

Recibido: 31 julio 2021
Aceptado: 11 octubre 2021

Protección de los MENA al alcanzar la mayoría de edad: incumplimiento de España de sus obligaciones internacionales y alcance de la reforma del Reglamento de Extranjería

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

SUMARIO: I. Introducción: el elefante en la habitación. II. Normativa internacional de protección de los niños y niñas a su llegada a la mayoría de edad. 1. Tratados internacionales. 2. Otros principios internacionales. 3. Derecho europeo. III. Situación en la que han quedado los MENA a partir de la mayoría de edad hasta noviembre de 2021. 1. Los datos y su situación administrativa. 2. MENA que llegaban a la mayoría de edad con autorización de residencia previa. 3. MENA que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia previa. IV. Los incumplimientos y la reforma inaplazable. 1. Incumplimientos de España de la legislación internacional hasta noviembre de 2021. 2. Real Decreto 903/2021: el acierto de la esperada reforma. V. Conclusiones.

RESUMEN: Nadie niega que los MENA que se encuentran en España tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico español una protección que proviene del Derecho internacional. Sin embargo, la concepción generalizada sobre su protección es la de que una vez que llegan a la mayoría de edad deja de serles aplicable este régimen legal y esta pasa del todo a la nada, de 100 a 0. En el presente trabajo exponemos que, a nuestro juicio, esta es una lectura errónea de la normativa internacional y europea aplicable en España. Los y las menores que llegan a la mayoría de edad siguen teniendo un marco jurídico que procede de su minoría de edad que les protege y ampara y que las autoridades deben cumplir. En este trabajo analizamos con visión crítica dicho marco normativo internacional y cómo lo aplica la legislación española. También exponemos la práctica de las instituciones competentes de la tutela de los MENA en España. Hasta octubre de 2021 ni una ni otra cumplían las obligaciones internacionales de España. Estudiamos este incumplimiento y realizamos una primera aproximación al esperado cambio normativo surgido en España con el Decreto 903/2021 de 19 de octubre que da pasos decididos en la buena línea de cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales.

PALABRAS CLAVE: MENA – MAYORÍA DE EDAD – PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS – LEGISLACIÓN ESPAÑOLA – DESPROTECCIÓN EN ESPAÑA.

Protection of MENA upon reaching the age of majority: failure of Spain to comply with its international obligations and scope of the reform of the Immigration Regulations

ABSTRACT: Nobody denies that the accompanied foreign minors who are in Spain have in the Spanish legal system a protection that originates in international law. However, the generalized

conception is that once they reach the age of majority, this legal regime ceases to be applicable to them and this protection goes completely to nothing, from 100 to 0. In the present work we state that, in our opinion, this is an erroneous reading of the international and European regulations applicable in Spain. Minors who reach the age of majority continue to have a legal framework that comes from their minority age that protects and safeguards them and that the authorities must comply with. In this paper we analyze this international regulatory framework and how it is applied by Spanish legislation with a critical vision. We also expose the practice of the competent institutions for the protection of unaccompanied foreign minors in Spain. Until October 2021 neither one nor the other complied with Spain's international obligations. We studied this non-compliance and made a first approximation to the expected regulatory change that emerged in Spain with Decree 903/2021 of October 19, which takes decisive steps in the good line of Spain's compliance with its international obligations.

KEYWORDS: MENA – MAJORITY OF AGE – INTERNATIONAL PROTECTION OF BOYS AND GIRLS – SPANISH LEGISLATION – UNPROTECTED MINORS IN SPAIN.

I. INTRODUCCIÓN: EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN

1. Uno de los problemas más candente que tiene España en la actualidad es la gestión de flujos migratorios que nos llegan de nuestro entorno africano más cercano y que no ha tenido una respuesta adecuada, ni por la Unión Europea ni por los Estados miembros. Y más concretamente, el gran agujero negro es la gestión de los niños y niñas extranjeros menores no acompañados que llegan a nuestro territorio y la situación en la que quedan llegados a la mayoría de edad. A partir de ahora denominaremos a estos niños y niñas como MENA por ser el término más extendido y generalizado, si bien reconocemos que no es el más correcto. Este es un problema, como veremos más adelante, de largo recorrido¹. Es el auténtico elefante en la habitación de nuestra regulación en inmigración y extranjería, el fenómeno que todos los juristas y la administración aprecian, pero al que nadie parecía saber darle solución hasta el pasado mes de octubre de 2021.

2. En el presente trabajo analizaremos esta situación desde sus dos perspectivas básicas, la legislativa y la administrativa. En cuanto a la legislativa expondremos cómo la regulación anterior a octubre de 2021 los

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es).

¹ Como podemos apreciar hace ya 16 años, con un número de MENA ya significativo que señala el inicio del fenómeno en 1980 en M. R. Bravo Rodríguez, "La situación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Consejo de Europa*, MG-RCONF (2005) 11, 10 de octubre de 2005, p. 3.

arts. 197 y 198 del Reglamento de Extranjería², era absolutamente inadecuada para la protección de estos y estas menores, incrementando su vulnerabilidad en un momento crítico de su vida en el que su protección pasa de 100 a 0 en un día³. A esta regulación se le unía la práctica administrativa. Todos los estudios acreditan que la administración española que ha gestionado los MENA ha sido absolutamente ineficaz en la tramitación de la documentación de los y las menores que acredite su situación administrativa. Estas dos realidades provocan que la actual situación de los MENA en España desde la perspectiva estadística sea absolutamente preocupante. Por un lado, por la inexistencia de datos claramente fiables⁴. Y por otro, porque aún con los pocos existentes, en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021 se recoge que a 31 de diciembre de 2020 había en España 9.030 MENA tutelados por las Comunidades Autónomas que hasta el 8 de noviembre de 2021, fecha en la que entró en vigor la nueva regulación, han estado en esta situación de vulnerabilidad⁵.

² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE 30.04.2011.

³ Hablamos de menores extranjeros no acompañados que llegan a España y se encuentran en un entorno hostil. De forma gráfica suelo plantear este debate y dilema a juristas y a la administración provocándoles que imaginen esta misma situación a menores españoles en sus entornos familiares. Pongamos a cualquiera de nuestros jóvenes de 16 o 17 años ante la misma situación... O consiguen un trabajo remunerado con 18 años, sin formación ni experiencia, o los expulsamos de España. ¿Cuántos menores españoles en buenas condiciones socio-económicas tendrían éxito y lo lograrían en nuestro actual entorno? Esta es la posición en la que ponemos a menores que necesitan una especial y mayor protección por los tratados internacionales vigentes en España. En un país en el que la edad media a la que se abandona el hogar familiar se encuentra en los 29 años según INJUVE, informe de la juventud 2020, p. 115, disponible en [http://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2021/03/informe_joven_tud_espana_2020.pdf]. Al respecto de la general situación de desprotección de estos niños y niñas, *vid.* C. Perazzo Aragoneses, *Los más solos*, Save the Children, 2018, pp. 100-109. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

⁴ El principal y radical problema es la falta de datos sobre MENA. Al respecto, *vid.* Varias autoras, *De niños en peligro a niños peligrosos*, Harraga, 2016, p. 6. Disponible en [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5382_d_a34d5de11e2a2bf04ea93f580d34b688.pdf]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

⁵ El Registro de Menores no Acompañados está regulado en el art. 215 del Reglamento de Extranjería. La memoria de la Fiscalía de 2021 recoge los datos. En el Registro, a fecha de 31 de diciembre 2020, figuraban inscritos un total de 9.030 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección. Es de destacar el importante descenso producido en un año desde los 12.417 registrados el 31 de diciembre de 2021. *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021, capítulo III, que puede ser consultada en [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

3. Para abordar el problema humano, humanitario, migratorio y estadístico de los MENA, es preciso dotarnos del enfoque adecuado, y este es el de las obligaciones internacionales que España ha asumido respecto a estos y estas menores, y de cómo deben ser interpretadas. Por ello, en el presente trabajo, antes de exponer la realidad de los MENA, iniciaremos nuestro estudio haciendo un somero recorrido por los tratados internacionales suscritos por España en los que se regula la protección de todos los niños y las niñas, y que España inexorablemente debe cumplir. Solo cuando apreciemos en una única panorámica general las obligaciones internacionales que España tiene respecto a todos los niños, las niñas y los adolescentes que llegan a la mayoría de edad, podremos entrar al análisis de la situación pasada y futura con el enfoque necesario para comprender el título que le hemos dado a nuestro trabajo, el incumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico de las propias obligaciones que ha asumido cumplir y no cumplía hasta la modificación del Reglamento de Extranjería de octubre de 2021.

4. Uniendo este enfoque con la descripción de la situación de los MENA, expondremos los incumplimientos pasados de España de sus obligaciones y la existencia del elefante en la habitación, a la vista de todos y en una situación que ya duraba demasiados años. Finalizaremos nuestro trabajo reflexionando sobre las urgentes reformas legislativas que exigía esta situación, y también el diferente enfoque administrativo que debe dársele en el futuro. Tras ello, realizaremos una primera aproximación al contenido del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Extranjería, que ciertamente podemos afirmar que camina en la buena línea del cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales⁶.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A SU LLEGADA A LA MAYORÍA DE EDAD

5. España ha asumido unos compromisos internacionales a lo largo de los años centrados en la protección de los niños y las niñas que configuran el actual corpus legal de los derechos de los que los mismos disfrutaban en

⁶ Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. BOE 20.10. 2021. La reforma se anunciaba como “inminente” en mayo, y aunque haya tardado tiempo en llegar veremos que la espera ha merecido la pena. *Vid.* [https://www.eldiario.es/desalambre/reforma-reglamento-extranjeria-pretende-regula-rizar-15-000-menores-migrantes-jovenes-extutelados_1_7888330.html]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

nuestro ordenamiento jurídico. En este trabajo analizaremos cómo España ha cumplido o no estas obligaciones⁷. En el presente epígrafe interrelacionaremos la regulación internacional de distinto origen vigente en nuestro país para poder estudiar posteriormente la situación de los MENA desde esa atalaya.

