamiento>; R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los “MENA” desde que pisan España hasta cumplir 18”, loc. cit., pp. 5 y 6.

⁶⁹ DOUE C 93, de 9 de marzo de 2016.

Con respecto a la cuestión de cómo debe articularse la política sobre flujos migratorios, dirigida a evitar la inmigración irregular, con la obligación por parte de los Estados de proteger a los menores de edad, es de interés mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006⁷⁰, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*. En este asunto, el TEDH condenó a Bélgica por las condiciones en las que mantuvo a una menor extranjera no acompañada durante el tiempo que permaneció en el territorio belga, así como por las condiciones en las que se llevó a cabo su repatriación. En la citada resolución el Tribunal europeo alertó de las condiciones de manifiesta vulnerabilidad en las que se encuentran los MENA en Europa y destacó la necesidad de tratar a los miembros de este colectivo teniendo en cuenta el interés superior del menor. Según el TEDH, las medidas que adoptan los Estados para prevenir la inmigración irregular no pueden vulnerar la protección que otorgan los Tratados internacionales a los menores, con independencia de su nacionalidad.

2. La permanencia en el territorio español

32. En los casos en los que el MENA no ha podido ser repatriado a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, éste deber permanecer en España bajo la custodia del servicio de protección de menores correspondiente (art. 35.4 LOEx). A partir de este momento, las autoridades competentes ponen en funcionamiento el dispositivo de protección de manera inmediata, aunque no ejercen propiamente la tutela sobre los MENA hasta que no se haya adoptado una resolución de tutela, que necesariamente debe ir precedida de la confirmación del desamparo del menor y de la imposibilidad de ser repatriado. Según el Protocolo Marco, una vez confirmada la situación de desamparo de los MENA, se abre un plazo de hasta tres meses para que se dicte la resolución administrativa de tutela o de cualquier otra medida de protección, como la custodia, la protección provisional o la guarda de los MENA⁷¹. Paralelamente, y de conformidad con el art. 10.4 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la Administración General de Estado facilitará al menor, si no la tuviere, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, según lo dispuesto en la normativa en materia de extranjería (arts. 35.7 LOEx y 196.1 RLOEx). La concesión de la autorización de residencia no impide que, con posterioridad, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, éste pueda ser repatriado a su país de origen o al país donde se encuentran sus familiares, tal como dispone el art. 35.8 LOEx.

IV. El desamparo de los MENA cuando adquieren la mayoría de edad

33. Los MENA que no han podido ser repatriados y que han sido autorizados a permanecer en el territorio español tarde o temprano cumplirán los 18 años de edad, planteándose entonces la cuestión de cómo debe articularse su paso del sistema de protección a la emancipación. Si bien es cierto que algunos de ellos al alcanzar la mayoría de edad pueden valerse por sí mismos o están emancipados, muchos de los integrantes de este colectivo llegan a los 18 años sin haber conseguido encauzar su proceso de inserción socio-laboral y, por lo tanto, sin poder valerse por sí mismos. Una de las principales causas de esta situación es el colapso existente en la actualidad del sistema de acogida de los MENA. La ausencia de plazas en los centros residenciales y la saturación de muchos de los centros de acogida de los MENA da lugar a que los jóvenes, durante su minoría de edad, no puedan beneficiarse de un proceso formativo adecuado que les permita ser independientes cuando finalice su situación de amparo al adquirir la mayoría de edad⁷².

34. Además, debe tenerse en cuenta que la situación en la que se encuentran los MENA al llegar a la mayoría de edad es muy distinta de aquella en la que se encuentran los nacionales españoles al cum-

⁷⁰ STEDH de 12 de octubre de 2006 (recurso 13178/03), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-77445"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Vid. D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, “Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* contra Bélgica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2006, pp. 187-199.

⁷¹ Vid. Capítulo VII, Apartado primero. Punto 2, último párrafo del Protocolo MENA.

⁷² Vid. R.M^a. BOSCH, “Temor a que el col·lapse en l’acollida de menors generi més sensesostre”, *loc. cit.*, p. 9.

plir los 18 años. Para los MENA que han estado tutelados por la Administración, y más concretamente para aquellos que han vivido en un centro residencial, cumplir 18 años supone quedar fuera del régimen protector del que se benefician durante su minoría de edad y, por lo tanto, el inicio de una nueva vida sin el apoyo de sus propias familias ni de la Administración. En cambio, para los nacionales españoles, la adquisición de dicha condición no supone, por lo general, ningún cambio sustancial si tenemos en cuenta que en España la edad mediana de emancipación se sitúa en los 31 años de edad⁷³. Es decir que, los nacionales españoles se emancipan a una edad en la que los MENA ya llevan, como mínimo, 13 años emancipados. Pero la diferencia entre la situación de unos y otros no es únicamente la edad de emancipación, sino la forma en que la misma se materializa. Así, mientras que los nacionales españoles pueden emanciparse de manera progresiva, puesto que se independizan de sus padres, pero, con frecuencia, vuelven a sus hogares a comer, a dejar la ropa para lavar y planchar, a dormir, etc. (se trata del denominado “efecto yoyó”); los MENA se emancipan automáticamente a partir del mismo día que cumplen los 18 años de edad. A partir de este momento, los ex MENA vuelven a quedar en la situación de desamparo en la que se encontraban cuando siendo menores de edad fueron localizados por las autoridades españolas en el territorio español, identificados como MENA y, sometidos al régimen de protección tutelar.

35. La gran mayoría de MENA, a partir de la mayoría de edad, se encuentran en situación de desamparo y en la más absoluta soledad. Estos jóvenes no únicamente se encuentran lejos de sus familiares, sino que también han perdido a sus cuidadores y a las autoridades que han venido ejerciendo su tutela, no disponen de recursos económicos y tampoco tienen un trabajo para poder incorporarse de manera autónoma a la vida adulta⁷⁴. A partir de este momento, su situación administrativa también se modifica, pudiéndose encontrar en España, de la noche a la mañana, en situación irregular.

La nueva situación jurídica y administrativa en la que se encuentran los ex MENA lleva a plantearnos toda una serie de cuestiones cuya respuesta tiene una enorme trascendencia no sólo para sus propias vidas y para su futuro, sino también para la vida de la sociedad en general: ¿Dónde vivirán?, ¿Cómo podrán afrontar las dificultades que les surgirán a partir de este momento y en adelante?, ¿Cómo podrán regularizar su situación en España?, ¿Podrán obtener una autorización de trabajo?, ¿Podrán adquirir la nacionalidad española?, etc.

36. El Derecho internacional, el Derecho europeo y los derechos estatales, por lo general, no contemplan sistemas de protección para los jóvenes ex - tutelados, entre los cuales se encuentran los ex MENA. En muchos casos la protección o el seguimiento de estos sujetos se lleva a cabo de manera voluntaria como consecuencia del vínculo que se ha creado entre el individuo y el cuidador/educador durante la vigencia del régimen tutelar, aunque ello tampoco es muy común.

37. En España, con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁵, se modificaron e incorporaron, entre otras disposiciones, los arts. 11.4 y 22 bis de la LO1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que vinieron a garantizar la protección de aquellos jóvenes que han estado sujetos al régimen de protección una vez éstos han alcanzado la mayoría de edad. La situación de desamparo en la que se encuentran los ex MENA ha llevado a las autoridades españolas a prolongar la ayuda o el soporte de este colectivo más allá de la mayoría de edad, en la medida que se trata de personas que en su momento fueron separadas de su núcleo familiar, que por determinadas razones no pudieron ser repatriadas a su país de origen y que carecen de relaciones afectivas estables⁷⁶. Sin embargo, la manera de efectuar esta prolongación del

⁷³ Según indica el Índice Sintético de Desarrollo Juvenil Comparado (ISDJC-2018), elaborado por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud de la Fad en el marco del Proyecto Scopio, centrado en la recopilación y obtención de datos para el análisis de la realidad y socialización juvenil. Vid. C. LÓPEZ, “L’edat mitjana d’emancipació s’acosta als 31 anys, cinc més que a la UE”, *La Vanguardia*, 30 de noviembre de 2018, Tendències, p. 30. En el año 2015 la edad mediana de emancipación se situaba en los 29 años. Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, Informe al Parlament, 2011, pp.- 1-383, p. 134. El texto del Informe al Parlament, 2011 puede encontrarse en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3110/Informe%20al%20Parlament%202011%20catala.pdf>.

⁷⁵ Vid. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁷⁶ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament 2011*, p. 134.

sistema de protección de los ex MENA no ha sido idéntica en las distintas CCAA españolas⁷⁷ y, por lo general, se ha llevado a cabo teniendo en cuenta el régimen de protección al que los ex MENA estuvieron sometidos durante su minoría de edad.

38. El Síndic de Greuges de Catalunya, en su Informe al Parlament de 2011, manifestó que “cualquier extranjero inmigrante no acompañado que abandona un centro de protección por mayoría de edad debería disponer de un acompañamiento por parte del Departamento de Bienestar Social y Familia en su proceso de desinternalización y de transición a la vida adulta, especialmente si se tiene en cuenta la ausencia de referentes familiares de soporte en su proceso de integración social y sus necesidades de acogida derivadas de la llegada a nuestro país”⁷⁸. Según el Síndic de Greuges de Catalunya, las situaciones en las que se encuentran los extranjeros no acompañados que abandonan los centros o las familias de acogida por mayoría de edad pueden ser muy distintas, pero en cualquiera de ellas el/la joven debe estar acompañado por el Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya⁷⁹. Estos programas de soporte a la transición de los MENA a la mayoría de edad son clave para evitar los procesos de exclusión⁸⁰.

