



Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

Situación administrativa de los MENAs en la Ciudad de Melilla

Trabajo fin de grado presentado por:

Francisco Navarro Maestre

Titulación: **Grado de Derecho**

Línea de investigación: **Derecho
Administrativo e Internacional
Público**

Director/a: **Doña Mercedes Salido
López**

Villena (Alicante)

[01 de junio de 2017]

Firmado por:

CATEGORÍA TESAURO:

Dictamen que emite Francisco Navarro Maestre, estudiante de Grado de Derecho de la Unir y alumno de la Clínica Jurídica UNIR-FUNDACION FERNANDO POMBO, a requerimiento de la empresa UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA RIOJA-UNIR, S.A. entidad con CIF A26430439.

ÍNDICE

LISTADO DE SIGLAS

RESUMEN

1.	OBJETO DEL DICTAMEN	4
2.	INTRODUCCIÓN	4-6
3.	SITUACIÓN DE HECHO	6-7
4.	PROBLEMAS JURÍDICOS ANALIZADOS	7
5.	NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADA O CONSULTADA	8-12
	5.1. Normativa.	8
	5.2. Jurisprudencia.	10
	5.3. Doctrina.	11
6.	ESTUDIO RESOLUCIÓN DE LA CONSULTA	12-29
	6.1. Revisión de los Tratados Internacionales, Reglamentos Comunitarios y normativa interna del Estado Español. Descripción del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados. Marco jurídico en que se sustentan las actuaciones con esta población	12
	6.2. Estudio de los trámites necesarios para la concesión de la tarjeta de residencia y permiso de trabajo. La solicitud de autorización de residencia de los MENAS	18
	6.3. Consideración específica de la ciudad autónoma de Melilla	25
	6.4. Determinación del ajuste de las medidas adoptadas por la Ciudad de Melilla.	26
7.	ACCIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA	29-32
	7.1. Procedimiento para acreditar y garantizar el cumplimiento por parte de la Administración Pública de las normas relativas a los permisos de residencia. Propuestas de mejora.	29
	7.2. Simultaneidad temporal de desarrollo de actividades por parte de la Asociación y el proceso de integración de los MENA Recomendaciones a la situación creada en la Ciudad Autónoma de Melilla.....	30
8.	CONCLUSIONES	32-33

9.	ANEXOS	34
	Croquis de diferentes alternativas a la concesión de permisos de residencia bajo un caso tipo mayor de 16 menor de 18 años.	34
	Caso nº 49	35-76

LISTADO DE SIGLAS

Siglas legislativas

LMSPIA	Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
LODLEIS	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOMSPIA	Ley Orgánica de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
REX	Reglamento de Extranjería.

Otras Siglas

AA PP	Administraciones Públicas.
CC.AA	Comunidades Autónomas.
CITEs	Centros de Internamiento Temporal de Extranjeros.
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española.
CNP	Cuerpo Nacional de Policía.
DDHH	Derechos Humanos.
FFP	Fundación Fernando Pombo.
MENA	Menores extranjeros no acompañados.
NIE	Número de Identificación Extranjeros.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
PRODEIN	Pro derechos de la Infancia. Asociación.
RMENA	Registro de Menores Extranjero no acompañados.
TSJ	Tribunas Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

RESUMEN

La Clínica Jurídica permite a los alumnos de Grado de Derecho desarrollar unas prácticas sobre casos reales bajo una coordinación profesional (profesor clínico) y dar un resultado acorde a una realidad de mercado (el dictamen). La ONG (PRODEIN) en pro de los derechos de la infancia, en este caso de los MENAs (Menores extranjeros no acompañados), solicita consejo legal a la Fundación Fernando Pombo, para paliar la situación de estos menores. Llegan a nuestras fronteras del Sur –Melilla en este caso– y deberíamos aplicarles los Derechos recogidos en los Convenios Internacionales, dándoles la oportunidad de integración social y laboral en nuestro mundo desarrollado. Por el contrario, encuentran la incompreensión social, política y económica de nuestra Europa. En las siguientes páginas buscaremos una solución jurídica y social a su estancia entre nosotros (permisos de residencia y trabajo, educación, salud, etc.).

Palabras Clave

Desamparo, interés superior menor, repatriación, arraigo, reagrupación familiar, refugiados.

Abstract

The Legal Clinic allows students of Law Degree, develop practices on actual cases under a professional coordination (clinical professor) and give a result according to a market reality (opinion). The NGO (PRODEIN) to favor of the rights of the child, in this case the ores (unaccompanied foreign minors), Requests legal advice to the Foundation Fernando Pombo, to alleviate the situation of these children. Come to our southern borders - Melilla in this case - and we should apply the rights contained in international Conventions, giving them the opportunity of social and labor market integration in our developed world, on the other hand are the lack of social, political and economic life of our Europe. In the following pages we will seek a legal and social solution to your stay among us (residence and work permits, education, health, etc.).