1. *Tratados internacionales*

6. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁸ reconoce en su art. 13.1º el derecho de toda persona a elegir la residencia en el territorio que lo desee. Es un Derecho reconocido a nivel programático porque no existe ninguna norma internacional que obligue o imponga paralelamente a los Estados a garantizarlo⁹. Sin recoger alusiones a los y las menores de edad, se promovió la primera Declaración Universal de los Derechos del niño de 1959. Aún en la brevedad de sus 10 principios, y sin nombrar específicamente a los MENA sí protegen a todos los niños y las niñas con carácter general. Su principio séptimo señala que el niño y la niña tendrán una educación que favorezca la igualdad de oportunidades, en pro de su interés superior como principio rector. En su principio décimo prohíbe toda práctica que fomente la discriminación racial, religiosa, o de otra índole¹⁰.

7. Diversas convenciones de carácter general de protección de la persona vigentes en España regulan los derechos humanos y las libertades públicas o los Derechos Civiles, políticos y económicos y sociales. Únicamente citan la protección de los niños y las niñas de forma genérica previendo especialidades en los procedimientos que les afecten¹¹, o prohíben su discriminación¹² estableciendo la necesidad de adoptar con los y las

⁷ A pesar de que las Comunidades Autónomas sean las competentes en la gestión de los MENA, el Estado tiene la obligación legal y moral de velar por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

⁸ Declaración universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁹ El Tribunal Constitucional, en su importante Sentencia al respecto nº 94/1993 de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1993:94, ya expresó claramente, en su FJ 3º; “La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. *Vid.* L.A. Pérez Martín, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Las Palmas de Gran Canaria, ULPGC, 2019, p. 194.

¹⁰ Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959. El principio II señala que se les debe dotar de todos los medios para desarrollarse física, mental, moral y socialmente en libertad y dignidad.

¹¹ *Vid.* los arts. 5.1º.d y 6.1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y sucesivas enmiendas, BOE 10.10. 979.

¹² *Vid.* art. 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE 30.4.1977.

menores especiales garantías en cuanto a su salud física y mental por su especial vulnerabilidad¹³. Estas convenciones no concretan su edad de protección, y mucho menos la amplían más allá del horizonte de la mayoría de edad.

8. El texto esencial para la protección de los niños y niñas en el mundo es la Convención de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1989¹⁴ suscrita por todos los Estados miembros de la Unión. Define en su artículo primero al niño o la niña como toda persona menor de 18 años. Exige que en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, que se configura tanto como principio rector como en su calidad de norma de procedimiento¹⁵. La definición de la Convención de persona menor como la persona que no ha alcanzado los 18 años ha provocado la falsa creencia, a nuestro juicio, de que los y las menores que se acercan o llegan a dicha edad decrecen en su protección¹⁶. Desde nuestro punto de vista proponemos cambiar esta mirada porque la Convención ha de aplicarse transversalmente en su totalidad en su finalidad de proteger a los niños y las niñas de menos de 18 años. Y con este enfoque debemos destacar que en el art. 29 también establece que su educación debe prepararlos para la vida adulta, en una sociedad libre y tolerante. Por su parte, el art. 20 exige a los Estados firmantes a prestar protección y asistencia especiales a los y las menores privados de su medio familiar poniendo especial énfasis en la continuidad en su educación¹⁷. Y defendemos que prepararlos para la vida adulta con

¹³ Vid. los arts. 10.3º y 12.2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE 30.4.1977.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990. Vigente en 196 países (prácticamente todo el planeta salvo EE UU), y de tal importancia que se ha denominado el “alma mater” de los niños. Vid. M. N. Alonso García y D. Carrizo Aguado, “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 82, 2019, pp. 381–395, p. 386.

¹⁵ Para un estudio detallado, vid. P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol. XLIV, nº 2, pp. 465–498.

¹⁶ Vid. P. Ceriani Cremadas, *Canarias, niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo*, Madrid, UNICEF, 2021, p. 58; M. Vinaixa Miquel, “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 517–602, p. 572; L. Aparicio Chofré, “Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 120–141, p. 123.

¹⁷ Articulado que debemos combinar necesariamente con el preámbulo en el que se señala que los derechos reconocidos en la Convención y que los Estados tienen el deber de proteger están encaminados a que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente

especial atención a los niños y niñas privados de su medio familiar exige ampliar su protección al momento posterior a los 18 años, proyectando sus principios a los primeros años de esa edad ya adulta.

9. Asimismo, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, adoptada el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz, que entró en vigor para nuestro país el 1 de marzo de 2008¹⁸, nunca ha sido bien ponderada para la protección de los MENA a la llegada a su mayoría de edad. Siendo una Convención Iberoamericana, su artículo primero establece en su ámbito de aplicación la definición de "joven", "jóvenes" y "juventud" a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de los firmantes, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Por lo tanto, también es aplicable en España a los MENA, aunque procedan de un país africano. La Convención reconoce en el art. 26 el derecho al trabajo de los jóvenes de entre 15 y 24 años, comprometiéndose los Estados a capacitar a la juventud para que pueda acceder al mundo laboral. También se exige en el art. 29 el acceso a la formación profesional con expectativas laborales sin ningún tipo de discriminación. Por último, el art. 28 les reconoce el derecho a la protección social en situaciones de escasez de recursos. La Convención impone a los Estados Parte a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole, así como a asignar los recursos, que permitan hacer efectivo el goce de los derechos que la misma reconoce (art. 8). Para ello es esencial documentarlos con su residencia regular¹⁹.

2. Otros principios internacionales

10. La Convención creó el Comité de Derechos del Niño. El Comité analiza y evalúa el cumplimiento de los Estados de la propia Convención. Sus observaciones generales, si bien no son vinculantes y directamente aplicables, sí son de la máxima importancia para analizar el correcto cumplimiento de la protección de los MENA. Sus observaciones crean

en sociedad en la edad adulta. En el ámbito de los Convenios de la Conferencia de La Haya, la protección del menor también ha tenido una especial atención, si bien no nos podremos detener en ella. Al respecto, *vid.* E. Pérez Vera, "El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, nº 1, 1993, pp. 101-114.

¹⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hecho en Badajoz el 11 de octubre de 2005, BOE 18.3.2010. Estados parte; Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, República Dominicana y Uruguay. Otros 10 Estados son estados contratantes que no lo han ratificado aún, Brasil, Cuba, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela.

¹⁹ Aun siendo una desconocida, un estudio de su gestación y actual contenido y aplicación en Argentina puede consultarse en T. Iuri, "La participación activa de los jóvenes, protección jurídica y necesidad de promoción", *Revista Pilquen*, vol. 12, nº 2, 2015, pp. 35-45.

obligaciones de *soft law* muy significativas para definir las obligaciones de los Estados. La importante Observación general nº 6 de 1 de septiembre de 2005²⁰ sobre trato de los y las menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen resalta la especial vulnerabilidad de estos y estas menores. Y señala que, aunque se aplique únicamente a menores de 18 años, las medidas de los Estados deben estar encaminadas a dar una solución duradera de residencia regular e integración de los y las menores en su nuevo entorno cuando su repatriación no sea posible²¹. Solución duradera que solo será efectiva si a la llegada a la mayoría de edad se mantiene.

11. Una segunda Observación general, la nº 20 de 6 de diciembre de 2016²² sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, incide directamente en la situación de los adolescentes. Es mucho más directa y llamativa en sus denuncias que la observación 6, y si bien acota su aplicación a los y las menores de entre 10 y 18 años²³, veremos que sus alertas son aplicables directamente a los MENA que están tutelados por la administración. Afirma que los cuidados a los adolescentes deben conducirlos a llegar a la mayoría de edad en plenitud de formación y desarrollo²⁴. Se recuerda a los países que toda diferencia de trato es una discriminación prohibida por la Convención y se alerta sobre los perjudiciales efectos sobre el interés superior del o de la menor en las grandes y masificadas instituciones²⁵. Finalmente insiste en la necesidad de evitar que los adolescentes no reciban formación ni accedan al empleo en este momento clave de su vida²⁶.

²⁰ Cf. [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

²¹ En su párrafo 89 destaca que para cumplir esta obligación se debe prestar especial atención a la obtención de las autorizaciones de residencia. También incide en su párrafo 90 en la importancia de recibir una formación complementaria. Junto a ello señala en sus párrafos 39 y 40 numerosas prevenciones que se deben tener con los y las menores, como la tutela por un tutor adecuado en una institución que pueda darle atención y seguimiento personal y formativo adecuado e individualizado.

²² Vid [https://grupodeinfancia.org/wp-content/uploads/2017/07/CRC.C.GC_.20.SP.pdf] Consultada el 12 de noviembre de 2021.

²³ En consonancia con el ámbito de aplicación de la Convención que estudia aplicar, y según lo dispuesto en su párrafo primero.

²⁴ Destaca que ya en ese momento son agentes del cambio y un recurso fundamental para la mejora de su entorno, y todo este potencial se limita y perjudica en los países que no invierten en ellos. Párrafos 2 a 5.