1. Lugar donde vivir y regímenes de acogida

39. En España, hoy por hoy, existen dos regímenes tutelares para los ex MENA: el régimen de la tutela familiar y el régimen de pisos tutelados o asistidos. La situación en la que se encuentran los MENA al acceder a la mayoría de edad es, en gran parte, el resultado del régimen de protección –familiar o residencial- al que han estado sometidos durante la minoría de edad. Los ex MENA que durante su minoría de edad han estado sometidos al régimen de la tutela familiar, por lo general, suelen tener más facilidad para integrarse en la sociedad por el hecho de haber tenido la posibilidad de disfrutar de una vida en familia⁸¹. En cambio, los ex MENA que han vivido recluidos en un centro residencial tienen muchas más dificultades para lograr su integración.

40. Según la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en lo que a las medidas de protección se refiere, se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las medidas familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas (apartado núm. 2 de la Exposición de motivos y art. 12.1 de la Ley)⁸². No obstante, en la práctica el acogimiento familiar es un régimen de protección de carácter subsidiario con respecto al sistema residencial, tal y como pone de relieve el Síndic de Greuges de Catalunya en el Informe al Parlament de 2018⁸³.

A) La tutela familiar

41. La tutela familiar es un régimen de protección que surgió, precisamente, para evitar los problemas con los que se encuentran los MENA cuando al cumplir la mayoría de edad son expulsados de los regímenes de tutela residencial.

⁷⁷ Vid. Federación de entidades con Proyectos y Plazas asistidas (FEPA), *La emancipación de jóvenes tutelados y extutelados en España. Primera aproximación a los servicios de emancipación de los distintos territorios*, Autonomía, igualdad de oportunidades, generación y difusión de conocimiento, cohesión y apoyo a la emancipación, pp. 1-76; A. BRAVO Y L. SANTOS-GONZÁLEZ, “Menores Extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychosocial Intervention*, 2017, v. 26 núm. 1, pp. 55-62.

⁷⁸ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, Informe al Parlament, 2011, p. 135.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 134.

⁸¹ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 67.

⁸² *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015. La Ley 26/2015, entre otras disposiciones, modifica los artículos 10 y 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el art. 9.6 C.c., que es la norma de conflicto de leyes en materia de protección de menores y mayores de edad. El propósito del legislador estatal, a través de la adopción de esta Ley, era dar cumplimiento al art. 39 CE y a las normas de carácter internacional en materia de protección de menores a través de la mejora de los instrumentos de protección existentes en el momento de su adopción y de la adaptación de las normas a los cambios sociales que en dicho ámbito se habían producido en los últimos 20 años.

⁸³ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113.

Posteriormente y, desde hace algunos años, la tutela familiar o la familia de acogida es una de las medidas que se ha venido utilizando cuando los MENA llegan a España sin ir acompañados de sus progenitores. De esta manera, cuando los MENA cumplen los 18 años pueden seguir viviendo con la familia de acogida con la que han vivido durante la minoría de edad, evitándose así la situación de desprotección o desamparo en la que se encuentran a partir de dicha fecha los jóvenes que han vivido en un centro de acogida o residencial. Es importante destacar que, a partir del momento en que los menores adquieren la mayoría de edad, las familias de acogida dejan de recibir la ayuda económica que han venido recibiendo mientras que aquéllos eran menores. Este es un dato relevante a tener en cuenta, en la medida que, muchas familias se ofrecen a prestar el servicio de acogida con la finalidad de recibir una contraprestación. La extensión de las ayudas económicas a las familias de acogida más allá de la mayoría de edad de los jóvenes tutelados, de implementarse, podría convertirse en un incentivo para que aquéllas participen o prolonguen su colaboración con los programas de acogida.

En la actualidad, el número de familias de acogida es muy reducido e insuficiente para atender a todos los niños y adolescentes que se encuentran en España en situación de desamparo⁸⁴. El Institut Català d'Accolliment i Adopció (ICAA), durante los años 2016 y 2017, puso en funcionamiento un plan estratégico para la promoción del acogimiento familiar, pero éste no tuvo demasiado éxito⁸⁵. En la actualidad, desde el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya, se están realizando charlas con personas interesadas en este modelo de acogida con la finalidad de encontrar salidas para estos jóvenes⁸⁶.

B) La tutela residencial

42. Los MENA que durante su minoría de edad viven en centros de acogida deben abandonarlos cuando cumplen los 18 años. En estos casos su situación es mucho más delicada que la de aquellos MENA que han vivido en familias de acogida puesto que, mientras que la estancia en los centros no se prorroga, la estancia en las familias en muchos casos sí⁸⁷.

43. En la práctica, las alternativas de protección que se contemplan para los ex MENA que han estado sujetos a la tutela residencial son: el retorno con la familia o a su país de origen o de procedencia, la vivienda tutelada o asistida y, en menor medida, la tutela residencial y la tutela familiar⁸⁸.

44. Son pocos los casos en los que las autoridades recurren al régimen de la tutela familiar para acoger a ex MENA que durante su minoría de edad no han estado bajo dicho régimen de protección⁸⁹. El hecho de que la familia de acogida y el ex MENA no hayan convivido juntos cuando éste era menor de edad suele dificultar la adaptación y la integración del ex MENA en el entorno familiar. Los lazos o los vínculos familiares, por lo general, se generan con mucha más facilidad y adquieren una mayor intensidad cuando la persona acogida es menor de edad. Por otra parte, si las autoridades ya se encuentran con dificultades para captar a familias de acogida para los MENA, más aún las tendrán para convencerles de que acojan a jóvenes que han formado parte de este colectivo y que ya han cumplido los 18 años de edad.

C) El retorno con la familia o al país de origen o de procedencia

45. El retorno de los ex MENA con su familia o al país de origen o de procedencia no es, por lo general, la solución más adecuada si tenemos en cuenta que, en muchos casos, cuando éstos dejan

⁸⁴ Según el Informe al Parlament de 2018 del Síndic de Greuges de Catalunya, en el año 2017, en la Comunidad Autónoma de Catalunya, el número de acogimientos familiares era de 923, mientras que en el año 2016 era de 972. Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113; R.M^o. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3. En el citado artículo la autora entrevista a Chakir El Homrani, Conseller de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya.

⁸⁵ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113.

⁸⁶ Vid. R.M^o. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3.

⁸⁷ Vid. *supra* apartado A) sobre la tutela familiar.

⁸⁸ Vid. *supra* apartado A) sobre la tutela familiar.

⁸⁹ Vid. Proyecto Hospitalidad en www.comunidadcristianaacuerdo.org/proyecto-hospitalidad.

su entorno familiar es para evitar los efectos negativos que éste puede tener en su desarrollo personal y educativo (por ejemplo, por drogadicción, prostitución, malos tratos, etc.); para huir de la situación política y, en algunos casos, bélica de su país; por problemas económicos, etc. La mayoría de los MENA se desplazan a España para acceder al mercado laboral y para poder tener un sueldo que contribuya a mejorar tanto su propio nivel de vida como el de sus familiares. El sueño de conseguir vivir una vida mejor y el deseo de huir de las condiciones en las que viven, les lleva a afrontar un reto que, en muchos casos, conlleva un alto riesgo para sus propias vidas⁹⁰. Son muy pocos los MENA que llegan a España procedentes de familias bien situadas económicamente.

En definitiva, los motivos que inicialmente llevan a los MENA a trasladarse al territorio español son los que en la práctica acaban justificando su no repatriación, puesto que, de producirse, supondría una vulneración del interés superior del menor. Y, son estos mismos motivos los que también pueden obstaculizar su repatriación una vez han alcanzado la mayoría de edad, ya sea porque éstos persisten o porque se han intensificado. Por ejemplo, porque el vínculo del ex MENA con la familia de origen se ha debilitado o ha pasado a ser, casi o del todo, inexistente⁹¹.

46. Pero también es importante destacar que, en las distintas Comunidades o ciudades Autónomas del Estado español se observan respuestas o conductas distintas por parte de la Administración ante la llegada de los MENA a la mayoría de edad. Así, mientras que en Melilla se hace una interpretación muy estricta y rígida de la normativa en materia de extranjería y el 80% de los ex MENA son deportados o expulsados a su país de origen (en la gran mayoría de los casos, a Marruecos); en Ceuta se opta por realizar una interpretación mucho más flexible y por buscar soluciones para evitar la expulsión de los ex MENA por el hecho de haber cumplido los 18 años⁹².

D) La vivienda tutelada o asistida

47. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia fue la primera ley de ámbito estatal que vino a establecer que los menores –incluidos los MENA- deben ser apoyados o acompañados durante el tránsito a la vida adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. Sin embargo, la ley no precisó hasta qué edad deben ser protegidos ni tampoco cómo debe materializarse dicho apoyo⁹³.

48. A nivel estatal, de los quince planes de infancia o familia, sólo doce recogen en su texto medidas más o menos precisas dirigidas a reforzar el proceso de transición a la vida independiente de los jóvenes protegidos institucionalmente. Nueve de los quince mencionan expresamente alternativas residenciales de emancipación para estos jóvenes y, sólo cinco, incorporan disposiciones relativas a medidas dirigidas específicamente a mayores de edad⁹⁴.

49. En España, las dos Comunidades Autónomas que más normas o programas han adoptado para hacer frente a la situación de los MENA cuando éstos adquieren la mayoría de edad, han sido Catalunya y el País Vasco.