Keywords

Helplessness, the best interests of the child, repatriation, roots, family reunification, refugees.

1. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente informe es dar respuesta a la consulta formulada por PRODEIN. La Fundación Fernando Pombo nos traslada una solicitud de estudio jurídico sobre las grandes carencias administrativas, sanitarias, laborales, de integración, etc., de los Menores Extranjeros No Acompañados (en adelante MENAs), con peticiones concretas que más adelante se dirán.

2. INTRODUCCIÓN

La Clínica jurídica es un novedoso sistema de preparación práctica de los alumnos de Grado de Derecho para la incorporación al mundo laboral y el encuentro con casos reales que deben ser resueltos con los plazos y la celeridad que el mercado exige. A través de la Fundación Fernando Pombo (en adelante FFP) nacida con el compromiso social de impulsar la abogacía y los derechos de los más desfavorecidos, se reciben consultas y solicitudes de auxilio jurídico para Organizaciones No Gubernamentales (en adelante ONG.s). Desde 2013 viene desarrollando el proyecto “exequo” –yo acompaño– que promueve este compromiso de una abogacía en pro de los derechos de los más necesitados.

Los asuntos consultados a la FFP por las ONG.s son desarrollados por un equipo de alumnos dirigidos por un profesional en ejercicio y de reconocida trayectoria profesional en la rama del Derecho requerida, estableciendo la planificación y los tiempos para una resolución acorde a las necesidades legales y de las instituciones que lo han requerido.

En este Dictamen de Clínica Jurídica –Caso nº 49– el trabajo fue analizado por un grupo de alumnos de cinco personas, con el profesor D. Marcelo Belgrano al frente de la coordinación y orientación en las tareas encomendadas.

Tras una primera videoconferencia múltiple –0/11/2016– de alumnos y profesor, se establecieron las directrices de trabajo. Se llevaron a la práctica otras tres videoconferencias -22/11, 29/11 y 09/12/2016-, en la 3ª de ellas -29/11/17, se solicitó la participación de D. Rafael Merino, coordinador de la Clínica en la FFP, y el Trabajador Social D José Palazón Osma de la ONG Asociación pro derechos de la infancia (en adelante PRODEIN), con el fin de conocer con mayor profundidad las peticiones realizadas. En el resto de video conferencias se expuso por cada uno de los alumnos sus aportaciones, compartiendo pareceres y reorientando rápidamente las tareas hasta un acuerdo consensuado sobre las conclusiones en apenas 25 días de trabajo.

La metodología utilizada fue la distribución funcional dividida en cinco áreas de trabajo de investigación, complementando un borrador entre todos, que era distribuido por correo electrónico. Cada miembro del equipo utilizaba un color de texto en las aportaciones, lo que permitía conocer las opiniones individualizadas, para la supervisión conjunta de los cinco alumnos. Actuó de coordinador a los efectos de dar coherencia al texto final el alumno David Robles, con correcciones de estilo y gramaticales por parte de Manuel Pastor. Mi labor dentro del grupo fue la de lectura

de conjunto y debate en las reuniones por videoconferencia, así como la investigación jurídica de “los menores” con carácter general en la normativa internacional, comunitaria e interna.

La dificultad del trabajo a distancia y en tan corto espacio de tiempo, se suplió con la agilidad en el “trasiego” de borradores con aportaciones “coloridas” por cada uno, con un juicio crítico permanente. Costó en ocasiones llegar a consenso en los debates por videoconferencia, quizás por la premura de tiempo en la emisión del dictamen. Por ello creo personalmente que el resultado final es matizable y ampliable (ordenación de la legislación y jurisprudencia, ampliación de la doctrina; conclusión más jurídica; etc.).

La calificación obtenida en el Caso nº 49 fue de 7,48 sobre 10.

En la resolución del segundo caso de clínica jurídica propuesto –Caso nº 51– participamos los mismos componentes del equipo inicial. En esta ocasión la Resolución final tomo la forma de “Recurso Administrativo”, no fue un Dictamen, sino una acción orientada a la solución de la petición solicitada. La controversia viene por la petición de la Fundación Fernando Pombo a través de su programa “MULTIPLICATE”, de la misma Fundación, en una búsqueda de “soluciones jurídicas para cuestiones de máxima transcendencia social,con derechos de personas y colectivos vulnerables”, siempre pensando en los más necesitados de ayuda. En nuestro caso, un enfermo de Alzheimer, ante una reclamación tributaria de declaraciones complementarias de IRPF de los ejercicios 2011 a 2014, por haber inaplicado la “amnistía de los pensionistas con rentas procedentes del extranjero”, un caso de retroactividad y prueba del padecimiento de esa lamentable enfermedad – Alzheimer- y la exención fiscal que determina su calificación como incapacidad jurídica.