²⁵ Que pueden perjudicar al menor envolviéndolo en un ambiente incluso peor del que proviene, perjudicando su desarrollo. Párrafos 21 y 52.

²⁶ En su párrafo 73. Posteriormente lo analizaremos respecto a la situación de los y las menores no acompañados. Un detenido análisis de todas las Observaciones del Comité de Derechos del niño lo podemos consultar en; L.I. de Ferrari Vial y E. Curihuinca, *Compendio de Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, Centro iberoamericano de Derechos del Niño, Santiago, 2018.

12. La última norma internacional de *soft law* que analizaremos directamente aplicable a los MENA es el Pacto Mundial sobre Migración segura, ordenada y regular de 11 de diciembre de 2018²⁷, de la que España es firmante y promueve su cumplimiento²⁸. El pacto aprueba 23 objetivos básicos que son transversales y de los que muchos tienen relación con los MENA, pero el más directamente relacionado con nuestro trabajo es el que obliga a los estados a proporcionar información exacta y oportuna de todas las etapas de la migración, uniéndolo al de velar porque los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y la documentación adecuada²⁹. Toda la regulación internacional que hemos expuesto crea un marco de protección adecuado para los niños y niñas no acompañados extranjeros que viven en un tercer Estado y se proyecta al momento en el que llegan a la mayoría de edad, que debe ser de forma regular. Es completa y adecuada y si los Estados las cumplieren permitirían su correcto desarrollo.

3. Derecho europeo

13. El art. 3, ap. 3º TUE consagra que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará, entre otros aspectos, la protección de los derechos del niño, de todos los niños que se encuentren en territorio comunitario, sean nacionales o de terceros países. La CDFUE en su art. 24.2º que, en todos los actos relativos a los y las menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituye una consideración primordial³⁰.

14. Debemos señalar que en el desarrollo de esos principios la UE ha sido más audaz en los documentos declarativos sobre necesidades y políticas futuras que en la regulación final de las mismas. El Plan de acción sobre los y

²⁷ Puede leerse su contenido en; [<https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

²⁸ Puede consultarse la posición oficial de España de impulso a su aplicación en; [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20181219_COMU186.aspx]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

²⁹ Objetivos 3 y 4 del pacto, pp. 11–13. Finalmente, de forma transversal el pacto exige abordar y reducir las situaciones de vulnerabilidad de los migrantes, defendiendo el interés superior del niño como consideración primordial de todas las situaciones que afectan a menores. Objetivo 7 apartado 23 pp. 16–18.

³⁰ Estableciendo por primera vez este principio general en el Derecho originario de la UE en el que cuando entra en conflicto con otros intereses, como el del Estado y su organización, debe prevalecer el del niño. *Vid.* A. Mangas Martín, “Comentario al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, en A. Mangas Martín (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 442–453, p. 451.

las menores no acompañados (2010–2014) de 6 de mayo de 2010³¹ ya incidía en aspectos que vemos no resueltos en la actualidad. En primer lugar, la falta de datos fiables en los Estados miembros de los MENA que acogen. También sobre la necesidad de que estos proporcionen a los MENA que no pueden ser repatriados soluciones rápidas, flexibles, seguras y documentadas³². Finalmente, que se arbitren soluciones para que lleguen a la mayoría de edad con residencia regular. Sin embargo, la situación no mejora con el tiempo. La Comisión europea volvió a incidir en estos problemas en su Comunicación Protección de los y las menores migrantes de 2017³³. Los mismos obstáculos detectan los documentos más recientes, como el nuevo Pacto de Migración y Asilo de la Comisión Europea de 2020³⁴ y la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia a la luz de la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño³⁵.

15. Sin embargo, lo cierto es que, hasta hoy en día, a la hora de la regulación de la situación de los MENA, la legislación europea ha hecho primar el valor seguridad frente al de la igualdad de estos con los demás menores, en una materia de competencia compartida con los Estados miembros que regulan sus propios regímenes de extranjería³⁶. La visión eurocentrista que tiene como principal finalidad el control de fronteras sitúa los 18 años como el momento clave hasta el que pone en práctica la protección del o de la menor, abandonándola tras esta edad, aplicando a nuestro juicio de forma

³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 – 2014). Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final. Para un estudio más detenido del mismo, *vid.* M. T. Alcolado Chico, “Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, nº 2, 2018, pp. 151–177, esp. pp. 159–161.

³² La Comunicación recoge en su apartado quinto (p. 12) como recomendable un periodo de 6 meses para lograr esta solución. La legislación española vigente hasta noviembre de 2021 establecía un periodo para iniciar los procedimientos de regularización de hasta 9 meses. A partir de dicha fecha establece un periodo de 3 meses para el inicio del procedimiento para obtener la autorización de residencia.

³³ COM (2017) 2011 final, de 12 de abril de 2017. Vuelve a incidir en la necesidad de aportarles la documentación de residencia con el fin de evitar que los menores permanezcan durante periodos prolongados de tiempo en el limbo por lo que respecta a su estatuto jurídico.

³⁴ COM (2020) 609 FINAL, de 23 de septiembre de 2020. De nuevo alerta en su apartado 2.4 de que las nuevas normas deberán garantizar que la consideración primordial en todas las decisiones relativas a los niños y las niñas migrantes sea el interés superior del niño y la niña, respetando su derecho a ser oídos. También que los representantes de los y las menores no acompañados deban ser nombrados con la mayor rapidez y disponer de recursos suficientes para su protección y tramitación de su documentación.

³⁵ (2021/2523(RSP), que establece en sus aps. 20 y 24 la necesidad de prestar especial atención a la situación de la tutela de los menores no acompañados.

³⁶ *Vid.* I. Blázquez Rodríguez, “El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria”, *REDI*, vol. LXXII, nº 1, 2020, pp. 27–51, p. 30. En algunos Estados miembros estamos apreciando una criminalización de la migración de menores irregulares en la UE.

errónea una visión parcial de la legislación internacional. Esto lo apreciamos en la refundición del Reglamento Bruselas II bis a través del Reglamento 2019/1111³⁷ que concreta en los 18 años su ámbito de aplicación y que por el contrario no se detiene a aportar una definición de MENA³⁸.

16. A pesar de este vacío normativo, la doctrina del TJUE se empieza a encaminar de forma decidida hacia la aplicación de los principios de protección de los MENA más allá del día en el que cumplen 18 años. Aporta la visión que defendemos según la cual la llegada a la mayoría de edad no tiene por qué suponer la pérdida absoluta de la protección que tenía el menor cuando tenía menos de 18 años. En la importante Sentencia del TJUE de 18 de abril de 2018³⁹, el Tribunal establece que la MENA que pide asilo y llega a la mayoría de edad mientras se tramita su solicitud sigue considerándose MENA y siendo protegida como tal hasta la finalización del procedimiento de asilo. E incluso más allá, afirma que para estudiar su solicitud de reagrupación familiar tras obtener el asilo siendo mayor de edad, se debe valorar la fecha en la que inició el procedimiento y era menor de edad, con la protección que tenía en tal momento⁴⁰. Esta es una línea que ha mantenido posteriormente en supuestos similares, aunque no idénticos⁴¹ con una visión del derecho

³⁷ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida de Bruselas II bis), DO L 178 de 2.7.2019.

³⁸ Cuando, como hemos visto, todos los documentos de análisis de la UE los sitúa en el centro de la necesidad de la solución de los problemas. Muy crítica con esta visión es M. Moya Escudero, “Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa”, en P. Martín Rodríguez, (director), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la UE en la era del Brexit*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 219–248, p. 247.

³⁹ *Caso A y S*, as.-550/16, ECLI: EU:C:2018:248. El supuesto es de especial interés. Resuelve el caso de una menor eritrea no acompañada que en Países Bajos solicita el estatuto de refugiada siendo menor de edad y lo recibe ya siendo mayor de edad. En este momento es en el que solicita autorización de residencia temporal de sus padres y tres hermanos menores en ejercicio de su derecho de reagrupación familiar. Las autoridades holandesas se lo deniegan por ser mayor de edad, y el TJUE considera que el momento en el que se debe valorar la edad de la menor para el ejercicio del derecho a la reagrupación es en el momento de presentar la solicitud de asilo, cuando era menor de edad, no en el de la solicitud de residencia por reagrupación familiar.

⁴⁰ Valorar la edad de la menor y su protección en relación al momento en el que recibe la resolución favorable a su condición de refugiada, la haría depender para disfrutar de este derecho de la mayor o menor celeridad con la que dicha autoridad tramite la solicitud de protección internacional e iría en contra de los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica y de su interés superior.

⁴¹ Esta misma posición, pero en un supuesto diferente, el de la solicitud de reagrupación de unos menores, la mantuvo la STJUE 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-133/19, 136/19 y 137/19, ECLI:EU:C:2020:577, *B.M.M y otros vs Bélgica*. En ella el Tribunal concreta que el momento en el que se debe considerar la minoría o mayoría de edad de un menor en la solicitud de reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar es el momento de la solicitud.

internacional y europeo más garantista de la aplicada por los Estados miembros hasta el momento⁴².