50. En el año 1994, en Catalunya, se creó el “I Pla Interdepartamental de majors de 18 anys”. Posteriormente, en el 2005, se convertiría en la actual Àrea de Suport als Joves Tutelats o ex Tutelats (ASJTET), organismo dependiente de la Generalitat de Catalunya que se encarga de los planes dirigidos

⁹⁰ Vid. F. CAPITÁ, “‘Menes’: com superar l’imaginari al voltant d’un concepte”, pp. 1 y 2, p. 1, en https://www.ara.cat/comarquesgironines/Menes-superar-imaginari-voltant-concepte_0_2141186102.html. Ferran Capità es Director del centro de acogida de Girona, Oikia.

⁹¹ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2011, p. 134.

⁹² Vid. “Y cuando cumplo los 18 ¿qué?”, *El Faro de Ceuta*, pp. 1-2, p. 1.

⁹³ Vid. Artículo 1.2 de la LO8/2015, de 22 de julio por el que se modifica el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y art. 2.3 e) de LOPJM.

⁹⁴ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, op. cit., p. 3 y 10; Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2011, p. 135.

a los jóvenes ex - tutelados y tutelados mayores de 16 años a través de un conjunto de medidas coordinadas que integran programas de seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, soporte psicológico, asesoramiento jurídico, ayudas económicas, entre otros⁹⁵.

En el año 2010, el Parlament de Catalunya adoptó la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA)⁹⁶, que contempla medidas asistenciales y de protección para jóvenes ex - tutelados entre 18 y 20 años en su capítulo IV (arts. 151 y 152). El art. 151 de la LDOIA dispone que, una vez adquirida la mayoría de edad y extinguidas las medidas de protección, el organismo competente de la Generalitat puede disponer, si lo considera necesario, de las medidas asistenciales que considere necesarias si la persona interesada otorga su consentimiento y justifica la necesidad de disponer de tales medidas. Estas medidas asistenciales pueden tener contenido económico, jurídico, social o bien consistir en la concesión o mantenimiento de una plaza en un centro, que puede alargarse hasta los 21 años de edad. Para que los jóvenes ex - tutelados puedan beneficiarse de los programas de soporte a la emancipación y a la autonomía personal es necesario que éstos cumplan una serie de requisitos y que demuestren motivación para acogerse a dichos programas⁹⁷. La finalidad que se persigue es la de ofrecer a estos jóvenes soporte personal, laboral, un lugar dónde vivir, formación y acompañamiento durante el proceso de emancipación para que éstos puedan integrarse en igualdad de condiciones que el resto de los jóvenes de su edad.

En Catalunya, al igual que en otras Comunidades Autónomas, la principal manera de ayudar a los MENA que salen de los centros residenciales, no familiares, es ofrecerles la posibilidad de vivir, hasta los 21 años de edad, en un piso asistido junto con otros jóvenes y bajo la supervisión de un educador. El educador no vive con los jóvenes, pero los visita periódicamente para comprobar que todo funcione correctamente (art. 152.1 i 2 de la LDOIA). Además, también tienen derecho a solicitar una ayuda económica de 500€ mensuales, ayuda para la inserción socio-laboral, así como también asesoramiento jurídico y psicológico⁹⁸.

51. La vivienda asistida es una solución que está dando buenos resultados, motivo por el cual en algunas Comunidades Autónomas se está adelantando el acceso de los MENA a este programa de viviendas a partir de los 16 años de edad –que en España es la edad mínima para trabajar– (art. 6.1 ET). En los pisos asistidos pueden vivir un máximo de cuatro personas, es decir, muchas menos que en un centro residencial; los jóvenes aprenden a realizar las tareas domésticas (cocinar, lavar la ropa, limpiar, etc.), y también a gestionar su economía. En definitiva, para estos adolescentes participar en el programa de las viviendas asistidas supone adquirir un nivel de autonomía que, sin duda alguna, les será de gran ayuda para poderse emancipar a los 22 años.

52. El problema es que estos programas son de difícil acceso, en la medida que hay pocas plazas disponibles. A estas ayudas acceden los jóvenes que dispongan de un informe positivo del centro en el que estuvieron tutelados, que estén completamente documentados, que tengan una actitud positiva ante el proyecto de transición a la autonomía, que trabajen, que se encuentren cursando estudios y que dispongan de recursos económicos. Asimismo, según el art. 146 de la LDOIA, para que los MENA puedan acceder a este tipo de ayuda al llegar a la mayoría de edad, es necesario que se tengan en cuenta las tres circunstancias siguientes: la imposibilidad o la dificultad de que se produzca el retorno al núcleo familiar, la dificultad para integrarse en nuevos núcleos de convivencia y encontrarse ante el riesgo de exclusión social⁹⁹. Si esta solución se va consolidando, poco a poco experimentaremos un importante cambio cuando los MENA pasen a ser adultos. Sin embargo, la situación se complica cuando los ex MENA no cumplen ninguna de las condiciones mencionadas para beneficiarse de una vivienda tutelada o asistida, no quieren acogerse a dicho régimen de protección o, sí lo desean, pero no quieren cumplir

⁹⁵ *Ibid.*, p. 3 y 10.

⁹⁶ DOGC núm. 5461, de 2 de junio de 2010.

⁹⁷ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya. *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

⁹⁸ Vid. A. BRAVO Y L. SANTOS-GONZÁLEZ, “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *loc. cit.*, p. 59; A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 134.

las condiciones y las normas exigidas porque prefieren ser libres y hacer su propia vida¹⁰⁰. Estos son los casos de ex MENA que acaban viviendo en la calle¹⁰¹.

En Catalunya, la DGAIA es la entidad que valora si el joven ex - tutelado necesita de una atención especializada mediante la concesión de recursos alternativos o complementarios al internamiento en centros, como, por ejemplo, la atención psicológica, asesoramiento jurídico, programas de inserción socio-laboral o soporte económico. La DGAIA trabaja con jóvenes de 16 a 20 años y, en particular, con personas inmigrantes que buscan trabajo en España y que, a su vez, mantienen su relación con la familia de origen¹⁰².

E) La extensión del programa de mentorías previsto para los refugiados

53. En Catalunya, desde hace algún tiempo, se viene utilizando un programa de mentorías con la idea de facilitar la integración social, laboral, lingüística y educativa de los refugiados. Recientemente, ante la gran afluencia de MENA al territorio de Catalunya y debido a que hay más voluntarios que se ofrecen a colaborar como mentores que no demandantes, las autoridades catalanas han decidido extender este programa de mentorías a los MENA. En la actualidad, en Catalunya, hay 40 MENA acogidos bajo este régimen¹⁰³. El papel del mentor consiste en apadrinar y acompañar al MENA, es decir, en ser un referente para él. Se trata de que entre ambos exista una relación como la que suele haber entre un sobrino y su tío. No es un régimen de acogida familiar, puesto que el menor se encuentra bajo la tutela de la DGAIA y no convive con su mentor. En principio, se trata de un régimen temporal dado que el compromiso por parte del mentor es de seis meses, aunque posteriormente puede renovarse¹⁰⁴. Este régimen de acompañamiento podría hacerse extensivo a los ex MENA, quienes al llegar a la mayoría de edad se encuentran en la más absoluta soledad¹⁰⁵.

F) La vida en la calle

54. Un elevado número de MENA, cuando llegan a la mayoría de edad, salen del centro residencial siendo analfabetos y sin tener ningún tipo de autonomía. Estos chicos y chicas en muchos de los casos acaban durmiendo en las calles o en albergues de personas “sin techo” porque no tienen a dónde ir. Además, como acostumbra a salir de los centros con síntomas de estrés postraumático, con una muy baja autoestima, desconfianza en sí mismos y con un sentimiento de desprecio y de aversión hacia los educadores, en muchos de los casos acaban cayendo en la delincuencia, la drogadicción, el alcoholismo, etc., pasando a formar parte de un colectivo que es, en general, rechazado por la mayoría de la sociedad¹⁰⁶.

El pasado 11 de noviembre de 2018, trece jóvenes ex - tutelados por la Generalitat de Catalunya (ex MENA) y dos menores extranjeros no acompañados (MENA), todos ellos magrebíes, fueron detenidos acusados de agredir sexualmente a una joven y atacar con un objeto punzante a su acompañante en una estación de metro cercana a Barcelona¹⁰⁷. Tres de los detenidos quedaron en libertad y los dos

¹⁰⁰ Vid. D. E. GARCÍA ESPAÑA, “Menores de edad y Registros policiales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, núm. 8, pp. 295-307.

¹⁰¹ *Infra* apartado F.

¹⁰² Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰³ Vid. N. VILÀ, “El govern assaja el programa de refugiats amb “menes””, en https://www.ara.cat/societat/Govern-assaja-programa-mentories-refugiats_0_2143585759.html.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 2; R.M^o. BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, pp. 1-6, p. 4; R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los MENA desde que pisan España hasta cumplir 18”, *loc. cit.*, pp. 1-13.

¹⁰⁶ Vid. L. MARKEZ Y F. PASTOR, “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA), un colectivo especialmente vulnerable ante las drogas”, *Abendua*, diciembre 2010, pp. 1-85; VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, ICAI-ICADE Comillas, Comillas Solidaria y Clínica Jurídica ICADE, marzo 2017, pp. 1-111, p. 46; L. MARKEZ Y F. PASTOR, *Drogodependencia en menores no acompañados: su derecho a una educación y salud de calidad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009.