El procedimiento de trabajo se fundó en la misma metodología planteada en el Caso nº 49, así como los mismos roles y participación de los alumnos componentes del equipo – ¿por qué cambiar lo que funciona? -. Hay que indicar que en esta ocasión hubo un mayor esfuerzo en el estudio de jurisprudencia, quizás el asunto era directamente contencioso y había numerosas sentencias emitidas en la materia de: prueba de incapacidad, exención fiscal por minusvalía y amnistía fiscal en pensiones extranjeras.

En el Caso 51, la calificación obtenida por este alumno fue de 9,57, sobre 10.

Los motivos por los que nos hemos decantado por el caso nº 49 lo hemos titulado: LA BÚSQUEDA DE UN FUTURO CIERTO. (Los muros de contención a la política de inmigración en el Sur de España).

La inmigración de Norte de África hacia los paraísos económicos del primer mundo (Europa), han determinado la situación de unas zonas con acumulación de personas que emigran en la búsqueda de una posibilidad de supervivencia (económica, social, sanitaria, etc.).

En las fronteras de los países europeos se generan focos de conflicto, con escasas soluciones sociales, políticas y sobre todo inaplicación de normas legales, que entran en contradicción con las declaraciones públicas de éstos países y sus manifestaciones “bienintencionadas” de ratificación de los Convenios Internacionales

de los Derechos Humanos y en el caso que nos ocupa de los Derechos de la Infancia.

En este trabajo hablamos de Melilla como ciudad receptora de esos flujos migratorios que buscan las bondades del primer mundo, pero también se encuentran en la misma situación Ceuta, y desgraciadamente otras ciudades de Italia, Grecia, Turquía y todos aquellos países que son frontera con Europa.

Esos flujos migratorios arrastran las consecuencias sociales de cualquier sociedad que se desvertebra, y lamentablemente los niños (menores) no están exentos de estas circunstancias de huida de sus países, ya sea por guerra, hambruna, SIDA, regímenes políticos dictatoriales, etc. La expulsión de sus ciudadanos a un periplo peligroso en la búsqueda de un FUTURO CIERTO y seguro (en definitiva “un futuro”).

Agradecimientos

Tenemos que alabar el esfuerzo en las difíciles tareas de fusión y redacción del dictamen final del alumno y compañero David Robles, así como el esfuerzo en la revisión gramatical de Manuel Pastor. Encomiable la tarea de búsqueda legislativa y doctrinal de Bienvenido Robledano. Por supuesto, gracias al profesor D. Marcelo Belgrano por sus numerosos consejos y directrices, fruto de su gran experiencia en el área de “Extranjería” logró que nuestro trabajo y aprendizaje fuera más “sabroso”.

3. SITUACIÓN DE HECHO

3.1. La situación que PRODEIN plantea es el caso de los menores extranjeros que llegan a la Ciudad Autónoma de Melilla sin venir acompañados de un adulto responsable de ellos. Tras su entrada en suelo español y ser detectada su situación MENA por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad –bien por ser directamente detectados por estos cuerpos, bien por la denuncia o solicitud de ayuda de algún ciudadano- son llevados a las comisarías para su reseña policial y, cumplimentados los trámites administrativos aplicables al caso, pasan a estar administrativamente tutelados por la Ciudad Autónoma de Melilla, siendo el organismo que asume dicha protección La Dirección General del Menor y la Familia, órgano dependiente de la Consejería de Bienestar Social.

3.2. Nos dice PRODEIN, si por esa Dirección General del Menor se acredita que es imposible repatriar al menor –situación que se dará en la casi totalidad de MENAS, pues seguramente su objetivo sea quedarse en España y para ello irán intencionadamente desprovistos de documentación de origen–, y una vez ha pasado nueve meses desde que el MENA se encuentra bajo la tutela de los servicios de protección de menores, debería procederse a la concesión de la autorización de residencia. Esta autorización tradicionalmente duraba un año o incluso dos, pero desde hace un tiempo se les están otorgando tarjetas de residencia por periodos cada vez más breves (llegando hasta 1 mes únicamente).

3.3. Si el menor, que ha cumplido los dieciséis años, va a realizar un trabajo remunerado, es posible realizar una petición excepcional a la autorización de trabajo, para realizar actividades temporales o para de residencia y trabajo por

cuenta ajena para actividades estables. Sin embargo, las tarjetas de residencia que están otorgando actualmente, además de ser tan breves, no contemplan el derecho a trabajar.