III. SITUACIÓN EN LA QUE HAN QUEDADO LOS MENA A PARTIR DE LA MAYORÍA DE EDAD HASTA NOVIEMBRE DE 2021

17. A pesar de dicha protección legal internacional y de la preocupación institucional de la UE y de la ONU respecto a la protección de los MENA a la llegada a la mayoría de edad, la regulación de esta situación en el ordenamiento jurídico español y la actividad de la administración competente en su tutela han sido muy cuestionada hasta octubre de 2021⁴³. Para la protección práctica de los y las menores que llegan a España⁴⁴, se ha aprobado el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA⁴⁵. Sin embargo, este protocolo no establece ninguna medida a la llegada a la mayoría de edad, lo que provoca que cada año se produzca un incremento de los MENA que llegan a dicho momento sin ninguna protección ni prevención de actuación por parte de la administración⁴⁶. En el presente epígrafe expondremos las situaciones de desprotección en la que estos y estas menores han llegado a la mayoría de edad hasta noviembre de 2021.

1. Los datos y su situación administrativa

18. Para poder apreciar correctamente el fenómeno en toda su extensión, antes de entrar a analizar la legislación, detengámonos en los datos sobre

⁴² Vid. C. J. Martínez Mateo, "La tutela garantista de los MENA en la UE", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, pp. 83-106.

⁴³ En el presente trabajo no nos podemos detener en el tratamiento jurisprudencial del fenómeno. Al respecto, vid. F.J. Durán Ruiz, "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2020, nº 55, pp. 17-52.

⁴⁴ Según los informes anuales de la Fiscalía General del Estado, en 2014 llegaron a España 223 MENA; en 2017, 2.345; en 2018, 7.026; en 2019, 2.873; y en 2020, 3.307. Vid. [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html].

⁴⁵ Aprobado mediante Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE 16.4.2014.

⁴⁶ En la actualidad no existen datos exactos de los MENA que llegan a la mayoría de edad cada año, pero de la nota 44 se deduce que, si como veremos prácticamente no hay repatriaciones, salvando los MENA que se desplacen a otros países, la consecuencia lógica es que cada año se incrementa el número de MENA que llegan a la mayoría de edad. La fundación amigo sí ha contabilizado que, en 2018 eran 4.835 jóvenes, y en 2019, fueron 6.222 jóvenes los que llegaron a la mayoría de edad mientras eran atendidos por el sistema de protección tutelar. Vid. [<https://fundacionamigo.org/extutelados/>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

niños y niñas no acompañados. Estudiamos un colectivo de más de 9.000 niños y niñas menores de 18 años que se encuentran en España sin referentes familiares, y el 60% de ellos provenientes de Marruecos⁴⁷. La protección de los y las menores es muy irregular, depende de en qué Comunidad Autónoma están e incluso hay diferencias de gestión de los mismos atendiendo a las distintas provincias o municipios que los acogen⁴⁸.

19. Según la normativa y el Protocolo Marco, tras su llegada a España, la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma debe indagar en las circunstancias del niño o niña, tramitar su documentación ante la Administración Central en lo relativo a su residencia, y registrar todos los cambios que se den en el Registro de Menores no Acompañados. A pesar de que la finalidad inicial es la repatriación del menor con su familia, esta es la absoluta excepción, quedando los y las menores en la práctica totalidad de los casos tutelados en España⁴⁹. En el desarrollo del art. 37.5º de la Ley Orgánica de Extranjería⁵⁰, (LOEX en adelante), la entidad pública tutelar de los MENA tiene obligación establecida por el art. 10.4º de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁵¹ de tramitar a la mayor celeridad la autorización de residencia⁵², previsión legal que desde luego es un acierto y

⁴⁷ De los 9.030 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección inscritos en España en 2020, 8.161 son niños y 869 niñas. En 2019 se produjo un descenso del 17,88 % respecto de los 13.796 inscritos en el año 2018 y en 2020 de otro 34,27% respecto a los 12.217 inscritos en 2019. Según los datos del Registro de MENAS Andalucía acoge a 2.507 menores; Canarias a 1.849; Cataluña a 1.168; Melilla a 798; Ceuta a 496; Comunidad Valenciana a 473; País Vasco a 471; Madrid a 356; Murcia a 205; Navarra a 151; Aragón a 126; Baleares a 86; Castilla La Mancha a 75; Galicia a 71; Cantabria a 58; Castilla y León a 49; Asturias a 44; Extremadura a 35 y La Rioja a 11. Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, capítulo III, [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html].

⁴⁸ Vid. M. T. Salces Rodrigo, “Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados”, en Save the Children, *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007, p. 112. Respecto a una visión general de esta diferencia entre Comunidades Autónomas, vid. C. Argelich Comelles, “Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, en R. López San Luis (directora), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 3–15.

⁴⁹ En 2020, habiendo llegado a España 3.307 MENA, y estando registrados en el Registro de MENA 9.030 niños y niñas, solo se han llevado a cabo diez reagrupaciones familiares de menores extranjeros no acompañados. Tres menores argelinos de 17, 8 y 5 años; cinco menores rumanos de 1, 6, 11, 14 y 16 años a instituciones de protección de su país de origen; un menor de 5 años nigeriano con su familia en Alemania; y un menor de 14 años con sus familiares, también en Alemania. Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, capítulo III, [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html], p. 847. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

⁵⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE 12.1.2000.

⁵¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE 17.1.1996.

⁵² Vid. Protocolo Marco, capítulo VI, apartado tercero, “residencia del MENA”.

que ha sido alabada por la doctrina⁵³. Sin embargo, a pesar de las disposiciones legales y de procedimiento, esta obligación habitualmente no se ha cumplido, lo que ha sido denunciado por las organizaciones que trabajan con los y las menores⁵⁴. Desde hace lustros el problema ha quedado sin solución por el número de MENAS tutelados y la falta de recursos de la administración. Esto provocó que en el pasado se hayan incumplido las obligaciones internacionales de España⁵⁵ en todas las Comunidades Autónomas⁵⁶.

20. Uno de los motivos de este incumplimiento lo provocaba también la propia norma española. El art. 196 del Reglamento de extranjería que regula la situación de los MENA establecía que esta autorización de residencia se podría conceder cuando el menor hubiese estado nueve meses acogido en el sistema de protección una vez quedase acreditada la imposibilidad de repatriación, sin que existiese previsión legal del plazo para el dictado de una resolución de imposibilidad de repatriación. Este lapso temporal en el inicio de la tramitación de la autorización de residencia no tenía explicación legal alguna según las obligaciones internacionales asumidas por España que le exigen la atención integral de los MENA y la toma de decisiones que anticipen su futuro y su mejor desarrollo con celeridad y eficacia. Este limbo de nueve meses en la edad de un joven de entre 16 y 18 años, provocaba que llegase a los 18 sin que ninguna administración hubiese siquiera iniciado el

⁵³ Vid. A. Durán Ayago, "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 415-462, p. 421. Critica la sistemática de su regulación en el Reglamento y no en la LOEX, V. Cabedo Mallol, "Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras", en V. Cabedo Mallol e I. Raverllat Ballesté (coordinadores), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 52-86, p. 66.

⁵⁴ Vid. C. Perazzo Aragoneses, (coordinadora), *Los más solos*, Save the Children 2018. p. 89. Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de marzo de 2020, apartado quinto, disponible en [<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencia-de-los-ex-menores-tutelados-que-han-accedido-a-la-mayoria-de-edad-sin-haber-obtenido-la-pertinente-autorizacion/>>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

⁵⁵ Desde el año 2010 se denuncia esta situación sin éxito no sólo por las ONG, u otras entidades similares, sino por instituciones públicas, vid. Fiscalía General del Estado: Memoria, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2009, p. 739 o Comité de Derechos del Niño: Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 44 de la Convención. Observaciones finales: España, 2010, párr. 59. CRC/C/15/Add.185 y CRC/C/ESP/CO/3-4.

⁵⁶ Por ejemplo, en relación a Canarias hemos contrastado empíricamente esta realidad tras entrevista realizada con Mame Cheikh Mbaye, doble licenciado en Comercio Exterior y Marketing y Dirección de Empresas y Master de Relaciones Hispano-Africanas en la ULPGC, cofundador y presidente de REDCAA – Red Canaria de Acogida, con experiencia en Gran Canaria como director de un Centro de MENA (2016-2019) y un centro de extutelados (2019-actualidad), que expone que de los MENA con los que ha trabajado desde 2016, el 95% llegan a la mayoría de edad sin la residencia. Le agradecemos expresamente su disponibilidad y generosidad para describirnos la situación diaria de los MENA.

trámite de regularización. Y aun así si el menor había llegado con más de 17 años y tres meses estaban cumpliendo la norma⁵⁷. Este hecho impedía la integración de los niños y niñas en España, uno de los objetivos fundamentales de las reformas de 2015⁵⁸.

21. Sobre las situaciones en las que se podían encontrar los niños y las niñas cuando llegaban a la mayoría de edad, podemos cifrarlas en tres. En la primera, la previsión del art. 148.3º del Reglamento de extranjería señala que quienes hubiesen estado tutelados más de cinco años por la entidad pública adquieren la residencia de larga duración. La mayor parte de los MENA que llegan a España lo hacen con entre 16 y 17 años⁵⁹, por lo que esta posibilidad es estadísticamente la menos aplicada. La segunda, la regulada en el art. 197 del Reglamento de extranjería, la de los y las menores que llegan a la mayoría de edad con autorización de residencia. La tercera, regulada en el art. 198, la de los y las que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia⁶⁰.