¹⁰⁷ Vid. F. CEDÓ, “Detenidos 14 jóvenes ex - tutelados por una agresión sexual”, apartado Vivir, *La Vanguardia*, Lunes, 12 de noviembre de 2018, p. 5,

menores, indocumentados, fueron sometidos a pruebas para verificar que realmente eran menores¹⁰⁸. Desafortunadamente, estos sucesos no son aislados, sino que con bastante frecuencia los robos y otro tipo de delitos son cometidos por MENA o ex MENA¹⁰⁹. No obstante, la conducta de estos jóvenes –que no es la de todos los miembros que forman parte de este colectivo- no proviene de su condición de inmigrantes, sino de su carencia de oportunidades y de sus circunstancias personales¹¹⁰.

55. La presencia de MENA y ex MENA en la calle es el claro reflejo del fracaso del sistema español de protección¹¹¹. Esta alternativa es la que las autoridades españolas quieren evitar por todos los medios con el objetivo de proteger a la sociedad de los peligros y de la inseguridad que puede causar un colectivo que, con frecuencia, es calificado por la opinión pública con adjetivos como, “delincuentes”, “peligrosos”, “inadaptados”, tal como pone de manifiesto el Informe “De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión sobre la situación actual de los MENA (2016)”, conocido como el Informe Harraga¹¹².

56. La valoración de la relación existente entre los MENA y las autoridades de acogida es una tarea muy compleja y delicada y, más aún, cuando cada una de las partes implicadas la describe o califica de manera totalmente opuesta. Algunas asociaciones sostienen que el trato que las propias autoridades conceden a los MENA durante su paso por los centros de acogida contribuye, sin duda alguna, a que los jóvenes tengan un bajo estado de ánimo y a partir del momento que cumplen 18 años opten fácilmente por vivir en la calle. Pero, lo más alarmante, es que en la calle no sólo se encuentran los ex MENA, sino también un elevado número de MENA que, a pesar de estar bajo el régimen tutelar, abandonan los centros de acogida por la falta atención recibida, por tener que cumplir una normativa muy estricta y, en muchas ocasiones, por el mal trato que allí reciben. Es importante precisar que, cada centro es distinto y, por consiguiente, no se puede generalizar.

57. En Melilla, recientemente, han tenido lugar graves sucesos, que en dos ocasiones han finalizado con la muerte de dos MENA a manos de educadores del centro en el que residían. En julio de 2018 un MENA fue apuñalado por un educador y el propio centro lo ocultó a las autoridades, las cuales tuvieron conocimiento del suceso por los médicos que atendieron a la víctima. A raíz de estos acontecimientos y de otros anteriores, algunos grupos políticos, el presidente de la Asociación Proderechos de la infancia (Prodein) y la ONG *Save the Children*, solicitaron la dimisión del Consejero de Bienestar Social de la ciudad autónoma de Melilla, quien esgrimió toda responsabilidad y culpó a los vigilantes de seguridad del centro educativo residencial Fuerte Purísima, más conocido como La Purísima¹¹³. La Consejería de Bienestar Social de Melilla no cuenta con una buena reputación. Se ha llegado a afirmar

¹⁰⁸ Vid. “Quedan en libertad tres detenidos por presunto intento de agresión sexual en el metro en Santa Coloma”, Europa-press, Catalunya, Barcelona, 12 de noviembre de 2018, p. 1.

¹⁰⁹ Según datos del Ministerio del interior, un 30% de la población penitenciaria del Estado español son extranjeros y el 26% de los reclusos es de origen marroquí. De este porcentaje, alrededor de un tercio son jóvenes menores de 25 años. Se desconoce, sin embargo, cuántos de estos jóvenes inmigraron a España siendo menores de edad, así como, cuántos fueron acompañados por sus padres y cuántos no. Información extraída de E. GARCÍA ESPAÑA, “De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión”, *InDret*, 2016, núm. 3, pp. 1-20, p. 2, trabajo en el que la autora realiza un interesante estudio de las trayectorias de los inmigrantes que se encuentran en prisiones españolas. La autora del citado trabajo también ponía de relieve el elevado porcentaje de MENA o jóvenes ex - tutelados que cometen delitos en otros de sus trabajos anteriores: “Menores de edad y registros policiales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, núm. 8, pp. 295-307; “Menores inmigrantes en el sistema tutelar andaluz”, *Boletín Criminológico*, junio-julio, 2004, núm. 74, pp. 1-4, p. 1; “Menores no acompañados y el sistema de justicia juvenil”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 83-107 y “¿Criminalización del inmigrante o protección del menor?: menores no acompañados y delincuentes”, en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 529-552.

¹¹⁰ Vid. E. GARCÍA ESPAÑA, “Delincuencia de inmigrantes y motivaciones delictivas”, *InDret*, 2014, núm. 4, pp. 1-21, p. 17.

¹¹¹ Vid. R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los MENA desde que pisan España hasta cumplir 18”, *loc. cit.*, p. 10.

¹¹² Vid. VVAA., Informe “De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión sobre la situación actual de los MENA”, 2016, p. 50.

¹¹³ Vid. J. VARGAS, “La (des)protección de los menores en Melilla: dos muertos en los centros, educadores que apuñalan a niños y denunciados por abusos sexuales”, en <https://publico.es/politica/menores-extranjeros-melilla-des-proteccion-menores-melilla-muertos>, pp. 1-4.

que, con la finalidad de obtener recursos económicos del Gobierno central, ha llegado a colapsar el sistema de protección de menores de La Purísima, al margen de las consecuencias que ello pueda suponer para los menores. Además, también se ha hecho público que todos los recursos que la Consejería ha ido recibiendo año tras año no los ha destinado a mejorar las condiciones de los menores en el centro, sino a otras finalidades¹¹⁴. A pesar de la gravedad de estos hechos, por el momento en Melilla no se ha diseñado ningún plan de actuación con personal especializado que refleje una clara preocupación por la integridad física, psicológica y moral de los MENA¹¹⁵.

El Informe Harraga es un documento esencial para conocer cómo se sienten de rechazados y abandonados los MENA, concretamente, en la ciudad de Melilla¹¹⁶. En el mismo se pone de relieve que algunos jóvenes no quieren estar en La Purísima por la violencia que reciben (92%), por las agresiones directas recibidas en el centro (75%) o por los problemas que han tenido con la policía (61%). En informe llega a la conclusión de que “la única salida para los niños es huir, primero de La Purísima y después de la ciudad de Melilla”¹¹⁷; que es muy importante indagar cómo ha sido el trayecto que han recorrido los MENA hasta llegar al centro, así como también, conocer todo el periplo que han vivido estos jóvenes desde el momento de cruzar la frontera. Por lo general, se suele pensar que la actitud y el comportamiento de los MENA es consecuencia de su entorno familiar, de la escasa o nula formación recibida en el país de origen, etc. Sin embargo, en el informe se cuestiona hasta qué punto parte del deterioro emocional y físico que presentan los MENA no se debe a las condiciones en las que han estado acogidos en España.

58. En Catalunya, el Síndic de Greuges, en su Informe al Parlament de 2011, puso de relieve que la DGAIA y los profesionales de los centros en los que han residido algunos de los jóvenes antes de llegar a la mayoría de edad, en la práctica no han venido realizando un acompañamiento suficiente de los miembros de este colectivo y no les han facilitado la salida de los centros ni el acceso a los mecanismos aptos para su transición a la vida adulta con el fin de que estos jóvenes tengan cubiertas sus necesidades básicas y puedan integrarse en la sociedad¹¹⁸. Más recientemente, en el Informe al Parlament de 2018, el Síndic de Greuges de Catalunya también ha reiterado que, en muchas ocasiones, y de manera inapropiada, la DGAIA ha encerrado en celdas de las dependencias del área de custodia y detenidos de la Ciudad de la Justicia, sin luz natural, sin comida suficiente y durante más de cuatro días a MENA que estaban a la espera de que se les asignara una plaza en un centro de protección. Esta práctica, no obstante, según refleja el mismo Informe al Parlament de 2018, dejó de llevarse a cabo a finales de 2017¹¹⁹. Las adjudicaciones presuntamente irregulares realizadas por un ex-directivo de la DGAIA también han provocado que, recientemente, la Direcció General de Atenció a la Infància i a l'Adolescència se haya visto implicada en un procedimiento judicial que todavía está pendiente de resolución¹²⁰.

59. Sin embargo, no todas las actuaciones administrativas con respecto a los MENA son negativas a la vista del Síndic de Greuges de Catalunya, puesto que en su Informe al Parlament de 2011

¹¹⁴ Se da la circunstancia de que la anterior consejera de Bienestar social de Melilla está condenada a diez años de inhabilitación por prevaricación, junto a otros trece miembros de su departamento, por haber incurrido en fraude en la contratación pública. Los condenados están a la espera de conocer la resolución del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria. Vid. *Ibid.*, p. 4

¹¹⁵ Vid. VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, ICAI-ICADE Comillas, Comillas Solidaria y Clínica Jurídica ICADE, marzo 2017, pp. 1-111, pp. 4 a 8 y pp. 46 y 47.

¹¹⁶ Melilla es la ciudad autónoma española que limita con Marruecos. Es conocida como la ciudad frontera. Vid. VVAA., *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, *op. cit.*, p. 10. Marruecos es el país del que proceden la mayoría de los MENA que se encuentran en el territorio español. Según el *Informe sobre la situación de los menores no acompañados de la ciudad autónoma de Melilla (2017)*, de Bienvenidos refugiados (Vid. el Informe en <http://www.icamalaga-blog.com/2016/12/los-menores-no-acompañados-en-melilla-y.html>), en Melilla hay 540 MENA, de los cuales, 340 se encuentran en el Centro de Protección de Menores de La Purísima; se estima que unos 100 viven en la calle; y el resto de menores se encuentran en el centro asistencial Gota de Leche y en la Divina Infantita. Vid. VVAA., *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 47 y 48.

¹¹⁸ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

¹¹⁹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2018*, p. 113.

¹²⁰ Vid. R.Mº. BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

valoraba muy positivamente, entre otras, la labor llevada a cabo por la ASJTET o la tarea realizada por los servicios residenciales de estancia temporal para el acompañamiento de jóvenes extranjeros no acompañados que ha puesto en funcionamiento el Consorci de Serveis Socials de Barcelona para atender a aquellos jóvenes con respecto a los cuales la edad que consta en el pasaporte y la edad médica determinada por las pruebas de edad, difiere. Para llevar a cabo esta tarea, el Consorci de Serveis Socials de Barcelona cuenta con la colaboración y el soporte de las administraciones que lo integran y de entidades de acción social especializadas en la atención a la población inmigrada¹²¹.

60. Por otra parte, también se han dado casos en los que las víctimas de malos tratos y de agresiones han sido los cuidadores y el personal que trabaja en los centros de acogida a manos de MENA que están tutelados. En la actualidad, hay una gran demanda de personal especializado para trabajar en los centros de acogida debido, por un lado, al incremento del número de MENA que se encuentran en el territorio español y, por otro lado, al elevado número de bajas por ansiedad, estrés o depresión de los cuidadores y personal de los centros por el miedo que tienen a ser agredidos por los MENA.

61. A finales de 2018, en Catalunya, un grupo de ex MENA creó una entidad que lleva este mismo nombre, ex MENA¹²², para dar voz propia a este colectivo y para servir de puente entre la calle y entidades como la DGAIA o los albergues para las personas “sin techo”, donde cada vez más jóvenes ex - tutelados acaban pasando la noche al no tener ningún lugar para dormir. Se trata de una entidad que puede contribuir, en gran medida, a mejorar las relaciones entre las partes implicadas. Las ventajas que presentan los jóvenes integrantes de dicha entidad son, por un lado, el hecho de hablar el mismo idioma -mayoritariamente el árabe- que los jóvenes que llegan a España en busca de nuevas oportunidades; y que tienen la misma edad o una edad parecida. En definitiva, son personas que, a pesar de no ser profesionales (psicólogos, cuidadores, etc.), están más capacitadas y tienen más facilidad para conectar y para comunicarse con los ex MENA, que no las propias autoridades y el personal dedicado a la protección de menores. Las principales reivindicaciones con respecto a los ex MENA que formula dicha entidad son: introducir facilidades para que estos jóvenes puedan conseguir el permiso de trabajo, agilizar los trámites burocráticos y obtener ayudas en la vivienda para los jóvenes que durante su minoría de edad han estado bajo la tutela de la DGAIA.

2. La autorización de residencia

62. Para poder vivir en el territorio español de forma regular, ya sea en un centro de acogida, bajo el régimen de tutela familiar, en un piso tutelado, etc., es necesario que los MENA tengan una autorización de residencia. Países como España, Francia, Italia y Rumanía conceden automáticamente una autorización de residencia a los MENA que se encuentran en su territorio, mientras que otros países como Hungría, Grecia, Suecia o Gran Bretaña, admiten que éstos puedan estar en situación irregular en su territorio durante su minoría de edad¹²³. Según el régimen español de extranjería, cuando los MENA adquieren la mayoría de edad deben renovar su autorización de residencia o, si todavía no disponen de autorización -situación que surge cuando las autoridades no han tramitado la documentación del MENA durante su minoría de edad-, necesariamente deben obtenerla para poder residir de forma regular en el territorio español. Ahora bien, la realización de este trámite no será necesario si durante su minoría de edad han adquirido la nacionalidad española, lo cual es poco probable en la práctica, tal como se verá más adelante¹²⁴.

63. Los MENA que se encuentran en España bajo la tutela de la Administración Pública o de cualquier otra entidad en virtud de una resolución judicial, residen en España de manera regular a todos

¹²¹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

¹²² Vid. G. ARANDA, “Ex-Mena, una entidad para tener voz propia”, pp. 1-2, p. 1, en https://www.ara.cat/es/sociedad/Ex-Mena-entidad-para-tener-propia_0_2133386901.html.

¹²³ Vid. S. SAROLEA, “Les mineurs étrangers non accompagnés. Principes en droit international européenne”, *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

¹²⁴ Vid. *infra* apartado 4.

los efectos, tal como disponen el art. 35.7 LOEx y el art. 196 RLOEx. La entidad que los tutela es la encargada de solicitarles una autorización de residencia, previa la acreditación de la imposibilidad de repatriación o de retorno del MENA con su familia o a su país de origen. La expedición de una autorización de residencia no constituye un obstáculo para la posterior repatriación del MENA, si es que a través de esta medida se protege el interés del menor (art. 35.8 LOEx). La vigencia de esta autorización de residencia es de un año (art. 196.4 RLOEx). También se prevé la concesión de una autorización de residencia, cuya vigencia es igualmente de un año, en aquellos casos en los que han transcurrido más de 9 meses desde la puesta a disposición de los servicios de protección del menor hasta la identificación del mismo sin que todavía se haya decidido si éste debe permanecer en España o debe ser repatriado por problemas con la identificación y/o la localización de sus familiares, y el motivo no es otro que el de evitar un detrimento del interés superior del menor (art. 10.4 LOPJM en su versión otorgada por la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Los MENA son un colectivo que por su condición de menores pueden obtener fácilmente la regularización de su situación en España. Ciertamente, es más fácil que un MENA obtenga una autorización para residir en España, que no que un adulto extranjero obtenga una autorización de residencia, por ejemplo, por arraigo social o laboral. La diferencia de trato entre unos y otros es tan clara que se ha llegado a plantear hasta qué punto el fenómeno de los MENA no es más que una estrategia migratoria.

64. El RLOEx distingue dos situaciones en las que pueden encontrarse los MENA en España al llegar a la mayoría de edad: la de los MENA que llegan a la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia (art. 197 RLOEx); y la de aquellos otros que llegan a la mayoría de edad sin poseer dicha autorización (art. 196 RLOEx)¹²⁵.

A) El MENA es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad

65. Un elevado número de MENA obtienen, durante su minoría de edad, una autorización para residir en el territorio español. La cuestión que es objeto de nuestro interés es la relativa a qué sucede con esta autorización de residencia cuando el MENA cumple los 18 años de edad.

66. Una de las opciones que tiene el MENA que llega a la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia es la de solicitar su renovación, salvo que corresponda concederle una autorización de larga duración o de larga duración UE. De conformidad con lo dispuesto en el art. 35.9 LOEx, “reglamentariamente se determinarán las condiciones que los menores tutelados que disponen de una autorización de residencia deberán cumplir para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo cuando alcancen la mayoría de edad”.

La renovación tendrá una vigencia de dos años y se tramitará de conformidad con el procedimiento previsto para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo (art. 197.4 LOEx). Para la renovación de dicha autorización se tendrán en cuenta la siguientes consideraciones: el interesado debe acreditar recursos económicos suficientes para su manutención (la cuantía económica a acreditar para su manutención se establece en una cantidad que represente el 100% del IPREM); pueden ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a tales efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes de conformidad con el art. 35.9 LOEx; y se tendrá en cuenta la inserción del solicitante en la sociedad española, que quedará determinada después de la realización de una valoración de distintos aspectos, como: el respeto de las normas de convivencia, el conocimiento de las lenguas oficiales del Estado, la existencia de vínculos familiares con ciudadanos españoles o extranjeros residentes en España, el tiempo que han estado sometidos al acogimiento, guarda o tutela de un ciudadano o institución española, la continuidad en los estudios, la existencia de una oferta o contrato de trabajo y la participación en itinerarios de formación (art. 197.3 RLOEx).

¹²⁵ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, *loc. cit.*, p. 47; M^a E. COBAS COBIELLA, “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 20, pp. 1-8, p.4; P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, *op. cit.*, p. 494.