2. MENA que llegaban a la mayoría de edad con autorización de residencia previa

22. Para el acceso a la autorización de residencia de adulto si el MENA llegaba a la mayoría de edad siendo ya titular de una autorización de residencia previa, el art. 197 exigía, en un resumen básico de su extenso contenido, un informe positivo de integración de la institución tutelar⁶¹ y

⁵⁷ Vid. J. Rodríguez Rodrigo, “Protección de los MENA que llegan a España”, en A. Cebrián Salvat e I. Lorente Martínez (dirs.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 1–18, p. 7. Este plazo provoca que quienes lleguen ya con más de 17 años queden absolutamente desprotegidos. Y si el menor llega con 16 años y medio, por ejemplo, a los 9 meses tendrá más de 17, cerca de 18, lo que unido al plazo de tramitación de la residencia, provoca desmotivación y dejadez en las administraciones tutelares para la tramitación de la documentación ante la inminencia del cumplimiento de los 18 años. Tan es así que hasta el Protocolo Marco en su capítulo VI reduce este plazo, considerando suficiente el plazo de 3 meses para iniciar el proceso. Para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España la solicitud se debe desde el mismo momento en el que el menor esté a disposición de la entidad pública.

⁵⁸ Vid. S. Adroher Biosca, “Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos de la protección internacional de menores”, en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 334–350, p. 337.

⁵⁹ Vid. C. Perazzo Aragonese, *loc. cit.*, p. 17.

⁶⁰ La norma, analizada de manera global, dejaba a los MENA ante una gran variedad de posibles situaciones, a cada cual más compleja y que no preveían con la necesaria eficacia su protección. Hemos identificado siete diferentes posibles situaciones en las que quedan los menores, que por motivos expositivos reducimos en las tres citadas, con residencia de larga duración, con o sin residencia temporal.

⁶¹ Que exige valorar el respeto a las normas del centro en el que vivió, sus conocimientos de la lengua, lazos familiares, tiempo en acogimiento, continuidad en estudios y en acciones formativas y contar con ofertas de trabajo con un salario de al menos el 100% del IPREM.

tener acceso a actividad laboral, real o potencialmente cierta, por un salario de al menos el 100% del IPREM (564,90 euros mensuales en 2021). Como vemos, dos eran los requisitos esenciales. El primero, que la institución tutelar realizara un informe de integración del MENA. Si este ha estado viviendo con normalidad en el centro y adaptado a su dinámica de horarios, actividades, formación y normas, no tendrá dificultades para ello. Sin embargo, el segundo requisito sí que situaba al MENA ante un obstáculo hoy en día insalvable. Para renovar la residencia regular en España menores sin familia, que no siempre conocen el idioma, en proceso de adaptación, debían encontrar un trabajo que durante un año les asegurase el IPREM en la sociedad con la emancipación de los jóvenes más tardía y con una de las mayores tasas de paro juvenil de la UE, la mayor de forma continuada desde 2018⁶². Desde luego parece un sistema óptimo para que se les dificulte la obtención de la residencia legal en España y decaigan en la irregularidad⁶³.

3. MENA que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia previa

23. En caso de que el menor o la menor llegase a la mayoría de edad sin autorización de residencia, que por desgracia ha sido hasta ahora la situación absolutamente mayoritaria, se establecía la posibilidad de acceder a una autorización de residencia por causas excepcionales, lo que exigía una recomendación expresa de la entidad tutelar para la concesión, un informe favorable de integración del menor por esta institución guardadora, tener medios económicos mensuales superiores al IPREM, y contar con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva o medios propios.

24. Hagamos notar la diferencia en la regulación en su contenido textual entre ambas posibilidades. Mientras que, en el caso anterior, con autorización de residencia se exigía tener “una oferta o contrato de trabajo”, sin autorización de residencia previa, la oferta no aparecía como posibilidad, y la norma establecía el requisito de “contar con un trabajo”. Amén de la práctica imposibilidad fáctica del requisito por la situación económica, esta diferencia

⁶² Requisito legal confirmado y establecido como de imprescindible cumplimiento por la doctrina del TS en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo nº 1155/2018 de 9 de julio de 2018, ECLI:ES:TS: 2018/2768.

⁶³ La presunción de conocimiento del idioma no siempre se cumplirá atendiendo al origen y tiempo de estancia en España. Por otro lado, contar con ofertas de trabajo para un colectivo como este en la actual circunstancia está absolutamente alejado de una expectativa razonable. La norma exigía a estos menores, en situación de absoluta vulnerabilidad, más requisitos de los que se considerarían asumibles para la emancipación de menores españoles no vulnerables que en la actualidad logran emanciparse a los 29 años. Un estudio global y actual de todo el fenómeno de los MENA al que nos remitimos para un análisis más detenido, lo encontramos en F.J. Durán Ruiz, *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica social y de futuro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

era una absoluta incongruencia, si el MENA está en la situación en la que la entidad no le ha tramitado si quiera la autorización de residencia no entendemos cómo podría contar ya con un trabajo efectivo. Desde luego que dejan a los MENA en una situación difícil que no justifica, pero sí que explica al menos, que muchos de ellos acaben en el sistema penitenciario español⁶⁴.

IV. LOS INCUMPLIMIENTOS Y LA REFORMA INAPLAZABLE

25. Una vez expuesta la legislación internacional aplicable en España, la legislación española y la práctica de la administración hasta noviembre de 2021, ya hemos dejado deslizar algunos de los incumplimientos de España en esta norma internacional. En el presente epígrafe los relacionaremos todos de forma consecutiva, uniéndolo al estudio de la modificación del Reglamento de Extranjería y cómo se responde o no al cumplimiento del marco legal internacional vigente⁶⁵.

1. Incumplimientos de España de la legislación internacional hasta noviembre de 2021

26. Para cumplir sus obligaciones internacionales la regulación española debería haber establecido los cauces adecuados para actuar en interés de estos jóvenes mientras son MENA, cumpliendo con ello la Convención de los Derechos del niño, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y las disposiciones de ONU y UE que señalan que en los casos de mayor desprotección las decisiones de la administración deben ser rápidas, efectivas y duraderas para su mejor desarrollo. El plazo de 9 meses que se establecía para iniciar la tramitación del permiso de residencia en jóvenes que estadísticamente llegan a España con más de 16 años lograba exactamente lo contrario. En el mismo sentido, se condicionaba la obtención de un trabajo estable para conseguir los informes favorables y acceder a la

⁶⁴ Para nosotros es ciertamente poco comprensible la diferencia en la regulación de la norma, y la no previsión de la “oferta de trabajo” y no de un trabajo efectivo, para quienes están en la posición más vulnerable. Lo explica de manera muy gráfica y explícita tras su trabajo con los jóvenes extranjeros presos en la cárcel de Alhaurín de la Torre, en Málaga, E. García España, “De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión”, *InDret*, 2016, nº 3, pp. 1-27. Vista la regulación administrativa, para su situación laboral, *vid.* M. Durán Bernardino: “Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, 2019, pp. 63-82.

⁶⁵ El decreto parte del borrador del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones cuyo texto de trabajo puede consultarse en; [[https://www.inclusion.gob.es/participacion/downloadFile?blob=Proyecto_RD_RLOEX\(ambito_MENAS_JENAS\).docx&norma=2021006](https://www.inclusion.gob.es/participacion/downloadFile?blob=Proyecto_RD_RLOEX(ambito_MENAS_JENAS).docx&norma=2021006)]. Consultado el 12 de noviembre de 2021.

autorización de residencia. Estas condiciones prohibían a las entidades que trabajan con los MENA intentar anticipar sus acciones y sus actividades formativas, toda vez que no podían asegurar la obtención de un trabajo en ese justo momento⁶⁶.

27. Estas exigencias, desde nuestro punto de vista, incumplían la obligación internacional de que las decisiones legislativas y administrativas sobre los MENA no provocasen discriminación por razón de su raza, nacionalidad, origen, entorno social y cultural en relación al territorio en el que viven. El carácter desmedido y casi imposible de las exigencias impuestas a estos y estas menores extranjeros y no acompañados les discrimina por razón de su origen. Estas exigencias nos parecerían imposibles de cumplir si se les exigiese a todos y todas los jóvenes españoles para lograr su completo desarrollo. Nadie le asegura a la juventud actual acceder a un trabajo a los 18 años. Menos aún si no están bien formados y pueden desconocer el idioma. Esas exigencias a los y las menores extranjeros no acompañados les condenaban irremisiblemente a la irregularidad y a un limbo jurídico que vulneraba los principios de protección de los MENA recogidos en la Declaración de Derechos Humanos y en las Comunicaciones de la Comisión Europea⁶⁷.

28. La práctica de la administración de la falta de tramitación de los autorizaciones de residencia de los MENA vulneraba claramente las exigencias de los Convenios antes señalados, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño 6 y 20, y los planes de acción de la Comisión Europea respecto a los y las menores no acompañados, tanto el de 2010 como el vigente de 2017. Además, no se cumplía con la obligación de trato con especial cuidado a los MENA para darles una solución duradera de residencia y proveerles de la documentación necesaria. Todo ello les imposibilitaba acceder a una regularización con la que podrían trabajar llegados los 16 años⁶⁸.

⁶⁶ Respecto a la especial situación de vulnerabilidad de los MENA y la necesidad de que sean tratados por equipos multidisciplinares, *vid.* R. Fuentes Sánchez, "Menores extranjeros no acompañados (MENA)", *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, n° 3, 2014, pp. 105–111, p. 110.

⁶⁷ *Vid.* L. Aparicio Chofré, *op. cit.*, p. 153; P. Ceriani Cremadas, *op. cit.*, p. 59; B. Flores González, "La protección jurídica de los menores migrantes no acompañados en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n° 2, 2018, pp. 321–362, p. 356; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.*, p. 585.