Con respecto a las condiciones que deben concurrir para la obtención de la renovación de una autorización de residencia es de interés destacar la STS 1155/2018, de 9 de julio de 2018¹²⁶. En este asunto la cuestión que se planteaba es la de determinar si el menor no acompañado que hasta la mayoría de edad ha estado bajo la tutela de la Administración disponiendo de una autorización de residencia temporal, en aplicación del art. 197.2 a) RLOEx, puede ver denegada la solicitud de renovación de dicha autorización una vez ya ha alcanzado la mayoría de edad, sin otro tipo de valoraciones. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de 7 de noviembre de 2016 del TSJ del País Vasco y confirmó la sentencia de 29 de diciembre de 2015 del Juzgado de Primera instancia de Vitoria Gasteiz, por la que se desestimaba un recurso contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Álava de 27 de marzo de 2015 denegatoria de la renovación de la autorización de residencia temporal concedida al recurrente en su condición de MENA durante su minoría de edad, una vez cumplidos los 18 años. La Delegación del Gobierno basó la resolución denegatoria de la renovación de la autorización de residencia temporal en la falta de acreditación por parte del interesado de recursos económicos suficientes para el período de residencia solicitado. En este caso la ausencia de recursos económicos propios era patente puesto que el recurrente vivía de ayudas sociales y el ayuntamiento de Vitoria le proporcionaba servicio de comedor. El recurrente en su recurso argumentaba que la resolución impugnada se basaba en una disposición sobre la que no existía jurisprudencia hasta el momento, suscitándose la cuestión en torno a si los requisitos previstos en los arts. 197.2 y 197.3 RLOEx son acumulativos o alternativos. La sentencia recurrida daba por sentado que los requisitos que contemplan los mencionados preceptos son acumulativos; en cambio, según el recurrente, de la lectura de los citados preceptos no se desprende dicha alternatividad. En su opinión, en una situación como la suya, en la que la adaptación social era total y existía interés por su parte en encontrar trabajo, el concepto de medios económicos debía flexibilizarse, en el sentido de que se tuvieran en cuenta las ayudas sociales como parte de esos medios sobre la base de lo dispuesto en el art. 197.3 RLOEx. El recurrente, para fundamentar su argumentación, también alegó que sus circunstancias personales eran muy específicas y distintas de las de los casos generales puesto que había estado tutelado por la Administración pública, de la que seguía en cierta medida dependiendo en ciertos aspectos. Por un lado, porque se encontraba participando en un proyecto socio-educativo-laboral que estaba teniendo excelentes resultados y, por otro lado, porque la Administración pública le había proporcionado el alojamiento y los recursos para poder culminar su proceso de arraigo e integración. Finalmente, el TS en su sentencia concluyó que la acreditación de medios económicos para su manutención o sostenimiento era una condición necesaria para poder obtener la renovación de la autorización de residencia temporal de la que venía disfrutando desde que era menor de edad y, que el incumplimiento de dicha condición constituía causa suficiente para su denegación. Es por este motivo que el TS consideró que resultaba innecesario entrar a valorar otras circunstancias.

En cambio, el TSJ de Castilla y León, en la Sentencia de 31 de julio de 2015¹²⁷, llegó a la conclusión opuesta en un caso en el que circunstancias eran parecidas. En este asunto, el TSJ de Castilla y León estimó el recurso y reconoció el derecho a la renovación de la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo a un ex MENA, de nacionalidad marroquí, sin que éste hubiera acreditado la disposición de recursos económicos por valor del 100% del IPREM. El TSJ de Castilla y León admitió el recurso porque tuvo en cuenta las circunstancias personales del recurrente, un ex MENA que desde los seis años de edad se encontraba en España y que había estado tutelado por la Administración en régimen de acogimiento residencial. El interesado aportó certificados académicos de Educación secundaria en el que se reflejaban sus buenas calificaciones, certificados de formación, de conocimiento de la lengua española, una solicitud de empleo, un justificante conforme contaba con apoyo para su vivienda y manutención y un informe positivo de integración emitido por la Junta de Castilla y León.

67. En el caso de que el ex MENA no solicite la renovación de la autorización de residencia, éste pasará a encontrarse en España en situación irregular desde el momento en que finalice el período

¹²⁶ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, núm. 1155/2018, de 9 de julio de 2018 (Recurso 2393/2017), *ROJ*: STS 2768/2018 y *La Ley* nº 9250, 3 de septiembre de 2018.

¹²⁷ STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 165/2015, de 31 de julio de 2015 (recurso 84/2015), *ROJ*: STSJ CL 3657/2015.

de vigencia de su autorización, momento a partir del cual se le podrá aplicar el régimen sancionador previsto en la LOEx y en el RLOEx.

68. El ex MENA que alcanza la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia también tiene la posibilidad de solicitar la modificación de la autorización de residencia en autorización de residencia y trabajo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 197.6 y 200 RLOEx.

B) El MENA no es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad

69. Otra situación distinta es de los MENA que llegan a la mayoría de edad sin haber obtenido una autorización de residencia durante el período que estuvieron sometidos a la tutela legal, guarda o acogimiento de una entidad pública española, conforme al art. 196 RLOEx. Esta situación se produce cuando las autoridades españolas han omitido la realización del trámite de documentación durante la minoría de edad de estos jóvenes. Y ello da lugar a que los MENA alcancen la mayoría de edad encontrándose en España indocumentados y, por consiguiente, en situación irregular¹²⁸. En tales circunstancias, los ex MENA, en aplicación del régimen sancionador, pueden ser expulsados del territorio español (art. 57 LOEx), salvo que durante la minoría de edad hayan adquirido la nacionalidad española. Sin embargo, tal como se verá más adelante, es poco probable que ello ocurra en la práctica¹²⁹.

70. En estos casos, para evitar la aplicación del régimen sancionador, la entidad podrá recomendar la concesión al ex MENA de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, siempre y cuando éste haya participado en las acciones formativas y las actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social (art. 198.1 RLOEx). La solicitud deberá presentarla el propio interesado durante los 60 días naturales previos o los 90 días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años (art. 198.2 RLOEx). Asimismo, el interesado deberá acreditar, alternativamente, que dispone de recursos económicos suficientes para su manutención, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM; que tiene un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva que reúne los requisitos previstos en el art. 64 b), c), d), e) y f) del RLOEx; y que reúne los requisitos previstos en el art. 105.3 a), b), c) y d) RLOEx para el desarrollo de una actividad por cuenta propia. En el caso de que el ex MENA obtenga una autorización de residencia en base a lo dispuesto en el art. 198.2, ésta conllevará una autorización de trabajo y la obligación de darse de alta a la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución. Durante la tramitación de la autorización se tendrá en especial consideración el grado de integración en la sociedad española en los términos previstos en el art. 197.3 RLOEx.

71. En la mayoría de los casos, el principal objetivo que persiguen los MENA que se desplazan al territorio español es obtener una autorización de residencia y de trabajo, no recibir una educación y formación y lograr su integración en la sociedad española. Es decir, su móvil es de carácter económico¹³⁰. La Administración es la encargada de dotar a los miembros de este colectivo de documentación de manera adecuada, tal como dispone el art. 10 de la LO 1/1996 modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Pero, la expedición de la documentación no sigue unos criterios uniformes y los trámites se complican enormemente cuanto más masificados están los centros de acogida¹³¹. Uno de los motivos, entre otros, que lleva a los MENA a abandonar los centros de acogida es el hecho de constatar que no podrán obtener la documentación necesaria para regularizar su situación en España.

¹²⁸ Vid. L. GARAU JUANEDA, "El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español", *loc. cit.*, p. 86.

¹²⁹ Sobre los trámites que los MENA deben realizar para adquirir la nacionalidad española Vid. *infra* apartado 4.

¹³⁰ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, "Perfiles de la integración del extranjero", *loc. cit.*, p. 35.

¹³¹ Vid. VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, *op. cit.*, pp. 8, 43 y 44.

3. La autorización de trabajo

72. A pesar de que muchos MENA, cuando alcanzan la mayoría de edad, salen del centro o de la familia de acogida poseyendo una autorización de residencia o una renovación de dicha autorización, de lo que no disponen, por lo general, es de una autorización de trabajo.

73. La normativa de extranjería trata de facilitar el acceso de los MENA mayores de dieciséis años al mercado de trabajo y, por consiguiente, su integración en la sociedad. El art. 35.9 LOEx recoge un mandato en virtud del cual “las CCAA deben crear programas destinados a la incorporación de los menores inmigrantes en el mercado de trabajo cuando éstos alcanzan la mayoría de edad”, siempre y cuando cuenten con la autorización de residencia y con la autorización de trabajo para el desempeño de una actividad laboral, aunque en ocasiones pueden realizar determinadas actividades sin haber obtenido la autorización de trabajo¹³². Según el art. 41.1 j) LOEx, los MENA en edad laboral que dispongan de una autorización de residencia, están exentos de la obligación de obtener una autorización de trabajo para desarrollar aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio a juicio de la entidad pública que ejerza su tutela. Asimismo, según el art. 40.1 i) LOEx, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan la integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen¹³³. No obstante, la realidad es que en la práctica las autoridades suelen ser reticentes a la hora de expedir tales autorizaciones.

74. Para obtener una autorización de trabajo, los ex MENA deben conseguir un puesto de trabajo y un contrato, lo que no resulta nada fácil por varios motivos. Los trámites para la obtención de una autorización de trabajo conllevan un cierto tiempo y a los empleadores les resulta más práctico e inmediato contratar a jóvenes españoles o a jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias, que a los ex MENA. Además, estos jóvenes, por lo general, tienen dificultades para acceder a un puesto de trabajo y no están capacitados para realizar todo tipo de actividades debido a que suelen tener un nivel académico muy bajo y una formación profesional escasa o nula y, en cualquier caso, inferior a la de los jóvenes españoles o a la de jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias. Por lo general, los adolescentes que se encuentran dentro del sistema de protección tienen muchas dificultades para adquirir los conocimientos de la enseñanza obligatoria, particularmente los que han vivido bajo el régimen de acogimiento residencial¹³⁴. El desconocimiento o la falta de dominio del idioma suele ser un factor común en muchos de los casos, pero también pueden influir otros factores como el analfabetismo que muchos de estos jóvenes tienen cuando acceden al territorio español, el entorno familiar en el que han vivido y las experiencias personales por las que han pasado, entre otros. Todo ello, sin duda alguna, contribuye a que muchos de los MENA, tanto antes como después de la mayoría de edad, decidan vivir en la calle y caigan fácilmente en la delincuencia, las drogas, el alcohol, etc., pasando a ser, en consecuencia, individuos que son objeto de rechazo y de marginación por parte de la sociedad¹³⁵.