⁶⁸ Que es lo que permitiría su adaptación al nuevo entorno tal y como señalan las citadas normas internacionales. *Vid.* P. Ceriani Cremadas, *op. cit.*, p. 62; S. García Vázquez: "El régimen jurídico del menor inmigrante", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 8, 2004, pp. 423–450, p. 442; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.*, p. 587. Dicha falta de tramitación, de hecho, también vulnera el propio Protocolo Marco de actuación aprobado por España y de claro obligado cumplimiento para las administraciones.

29. La exigencia para poder obtener la regularidad una vez llegados a los 18 años, de tener una oferta cierta o un contrato efectivo de estabilidad de un año mínimo con un sueldo que llegue al 100% del IPREM en las circunstancias económicas y sociales de 2021, vulneraba la protección que exigen todas las normas citadas y la exigencia de otorgarles vías ciertas, previsibles, informadas y reales para la obtención de una solución estable a futuro. Esta exigencia les abocaba a una casi segura situación administrativa de irregularidad al cumplir la mayoría de edad, vulnerando el principio del interés superior del menor⁶⁹. Más aún se transgredía lo prescrito en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, que se aplica a jóvenes de entre 15 a 24 años residentes en España (y los MENA se deben considerar como tales), que exige el derecho al acceso a las oportunidades de desarrollo personal y formativo y de capacitación para acceder al mundo laboral y el derecho al trabajo y a la protección ante la escasez de recursos⁷⁰.

30. Por último, y como reflexión transversal que afecta a todo el análisis de la vulneración de los derechos de los y las menores, queremos destacar que creemos errónea la concepción de que a la llegada a la mayoría de edad la protección de los niños y niñas extranjeros no acompañados desaparece. Esta mirada vulnera la regulación internacional anteriormente analizada. Todo ello incide en que las decisiones que se toman en el tramo final de su minoría de edad son esenciales para su desarrollo futuro, y deben, necesariamente, facilitarles la documentación de su residencia regular a la llegada a la mayoría de edad. Además, la Convención Iberoamericana de la Juventud les protege expresamente en ese momento. Por ello, esa protección explícita cuando es menor de 18 años se proyecta al momento posterior, so pena de ser inútil. Así lo ha expuesto con absoluta claridad el TJUE en sus sentencias de 18 de abril de 2018 y de 16 de julio de 2020 anteriormente citadas. Es absolutamente opuesto a todo el acervo normativo internacional la concepción de que en el momento de su llegada a los 18 años la protección pasa de 100 a 0 y cambian de estar absolutamente protegidos a ser un inmigrante irregular al que hay que perseguir y expulsar si es posible⁷¹.

⁶⁹ Recordemos que el interés superior del menor debe informar todas las decisiones tomadas sobre el mismo mientras es menor, también las que se proyectan a cuando ya sea mayor de edad. *Vid.* M. T. Alcolado Chico, *loc. cit.*, pp. 155–156; B. Flores González, *op. cit.*, p. 326; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.*, p. 575.

⁷⁰ Sobre este incumplimiento y la vulnerabilidad de los MENAS, *vid.* E. Pastor Seller, “Impacto de la Convención sobre los derechos del niño en los Estados de Argentina, Brasil, Chile, España y Uruguay”, *Revista Prisma Social*, n.º 23, 2018, pp. 67–100, pp. 82–86.

⁷¹ Vulnera claramente la normativa internacional aplicable en España esa especie de consenso institucional del cese total de protección, que no solo provoca este hecho directo, sino que también motiva el incumplimiento de valorar el interés superior del menor en todas

2. Real Decreto 903/2021: el acierto de la esperada reforma

31. Las condiciones que anteriormente hemos descrito eran muy difíciles de lograr en la situación prepandémica y ya en la actualidad post Covid-19 se convierten de imposible cumplimiento. La normativa y la actuación administrativa española abocaban a los MENA, en el momento clave de su vida de su plena llegada a la edad adulta, a una situación de marginación y vulnerabilidad extrema. Por ello la reforma de esta regulación fue solicitada por las asociaciones cuyo objeto es la defensa de los derechos de los migrantes⁷². El 6 de marzo de 2020 se produjo una modificación legislativa no motivada por un confinamiento que llegaría posteriormente, en la que la Secretaría de Estado de Migraciones establecía que la autorización de residencia concedida a menores migrantes de entre 16 y 18 años, que anteriormente era solo de residencia y debían solicitar tras ello la de trabajo, ya era considerada inmediatamente de trabajo⁷³. Fue una modificación absolutamente acertada que suponía un primer paso en el cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales.

32. Tras este primer cambio, el 30 de abril de 2021 se publicó un borrador de modificación de los arts. 196 a 198 del Reglamento de Extranjería. En la negociación del mismo hubo tensiones entre el Ministerio de Inclusión y el

las decisiones que le afecten cuando el mismo se sitúa en el entorno de los 17-18 años, e incluso a veces en los 16-18 años, en los que decrece la intensidad de la protección porque pronto va a llegar a la mayoría de edad y con ello su desprotección. La protección deviene en este momento a menos intensa, ya que prevalece la consciente o inconsciente valoración de que en pocos meses dejará de estar protegido y no es útil esforzarse en protegerle, documentarle y formarle. Todo lo contrario, ese momento cercano a los 18 años debería provocar una mayor protección para prepararlos para el momento del cumplimiento de su mayoría de edad.

⁷² Documento de febrero de 2021 de Propuestas para la reforma de la regulación de menores extranjeros no acompañados suscrito por diversas entidades que trabajan con MENA, disponible en [<https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/02/Propuesta-conjunta-reforma-RLOEX-FINAL.pdf>]. También, por ejemplo, [<https://www.parainmigrantes.info/mena-y-la-necesaria-reforma-del-reglamento-de-extranjeria/>].

⁷³ Si apreciamos la fecha de la Instrucción, 6 de marzo, previa al confinamiento por la pandemia, no podemos señalar esta fuera su motivación, como sí lo pudo ser la de los Reales Decretos 13/2010 de 7 de abril sobre empleo agrario o el 19/2020 de 26 de mayo de medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del Covid-19. Se trata, desde luego, de una modificación absolutamente acertada a nuestro juicio, y de una necesidad palmaria, evidente, dada la descripción de la situación que hemos realizado con anterioridad. *Vid.* Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, 2020. Disponible en [https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf]. Consultado el 12 de noviembre de 2021>].

del Interior que hicieron dudar de su buen fin⁷⁴. Sin embargo, afortunadamente el 19 de octubre de 2021 se aprobó el Decreto que modifica el Reglamento de Extranjería⁷⁵, en esencia en los tres artículos que hemos estudiado en este trabajo, del 196 al 198. Podemos destacar con clara esperanza⁷⁶ que el alcance de la reforma es amplio y merece un balance claramente positivo. Es mejorable en algunos aspectos que analizaremos pero sigue en parte alguna de las propuestas ya citadas realizadas en febrero de 2021 por entidades que trabajan en la protección de estos menores, lo que desde luego en una primera aproximación es un buen síntoma de su respeto a los derechos de los y las menores⁷⁷.

33. Respecto a la obligación de España de documentar adecuada y rápidamente a los y las menores, el art. 196 modificado da un primer paso en la buena línea. Sigue sufriendo el error de no establecer el momento en el que se debe considerar que ha quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor. Hubiese sido oportuno señalar que esto queda acreditado si en un determinado periodo de tiempo, por ejemplo, en quince días tras su llegada, no se logra dicha repatriación. Sin embargo, el artículo no aclara este extremo. De hecho, el propio apartado 3 del artículo señala que la obtención de la residencia no es obstáculo para la ulterior repatriación si esta favorece el interés el menor. Sin embargo, acierta la nueva regulación cuando sí que reduce el momento en el que se debe iniciar el procedimiento para obtener la autorización de residencia. El plazo se reduce a los 90 días desde que el o la menor fue puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. La fecha es clara, determinada y determinable y un gran avance. Es fácil concretar el

⁷⁴ Cf. [<https://elpais.com/espana/2021-07-17/interior-se-opone-a-facilitar-los-permisos-a-los-menores-extranjeros-no-acompanados.html>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021. Por motivos de espacio no podemos entrar en el análisis detallado de las posiciones de ambos ministerios, si bien al menos en relación a nuestro estudio señalaremos que la posición de Interior respondía menos al cumplimiento de las obligaciones internacionales de España.

⁷⁵ Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE 20.10.2021.

⁷⁶ Tras la aprobación del Decreto nos hemos entrevistado con Mame Cheikh Mbaye, cofundador y presidente de REDCAA – Red Canaria de Acogida, y nos ha destacado que es esta palabra, esperanza en la mejora de los procedimientos y la situación de los MENA, la que les inspira esta regulación, y por ello hemos querido emplearla en nuestro trabajo.

⁷⁷ Sin voluntad de cita exhaustiva, CEAR, Cruz Roja Juventud, SOS Racismo o Fundación Raíces proponían, por ejemplo, que fuesen considerados regulares desde su llegada, que cuenten con autorización de residencia a su llegada a la mayoría de edad de forma inmediata, o que accediesen a la residencia de larga duración tras dos años de tutela de una entidad tutelar española. Estas propuestas sí cumplirían ampliamente las obligaciones internacionales de España aquí descritas.

momento en el que el menor es declarado en desamparo y en la práctica dicha declaración no se suele retrasar de forma excesiva en el tiempo. Los 90 días es un plazo correcto, pero creemos que se debería haber acortado. No hay motivo en no establecer, por ejemplo, un único mes de plazo, ya que con él se cumpliría mejor la exigencia de tramitar el procedimiento en el plazo más breve posible. En todo caso, el paso de nueve a tres meses es un claro avance⁷⁸.