75. Muchos ex MENA empezaron a trabajar en su país de origen siendo muy jóvenes para poder contribuir a la economía familiar. No obstante, que hayan trabajado muchos años no significa que tengan una formación profesional. Además, muchos de ellos han trabajado en sectores muy precarios y algunos, incluso, en sectores difíciles y de alto riesgo personal, como la prostitución, el tráfico de drogas, etc.

76. El hecho de que la mayoría de los ex MENA no encuentren trabajo tiene como consecuencia que éstos no dispongan de recursos económicos para poder llevar a cabo una vida independiente de forma favorable para su desarrollo¹³⁶, lo que les lleva a vivir en la calle y, en muchos casos, a delinquir para

¹³² Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, *loc. cit.* p. 48.

¹³³ Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados”, *loc. cit.*, pp. 33 y 34.

¹³⁴ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁵ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 3.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 18.

poder sobrevivir. Para evitar este tipo de conductas, que sin duda son contraproducentes tanto para ellos mismos, como para la convivencia social, sería aconsejable que las autoridades españolas, en la medida de lo posible, dieran cumplimiento al mandato previsto en el art. 35.9 LOEx.

77. La autorización de trabajo, de concederse, tendrá la duración de la actividad para la que haya estado expedida, salvo que exceda del tiempo de vigencia de la autorización de residencia (art. 196.4 LOEx). No será necesario que obtengan la autorización de trabajo, los MENA que al alcanzar la mayoría de edad hayan obtenido la autorización de residencia permanente por cumplir los requisitos establecidos en el art. 72.3 e) RLOEx¹³⁷, ni tampoco aquellos que hayan adquirido la nacionalidad española¹³⁸.

4. La adquisición de la nacionalidad española

78. La nacionalidad, en su acepción jurídica, es el vínculo jurídico-político que une un individuo con el Estado del que aquél pasa a ser nacional. La nacionalidad es, pues, un elemento clave para la integración política de los inmigrantes en el territorio español¹³⁹.

79. No obstante, cuando hablamos de la integración de los extranjeros en España, no únicamente nos referimos a la integración política, sino, fundamentalmente, a su integración social, cultural, económica, laboral, lingüística, etc.¹⁴⁰. El cumplimiento por parte de los extranjeros del requisito de la integración en la sociedad española es exigido tanto en el trámite de la solicitud de la autorización de residencia o de su renovación (art. 197.3 y 198.1 RLOEx), como también en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española a través del mecanismo de la naturalización por residencia (art. 22.4 C.c en relación con Real Decreto 1004/2015, 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia -RD 1004/2015-¹⁴¹).

80. Según el art. 22.2 c) C.c, bastará un año de residencia en el territorio español para que “los que hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud” puedan adquirir la nacionalidad española a través de dicho mecanismo de naturalización. Por consiguiente, los MENA o ex MENA que están o han estado bajo un régimen de protección previsto por el ordenamiento jurídico español, como la tutela residencial o la tutela familiar, si lo desean, pueden beneficiarse de un régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad española.

81. Para que la adquisición de la nacionalidad española a través del mecanismo de la naturalización por residencia sea válida, el extranjero debe cumplir una serie de requisitos, entre los cuales destacan, que su residencia sea legal –por lo tanto, debe poseer una autorización de residencia conforme a la normativa en materia de extranjería-¹⁴², y que justifique buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 C.c)¹⁴³.

¹³⁷ Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados”, p. 34.

¹³⁸ Vid. *infra* apartado 4.

¹³⁹ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, en VVAA, *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 31-62, p. 41.

¹⁴⁰ Sobre las distintas acepciones del término “integración”, Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, *loc. cit.*, pp. 31-62.

¹⁴¹ BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2015.

¹⁴² Según el art. 22.3 C.c, la residencia deberá ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Y, además, de conformidad con el art. 23 C.c, que es la disposición que enumera los requisitos comunes para que la adquisición de la nacionalidad española por opción, residencia o carta de naturaleza sea válida, el interesado debe ser mayor de 14 años y capaz de prestar declaración por sí y debe jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; debe renunciar a su nacionalidad, salvo que se sea nacional de Países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o que sea miembro de la comunidad sefardí y; debe inscribir la adquisición en el Registro Civil español”.

¹⁴³ Vid. E. PALLARÉS VAQUERO, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, *op. cit.*, pp. 33-47, pp. 46 y 47.

El RD 1004/2015 se adoptó para regular el procedimiento a seguir para adquirir la nacionalidad española por residencia conforme al art. 22 C.c y, en particular, para precisar los requisitos que deben cumplir los interesados en adquirir la nacionalidad española para demostrar, conforme al art. 22.4 C.c, que tienen un suficiente grado de integración en la sociedad española. A tal efecto, el RD 1004/2015 vino a incorporar como novedad la exigencia de que el interesado supere dos pruebas: una prueba de español como lengua extranjera (DELE) y una prueba en la que el interesado debe acreditar su conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España (art. 6.1 RD 1004/2015)¹⁴⁴. Los extranjeros menores de edad, entre los que se encuentran los MENA, no deben superar estas dos pruebas para acreditar su suficiente grado de integración en la sociedad española, sino que deben aportar un certificado del centro residencial o de acogida en el que hayan estado inscritos (art. 4.6 RD 1004/2015).

82. En la práctica, son pocos los casos de MENA que, durante su minoría de edad, adquieren la nacionalidad española por residencia en el territorio español de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2 c) C.c. Y, el motivo no es otro que, cuando los miembros de este colectivo son menores de 14 años, la solicitud de adquisición de la nacionalidad la debe formular su representante legal (art. 21.3 c) C.c y art. 4.3 RD 1004/2015), es decir, la autoridad pública encargada de su protección y; además, en los casos de guarda, tutela o acogimiento por persona distinta de los padres y, en general, en todos los casos de representación legal distinta de la patria potestad, también es necesaria la autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del menor, previo informe del Ministerio Fiscal (art. 4.3 RD 1004/2015).

83. No se encuentran con menos trabas los MENA que inician los trámites para adquirir la nacionalidad española por naturalización por residencia a partir del momento en que son mayores de edad, por cuanto para demostrar un suficiente grado de integración en la sociedad española deben realizar las dos pruebas previstas por el art. 6.1 RD 1004/2015, la prueba DELE y la prueba de conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España. En definitiva, el RD 1004/2015 parte de la base de que la integración social tiene dos vertientes diferenciadas, la vertiente lingüística y la cultural, las cuales están interconectadas entre sí. La cuestión que se plantea en estos casos es si, atendiendo a la trayectoria personal, al nivel educativo y de formación, y al conocimiento de la lengua española, los miembros de este colectivo podrán demostrar un suficiente grado de integración en la sociedad española. En la práctica jurisprudencial se observa que una de las principales causas de denegación de la nacionalidad española por residencia es, precisamente, el desconocimiento de la lengua española y la falta de adaptación a la vida y a la cultura española¹⁴⁵, así como también el hecho de no poder justificar una buena conducta cívica¹⁴⁶.

84. Un elemento clave para que los inmigrantes puedan lograr su integración en la sociedad española es que éstos tengan conocimiento de la lengua española¹⁴⁷. El extranjero que no tiene un cierto conocimiento de la lengua española difícilmente puede adquirir un mínimo nivel de formación profesional y educativo y, en tales circunstancias, también tendrá dificultades para entablar relaciones sociales.

¹⁴⁴ También se podrá solicitar al interesado que aporte informes al objeto de comprobar si reúne los requisitos del art. 22 C.c. Los informes pueden comprender un juicio sobre la conducta del extranjero y su situación respecto a las obligaciones a cumplir para su entrada y residencia (arts. 8.1 i 8.2 RD 1004/2015).

¹⁴⁵ Vid. Ministerio Fiscal, *Memoria de Extranjería*, 2014, pp. 1-21, p. 20, en <https://blogextranjeriaprogestion.org/2015/10/26/memoria-fiscalia-de-extranjeria-2014/>.

¹⁴⁶ Vid. *supra* apartado 1. F) sobre la vida de los MENA y ex MENA en la calle.

¹⁴⁷ Vid. Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, "Perfiles de la integración del extranjero", *loc. cit.*, p. 40; L. MORALES OROZCO, *La integración lingüística del alumnado inmigrante: propuestas para el aprendizaje cooperativo*, Catarata, Madrid, 2006, pp. 27-44; C. MORENO GARCÍA, "Lengua y cultura ¿elementos integradores?", Granada, 2004, pp. 214 y 215; C.F. FÁBREGAS RUIZ, "Tratamiento jurídico e integración de los MENA", en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 497-516; G. ESTEBAN DE LA ROSA, "Protección e integración social de los Menores inmigrantes extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía", *loc. cit.*, pp. 463-495; M. PÉREZ Y S. RINDEN, *La integración de los inmigrantes en la sociedad andaluza*, CSIC, Córdoba, 2005, pp. 107 y 108; M^a C. ACUYO VERDEJO, "El idioma como elemento de integración de la población inmigrante de Andalucía: una visión práctica de la Administración Pública", en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 215-236.