34. Más inquietud provoca la forma en la que se va a interpretar la relación entre distintos párrafos del artículo. El primer párrafo del 196.1º señala que el procedimiento se iniciará “en todo caso” a los 90 días de la puesta del menor o la menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Pero para empezar el procedimiento el 196.1º.a exige la presentación de la copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje. Los y las menores extranjeros no acompañados habitualmente no disponen de pasaporte, porque lo han destruido o porque nunca lo han tenido. La práctica señala que es prácticamente imposible que tengan su pasaporte en tres meses pudiendo tardar para ello hasta un año. El mismo precepto establece que el pasaporte puede ser sustituido por la cédula de inscripción del menor. En nuestra opinión, la expresión “en todo caso” obliga a las autoridades españolas a emitir la cédula de inscripción que recoge el art. 196.1º.a si en el plazo de tres meses no se ha obtenido su pasaporte. La nueva normativa entró en vigor el 8 de noviembre de 2021. Debemos esperar a apreciar cuál será la práctica de la administración española.

35. En cuanto a las obligaciones de España de proveer las condiciones para que los y las menores puedan desarrollarse adecuadamente es un pleno acierto la previsión del párrafo cuarto del art. 196 de que la autorización de residencia habilitará siempre para trabajar en el caso de que la entidad tutelar lo considere favorable para su integración social. Y ello sin tener en cuenta, claro está, la situación nacional de empleo y el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, por lo que pueden emplearse en cualquier tipo de trabajo. Consolida lo contenido en la Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones de 6 de marzo de 2020 por la que la concesión de la autorización de residencia expedida a favor de los MENA habilita para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena y mejora claramente sus condiciones de integración y su llegada a la mayoría de edad con medios suficientes para su sustento⁷⁹.

⁷⁸ Esta renovación legislativa fue exigida por varios autores. Por ejemplo, *vid.* F.J. Durán Ruiz, *op. cit.*, pp. 50-52.

⁷⁹ Como vemos, son todas medidas en la línea de las exigencias que la normativa internacional aquí analizada imponen, y en la de los trabajos realizados hasta el momento en

36. Con respeto a la posibilidad de poder lograr la residencia tras la mayoría de edad el nuevo art. 197 del Reglamento también da importantes pasos en favor de los y las menores. Cuando llegan a la mayoría de edad ya no tienen obligación de tener un trabajo o una oferta de trabajo. Debe acreditarse la obtención de medios suficientes para su sostenimiento, que se acredita de dos posibles maneras consideradas de forma alternativa. En primer lugar, con recursos que lleguen el Ingreso mínimo vital⁸⁰, en la actualidad 469,93 € mensuales⁸¹. En segundo lugar, si se acredita que su sostenimiento queda asegurado dentro de un programa desarrollado por una institución pública o privada. Son requisitos complementarios y necesarios a la acreditación del sostenimiento del o de la menor la valoración de los antecedentes penales y la necesidad de tener un informe favorable de la entidad tutelar. Esta situación es mucho mejor que la anterior, porque si el o la menor está en un programa de cualquier institución u organización dedicada a trabajar en su desarrollo y esta puede sostenerlo podrá obtener la autorización de residencia, aunque no tenga trabajo. Sin embargo, tiene un claro peligro porque las instituciones que trabajan con los y las menores suelen hacerlo por medio de proyectos financiados con fondos públicos. Si estos fondos menguan o desaparecen en el futuro la situación de facto será peor. En todo caso, este es un buen paso adelante para los y las menores que están en los centros. Las asociaciones que trabajaban con estas personas pedían en sus propuestas de modificación legislativa que estas medidas fuesen automáticas aún sin acreditarse su sostenimiento, únicamente con un informe favorable de la entidad tutelar sobre su cumplimiento de las normas internas española, su capacidad de integración, y su potencial acceso al mercado laboral. Entendemos que el Estado haya limitado esta posibilidad para evitar que pudiesen quedar desprotegidos sin medio económico alguno y sin la protección de ninguna entidad en la que esté en un programa de formación o desarrollo personal.

37. Otro avance para evitar la discriminación de estos y estas menores se da con la regulación del art. 198. Ya destacamos anteriormente el sinsentido que suponía que la anterior regulación le exigiese a los y las menores que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia requisitos más difíciles de lograr que a los que sí la tenían. La modificación legislativa

relación a este tema. Vid. P. Ceriani Cremadas, *op. cit.*, p. 59–60; B. Flores González, *op. cit.*, p. 325–329; S. García Vázquez, *op. cit.*, pp. 431–438.

⁸⁰ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE 1.6.2020.

⁸¹ La renta garantizada será de 469,93 euros al mes para una persona adulta que viva sola. Vid. [<https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

cambia esta situación, evitando la discriminación entre menores. Si estos llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia y cumplen los requisitos para ello, es decir, el motivo era la falta de agilidad administrativa o la imposibilidad por cualquier causa de lograrlo, tienen los mismos requisitos para obtener la autorización de residencia con la única exigencia suplementaria de haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad tutelar para favorecer su integración social. Esta actitud favorable a su integración quedará acreditada con el informe de la entidad tutelar. Consideramos esta igualación de los requisitos económicos entre ambos tipos de menores un gran avance de la actual regulación⁸².

38. La disposición transitoria única del Real Decreto es para nosotros otra de las grandes mejoras de la norma, y se relaciona directamente con nuestra posición de ampliar a los menores la protección que tenían con anterioridad al momento de su llegada a la mayoría de edad. No queda como una aplicación permanente para todos los menores que lleguen a la mayoría de edad en el futuro, solo para los actuales, pero la regulación sí se inspira en los principios que hemos señalado asentados por el TJUE. La misma establece que todos los y las menores de entre 18 y 23 años en el momento de la entrada en vigor de la norma, el 8 de noviembre de 2021, que no hubiesen obtenido la autorización de residencia, o que la tuvieron, pero no pudieron renovarla, pueden beneficiarse de esta nueva regulación. Esto permite a los y las menores extutelados lograr la autorización de residencia si están en un programa de formación sostenido por una institución tutelar, lo que ha provocado la reactivación de gran cantidad de solicitudes y el inicio de las de aquellos que habían llegado a la mayoría de edad y habían quedado en situación irregular. Desde luego esta posibilidad es un rayo de esperanza para muchos MENA que habían llegado a la mayoría de edad perjudicados por el anterior sistema legal español que no cumplía con sus obligaciones internacionales.

V. CONCLUSIONES

39. Hasta noviembre de 2021, el día en el que los niños y niñas extranjeros no acompañados llegaban a la mayoría de edad en España, lejos de ser el de la fiesta de la consolidación de su plena capacidad, se convertía en el momento en el que el sistema les empujaba a la irregularidad. Esta situación

⁸² Tan exigente o más con esta renovación, exigiendo incluso protección a nivel constitucional de los y las menores, fueron M.N. Alonso García y D. Carrizo Aguado, *op. cit.*, pp. 390-392.

ha acreditado con toda crudeza durante lustros los incumplimientos de la legislación española de nuestras obligaciones internacionales. A nuestro juicio la normativa internacional vigente en España fija textualmente la protección de los niños y las niñas hasta que cumplen 18 años, pero no se detiene en ella y se proyecta más allá de dicha edad. La regulación y las decisiones de la administración sobre los niños y niñas en sus últimos años de adolescencia se deben tomar en su interés, exigiendo dotarles de documentación que regularice su estancia en el territorio a largo plazo, sin discriminación frente a sus propios nacionales por ser extranjeros, dándoles una solución duradera basada en una residencia regular y la formación que facilite su integración. Se debe destacar que la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, ha sido hasta ahora la gran olvidada. Es aplicable a todos los jóvenes residentes en España de cualquier nacionalidad de entre 15 y 24 años, exige facilitarles la documentación y su protección en situaciones de vulnerabilidad más allá de los 18 años. Es, por lo tanto, un texto vigente en España esencial para determinar los derechos de los y las MENA.

40. El Derecho europeo exige la toma de decisiones sobre estos niños y niñas atendiendo a su interés, establece sistemas estadísticos de recogida de datos fiables, y obliga a aportar a los y las menores que no pueden ser repatriados soluciones rápidas, flexibles, seguras, duraderas y documentadas que faciliten la obtención de su residencia regular. La Jurisprudencia del TJUE ya ha exigido en dos resoluciones proyectar a momentos posteriores a los 18 años la protección que los MENA tienen antes, siempre que los procedimientos se iniciasen cuando tenían menos de 18 años. Esta doctrina se debería traducir en la obtención de la documentación regular aún tras la llegada de dicha edad, aunque los procesos de regularización iniciados antes de ese momento no hubiesen finalizado ese día. La posición del TJUE obliga a un cambio de mirada de la doctrina y de la legislación española, que deben ampliar la protección de los y las niñas menores en España al momento posterior a su mayoría de edad. La modificación del Reglamento de Extranjería de octubre de 2021 da los primeros y decididos pasos en esta dirección.

41. La normativa española vulneraba hasta noviembre de 2021 estas obligaciones internacionales de España. Retrasaba el inicio del trámite para la obtención de la documentación de su regularidad, sin concretar a las autoridades tutelares de los MENA un procedimiento claro y efectivo. No facilitaba por ningún medio la obtención de la residencia regular a la que tienen derecho los MENA. Llegados a la mayoría de edad, establecía requisitos de obtención de la residencia regular imposibles en el actual marco socioeconómico que abocaba a la práctica totalidad de los MENA a

llegar a la mayoría de edad en situación irregular, contrariamente a lo que exige la normativa internacional. Estos incumplimientos han sido muy graves y continuados, y han situado a una gran cantidad de niños y niñas en la irregularidad, la marginalidad y en ocasiones en la delincuencia.

42. La realidad administrativa de las instituciones tutelares de los MENA empeoraba la situación. Hasta el momento los centros no han tenido medios. No existían datos absolutamente fiables de los y las MENA tutelados, si bien el Registro de MENA ha sido un buen avance. No han existido procedimientos ágiles ni flexibles para la obtención de la documentación de su regularidad, por lo que, según los profesionales que trabajan con ellos, al menos un 90% de los MENA ha llegado hasta noviembre de 2021 a la mayoría de edad sin autorizaciones de residencia. Las plazas de centros de tutela de MENA han sido escasas, y las de centros de ex tutelados que pueden favorecer su desarrollo han decrecido de forma radical. El sistema no cumplía las previsiones legales, que como señalamos no son siquiera las adecuadas. El marco europeo exige a España aplicar los fondos Next Generation con varios principios. Uno de ellos es el de la inclusión. Otro, el del cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales en la integración de los migrantes que residen regularmente, y como hemos visto los y las MENA deben ser considerados como tales. España debe seguir avanzando en esta línea tal y como ha hecho con la modificación del Reglamento de Extranjería.

43. La modificación del Reglamento de Extranjería realizada por el Real Decreto 903/2021 de 19 de octubre es un claro intento de España de dar un paso adelante en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Según los propios migrantes y las entidades que trabajan en la defensa de sus derechos la palabra esperanza es la que debe guiar su análisis. En primer lugar, cumple con la obligación de documentar al migrante con relativa rapidez, al establecer que, en todo caso, a los 90 días de haber sido puesto a disposición de la institución tutelar, se debe iniciar dicho trámite. Debemos estar atentos a la exigencia de contar con el pasaporte para ello, y a la celeridad de la administración de emitir la cédula de inscripción al o a la menor si no lo logra en dicho plazo. Sí que creemos que el plazo de tres meses debería haberse recortado, ya que no hay motivo para no iniciar dicho procedimiento al mes de la llegada del menor, o inmediatamente tras la puesta a disposición del mismo de las instituciones tutelares.

44. La nueva regulación mejora las condiciones y facilidades para obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad. Basta con que una institución pública o privada en la que esté acogido el o la menor acredite que puede asumir su sostenimiento. Esto les posibilitará poder trabajar a largo plazo con los y las menores en su formación futura. Sin

embargo, les somete a la dependencia de contar con fondos que sostengan sus proyectos, que suelen obtener de las autoridades públicas, y sin ellos los y las menores pueden volver a quedar desamparados. Por otro lado, hay un gran avance en evitar la discriminación en el hecho de que los y las menores que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia tienen los mismos requisitos que los que lo hacen con ella con la única condición de haber seguido correctamente los programas formativos de la institución tutelar.

45. Un último aspecto de la norma da un primer paso temporal en ampliar la protección de los y las menores al momento posterior a su llegada a la mayoría de edad. La disposición transitoria única establece que todos los y las menores de entre 18 y 23 años en el momento de la entrada en vigor de la norma el 8 de noviembre de 2021 que no hubiesen obtenido la autorización de residencia, o que la tuvieron pero no pudieron renovarla, pueden beneficiarse de esta nueva regulación. Creemos un paso muy acertado, pero estimamos que España cumplirá la doctrina del TJUE de ampliar los efectos de la protección de los y las menores al momento posterior a su mayoría de edad si modifica esta regulación y señala que esto se aplicará a todos los menores de entre 18 y 23 años que en el futuro no obtuviesen la autorización de residencia por causas no imputables a ellos o ellas.

46. Finalizamos nuestro trabajo señalando que, si bien hemos destacado el acierto del alcance de la modificación legislativa del Reglamento de Extranjería, la misma podría haber cumplido de mejor manera las obligaciones internacionales de España. Lo habría hecho si hubiese obligado a la emisión de la cédula de inscripción siempre que el o la menor no contase con pasaporte. Al menos hasta que lo lograra. También si hubiese establecido que tan pronto el o la menor quedase a disposición de los servicios de protección de menores se tramitase su autorización de residencia. Igualmente si no se condicionase obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad a que la institución tutelar tenga medios para asegurar el sostenimiento de todos los y las menores que llegan a dicha edad. Se podría haber hecho con el informe favorable de su integración y su potencial de obtener el ingreso mínimo vital. Por último, hubiese sido deseable que se previese que entre los 18 y los 24 años, edad a la que fija la protección la Convención Iberoamericana de los jóvenes, cualquier menor que no hubiese obtenido la autorización de residencia podría lograrla en cualquier momento.

47. Como conclusión final creemos oportuno valorar extender la totalidad de la protección de los niños y las niñas extranjeros no acompañados cuando son menores de 18 años a los años posteriores hasta un tiempo prudencial

en el que puedan lograr la formación, madurez y estabilidad necesaria para poder desarrollarse adecuadamente. Sería la manera de lograr esta protección más allá de la mayoría de edad. Otra forma de acercarse a ella sería otorgar por un nuevo y diferente estatus de protección temporal de adaptación a la edad adulta. En todo caso, en ambos regímenes, seguir en la línea de la flexibilización del acceso a una autorización de residencia antes y después de la mayoría de edad del Decreto 903/2021 debe ser pilar fundamental, más en la actual situación de crisis económica por la pandemia de la Covid19.

BIBLIOGRAFÍA

- Adroher Biosca, S.: “Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos de la protección internacional de menores”, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 334–350.
- Alcolado Chico, M.T.: “Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, 2018, nº 2, pp. 151–177.
- Alonso García M. N. y Carrizo Aguado, D.: “La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 82, 2019, pp. 381–395.
- Aparicio Chofré, L.: “Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 120–141.
- Argelich Comelles, C.: “Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, en R. López San Luis (directora), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 3–15.
- Blázquez Rodríguez, I.: “El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria”, *REDI*, vol. LXXII, nº 1, 2020, pp. 27–51.
- Bravo Rodríguez, M. R.: “La situación de los menores extranjeros no acompañados en España”, Consejo de Europa, MG-RCONF (2005) 11, 10 de octubre de 2005.
- Cabedo Mallol, V.: “Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras”, en V. Cabedo Mallol e I. Raverllat Ballesté (coordinadores), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 52–86.
- Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J.: “Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y sustracción internacional de menores. Algunas cuestiones controvertidas”, *El Derecho internacional privado, entre la tradición y la innovación. Homenaje al profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 185–205.
- Ceriani Cremadas, P.: *Canarias, niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo*, Madrid, UNICEF, 2021.
- De Ferrari Vial, L. I. y Curihuinca, E.: *Compendio de Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, Centro iberoamericano de Derechos del Niño, Santiago, 2018.

- Durán Ayago, A.: “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 415–462.
- Durán Bernardino, M.: “Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 50, 2019, pp. 63–82.
- Durán Ruiz, F. J.: *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica social y de futuro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- Durán Ruiz, F. J.: “MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 55, 2020, pp. 17–52.
- Flores González, B.: “La protección jurídica de los menores migrantes no acompañados en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 2, 2018, pp. 321–362.
- Fuentes Sánchez, R.: “Menores extranjeros no acompañados (MENA)”, *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, nº 3, 2014, pp. 105–111.
- García España, E.: “De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión”, *InDret*, 2016, nº 3, pp. 1–27.
- García Vázquez, S.: “El régimen jurídico del menor inmigrante”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, pp. 423–450.
- González Beilfuss, C.: “La sustracción de menores en el nuevo reglamento 2019/1111”, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 382–398.
- Guzmán Zapater, M. (directora): *Lecciones de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Iuri, T.: “La participación activa de los jóvenes, protección jurídica y necesidad de promoción”, *Revista Pilquen*, vol. 12, nº 2, 2015, pp. 35–45.
- Mangas Martín, A.: “Comentario al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, en A. Mangas Martín (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 452–453.
- Martínez Mateo, C.J.: “La tutela garantista de los MENA en la UE”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 50, 2019, pp. 83–106.
- Moya Escudero, M.: “Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa”, en P. Martín Rodríguez (director), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la UE en la era del Brexit*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Pastor Seller, E.: “Impacto de la Convención sobre los derechos del niño en los Estados de Argentina, Brasil, Chile, España y Uruguay”, *Revista Prisma Social*, nº 23, 2018, pp. 67–100.
- Perazzo Aragoneses, C. (coord.): *Los más solos*, Save the Children 2018.
- Pérez Martín, L.A.: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Las Palmas de Gran Canaria, ULPGC, 2019, p. 194.
- Pérez Vera, E.: “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993, vol. XLV, nº 1, pp. 101–114.
- Rodríguez Rodrigo, J.: “Protección de los MENA que llegan a España”, en A. Cebrián Salvat e I. Lorente Martínez (dirs.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019.

Rodríguez Mateos, P.: “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol. XLIV, nº 2, pp. 465–498.

Salces Rodrigo, M.T.: “Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados”, en *Save the children, La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007.

Vinaixa Miquel, M.: “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 517–602.