85. El hecho de tener un cierto nivel educativo y una mínima formación profesional también es, sin duda alguna, un instrumento que facilita la integración social y la adquisición de autonomía por parte de estos jóvenes. Sin una mínima preparación, los ex MENA difícilmente pueden acceder al mercado laboral ya que los empleadores prefieren contratar a los jóvenes españoles o a jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias por cuanto éstos, por lo general, están más preparados. Este es un problema que tiene difícil solución en la medida que los MENA suelen llegar a España sin haber ido a la escuela o sin haber finalizado sus estudios. Asimismo, las calificaciones de aquellos que han realizado estudios en su país de origen o de procedencia suelen ser muy bajas. Además, la intervención educativa llevada a cabo durante los años de internamiento, particularmente en los centros residenciales más que en el régimen de acogida familiar, no es suficiente como para garantizar que los jóvenes al alcanzar la mayoría de edad puedan afrontar autónomamente esta transición y competir con otros jóvenes. En consecuencia, en tales circunstancias los ex MENA se ven claramente abocados a una situación de marginación.

86. Como ya se ha apuntado anteriormente, con el fin de promover la integración de este colectivo y de encauzar su autonomía, recientemente, en Catalunya, se ha diseñado la *Estrategia catalana per l'acollida i la inclusió*, en la que participan sindicatos, colegios profesionales y entidades sociales. A través de este programa también se pretende abordar el tema de la sensibilización contra la estigmatización de los jóvenes que integran este colectivo, medida que a largo plazo puede contribuir a su inserción social¹⁴⁸.

87. Los MENA que han estado bajo el régimen de tutela de la Administración y que han vivido en centros residenciales tienen dificultades de integración social debido a que durante su minoría de edad han permanecido encerrados en los centros de acogida sin poder salir, en ocasiones, incluso, ni tan solo para asistir a la escuela. Muchos de los centros o instituciones de acogida se encuentran alejados de los núcleos urbanos, por consiguiente, los MENA no pueden relacionarse con normalidad con la gente y con otros chicos y chicas de su edad ni, por lo tanto, integrarse en la sociedad. Además, en muchos de los centros la escuela se encuentra en su propio interior, lo que sin duda contribuye a su reclusión o aislamiento con respecto al resto de la población. El aislamiento o semi-aislamiento al que se encuentran sometidos da lugar a que estos jóvenes tengan una red social muy limitada o incluso nula, lo que sin duda tiene efectos muy negativos de cara a su emancipación. Durante su minoría de edad, la institución o el centro de acogida es el único referente de los MENA. Un referente que se preocupa más de contenerlos o de controlarlos, que no de educarlos y de preocuparse por su futuro y que, además, los deja absolutamente solos y desamparados el mismo día que adquieren la mayoría de edad¹⁴⁹. En cambio, los ex MENA que han estado bajo la tutela familiar tienen mucha más facilidad para integrarse puesto que no han vivido aislados y encerrados, sino en un entorno, por lo general, más abierto y acogedor que les ha permitido sociabilizar más y adquirir lazos o vínculos con la familia de acogida¹⁵⁰.

88. La mayoría de los MENA se desplazan al territorio español con el objetivo de conseguir la documentación necesaria para poder regularizar su situación en el territorio español y para poder conseguir un trabajo y un salario que les permita sobrevivir e incluso mantener a su familia¹⁵¹. La integración en la sociedad española, su propia formación y el aprendizaje de la lengua española no son ni mucho menos su principal preocupación, ni tampoco el motivo que los lleva a desplazarse al territorio español. En consecuencia, la falta de interés o de motivación por parte de algunos miembros de este colectivo para integrarse en la sociedad española acaba constituyendo un obstáculo para su propia inserción y, en consecuencia para la adquisición de la nacionalidad española.

¹⁴⁸ Vid. R. M^a. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹ Vid. P. MANRIQUE, "Tratan a los menores como un problema del que protegerse", *loc. cit.*, p. 4.

¹⁵⁰ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Migrants non accompagnés en Espagne", *loc. cit.*, p. 67.

¹⁵¹ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, "Perfiles de la integración del extranjero", *loc. cit.*, p. 35.

V. Reflexiones finales

89. En los últimos años el desafío que plantean los MENA es cada vez mayor puesto que el número de menores nacionales de terceros Estados o apátridas que llegan al territorio español y a otros Estados miembros de la Unión Europea va creciendo de manera exponencial. La inmigración masiva de MENA ha sido la causa de la reciente saturación del sistema de acogida en España.

90. Las razones por las que estos menores abandonan sus países son muy variadas y, en la mayoría de los casos, son estas mismas razones las que acaban frustrando la repatriación de los miembros de este colectivo a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, tanto cuando éstos son menores (MENA) como cuando son mayores de edad (ex MENA). En este ámbito sería fundamental estrechar la cooperación entre las autoridades de los Estados afectados y potenciar la búsqueda de soluciones asistenciales, de protección y de acompañamiento en los países de origen o de procedencia de los MENA y ex MENA. De esta manera, la responsabilidad de afrontar los problemas derivados de la protección y la regularización de este colectivo no recaerían en su totalidad en el Estado español, en tanto que Estado de acogida o de recepción.

91. Los MENA que permanecen en el territorio español quedan sujetos a un régimen de protección cuyo funcionamiento se desactiva el mismo día que cumplen 18 años. En la vida de una MENA concurren vivencias tristes, miedo, soledad, etc. No obstante, lo que verdaderamente supone un mal sueño para los miembros de este colectivo es la llegada a la mayoría de edad. Es a partir de este momento que comienza una nueva vida para ellos puesto que quedan automáticamente excluidos del régimen de protección y el principio del interés superior del menor ya no les ampara. Asimismo, su situación administrativa también se modifica y, salvo que dispongan o soliciten una autorización de residencia, obtengan su renovación o que hayan adquirido la nacionalidad española, los miembros de este colectivo pasan a encontrarse en España en situación irregular, con las consecuencias que ello conlleva. Por lo tanto, es fundamental prestar mucha atención al proceso de transición a la vida adulta de estos jóvenes y, siempre y cuando cumplan los requisitos legalmente previstos –imprescindible para evitar el “efecto llamada”–, procurar regularizar su situación y acompañarlos en el tránsito a la vida autónoma e independiente.

92. A nuestro juicio, para que los MENA puedan independizarse o emanciparse de manera adecuada es imprescindible y prioritario introducir mejoras y cambios en el sistema de protección al que éstos se encuentran sometidos durante su minoría de edad. Es decir, no es suficiente con articular mecanismos o programas específicos que faciliten la transición de los MENA a la vida adulta, sino que, sobre todo, es esencial mejorar y reforzar el régimen de protección al que se encuentran sometidos durante su minoría de edad.

93. Sería idóneo que los ex MENA, durante la minoría de edad, hayan vivido en un régimen de acogida más familiar que no residencial, aunque este sistema tiene la dificultad de que requiere de la participación de muchas más familias de las que participan en la actualidad en los programas de acogida. También sería aconsejable que los centros residenciales fueran más pequeños y lo más familiares posible, que fueran preferiblemente urbanos y que los menores pudieran vivir en un mismo centro, y no pasando de un centro a otro. De este modo se propiciaría la creación de lazos con su entorno y ello contribuiría a que en el momento de adquirir la mayoría de edad estos jóvenes fueran más maduros, autónomos y estuvieran más integrados en la sociedad. También sería necesario que el guardador o cuidador tuviera capacidad para tomar decisiones, ya que actualmente son las autoridades estatales o autonómicas del lugar donde reside el MENA las que deciden sin apenas conocer directamente al adolescente.

94. Para lograr que estos jóvenes puedan emanciparse e integrarse social, cultural y laboralmente, debería potenciarse su formación académica, profesional y el aprendizaje de la lengua española desde su entrada al régimen de protección. De esta manera, también se lograría reducir el número de MENA y de ex MENA en las calles y una mejora de la convivencia social. En definitiva, la preparación para la

vida adulta necesariamente debe formar parte de la propia planificación de la protección de los menores extranjeros no acompañados.

95. Una de las soluciones que mejores resultados está dando en la práctica a partir del momento en que los MENA cumplen 16 años de edad es la de las viviendas o pisos asistidos o tutelados, que se aplica en Catalunya. Se trata de un programa que favorece que estos jóvenes lleguen a la mayoría de edad mucho más preparados, maduros y con más seguridad en sí mismos para afrontar la vida independiente. Para poder acceder a este tipo de viviendas los menores deben cumplir toda una serie de requisitos, exigencia que es importante preservar para que el propio programa funcione correctamente. El problema es que son pocas las plazas disponibles y que se trata de un programa que no está previsto en todas las CCAA. Con el objetivo de evitar tratos desiguales e injustos de los jóvenes ex - tutelados, también sería conveniente unificar, en la mayor medida posible, los programas de atención a estos jóvenes en todo el territorio español.

96. No obstante, por mucho que se propongan soluciones o alternativas para facilitar y mejorar la transición de los MENA a la mayoría de edad, resulta indispensable que se aumente el número de plazas del sistema de protección de menores, de adolescentes y de mayores de edad, aunque ello no es viable si el Gobierno español y los Gobiernos autonómicos no aumentan la dotación presupuestaria para poder invertir en instalaciones, en programas de formación y educativos para estos jóvenes y en la contratación y formación de personal especializado en el cuidado y el trato de los MENA y ex MENA.

97. La problemática de los MENA, desde que llegan a España hasta que quedan excluidos del régimen de protección al llegar a la mayoría de edad, es responsabilidad de todos: de los países de origen o de procedencia de los jóvenes que integran este colectivo, de los Estados de recepción o de acogida y, también, de la propia ciudadanía.