3.4. De otra parte, PRODEIN también nos indica: en cuanto el menor llega a la mayoría de edad, se produce su expulsión automática del centro de menores y da comienzo su vida en la calle. En este momento, las autorizaciones de residencia quedan sin efecto, sin que el tiempo de residencia como menores compute para la obtención de una residencia más permanente en nuestro país, dejándoles en una situación de desprotección y vulnerabilidad absoluta.

3.5. La solicitud de la Asociación PRODEIN a la Fundación Fernando Pombo no es una solicitud de examinar la problemática de los menores desamparados en su conjunto, sino que se circunscribe a:

El análisis de la legalidad de la situación anteriormente descrita, es decir, su análisis jurídico, con base a la normativa aplicable a:

- (i) Los menores de edad.
- (ii) Los menores de edad extranjeros.
- (iii) La normativa relativa a los permisos de residencia vigente.

El objetivo del presente caso es:

- (i) Por un lado, determinar si la medida que está llevando a cabo la ciudad de Melilla se ajusta a la normativa vigente.
- (ii) Por otro, ofrecer una solución jurídica ajustada al interés superior del menor así indicado, tanto en la normativa internacional (Convención de derechos del niño) como en la legislación nacional (normativa relativa a los menores).

4. PROBLEMAS JURÍDICOS ANALIZADOS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

Estudio:

- 4.1 Revisión de los Tratados Internacionales, Reglamentos Comunitarios y normativa interna del Estado Español. (6.1)
- 4.2 Los trámites necesarios para la concesión de la tarjeta de residencia y permiso de trabajo. (6.2)

Acciones:

- 4.3 Procedimiento para acreditar y garantizar el cumplimiento por parte de la Administración Pública de las normas relativas a los permisos de residencia. (7.1)
- 4.4 Simultaneidad temporal de desarrollo de actividades por parte de la Asociación y el proceso de integración de los MENA. (7.1)

5. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICADA O CONSULTADA

Para resolver las diferentes cuestiones jurídicas se han analizado las siguientes fuentes que resultan de aplicación:

5.1. Normativa

5.1.1 N. Internacional

- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en al ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado.
 - a. Art. 4. Sobre la asistencia en España a los MENAS, dotarlos de igual protección que a los nacionales
- Convención sobre los derechos del niño adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989.
 - a. Art. 1º Cuando se considera en el ser humano menor. (inferior a 18 años)
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1.950.
 - a. Art. 5.1 Toda persona tiene derecho a la libertad deambulatoria y la seguridad.
- Declaración Universal de derechos humanos.
 - a. Art. 13. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - a. Art. 24. Derechos del Niño (sin discriminación) a la protección del Estado.

5.1.2 N. Comunitaria (UE)

- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1.996 relativo a la Competencia, Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.
 - a. Art. 2. Menores (18 años)
 - b. Art. 5. Autoridades ...competentes...para la protección del "menor"
- Directiva 2011/95 UE. Parlamento Europeo y Consejo de Europa.
 - a. Art. 20.2.3.5. Esta protección es aplicable también a los refugiados.
 - b. Art. 21 Protección contra la devolución.
 - c. Art. 24.2 Plazo de 2 años "mínimo" para los permisos residencia
 - d. Art. 31 La protección internacional a los MENAS
 - e. Art. 33 La libertad de circulación para los beneficiarios de la protección internacional
- Directiva 2013/32 Unión Europea y Consejo Europeo.
 - a. Art. 7. Como se solicita la Protección Internacional
 - b. Art. 25.1 Procedimiento para asegurar la protección de MENA

- Reglamento 604/2013 (UE)
 - a. Art. 6 El interés superior del niño constituirá una consideración primordial de los Estados miembro
- Resolución Consejo Europeo 25 06 1997.
 - a. Art. 1 Podemos encontrar la definición de MENA.

5.1.3 N. interna Estado Español

- Constitución Española.
 - a. Art. 12 Mayoría de edad 18 años
 - b. Art. 24. Tutela Judicial efectiva (del menor).
 - c. Art. 39 La protección de los niños por los convenios internacionales
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. (LOPJM)
 - a. Art. 1 Edad del menor, que se encuentren en territorio español, , hasta los 18 años
 - b. Art. 2. Los elementos que componen el interés superior del menor
 - c. Art. 9.1 Término “preferente” en los Derechos del menor. Resoluciones de las AAPP justificadas y motivadas
 - d. Art. 10 Medidas y principios rectores para las AAPP (menores)
 - e. Art. 11 La obligación de los programas de apoyo a los menores
 - f. Art. 13 Detección de la situación de desamparo del menor
 - g. Art. 14 Como deben de actuar las autoridades ante el desamparo
 - h. Art. 17 Las Resoluciones de las AAPP deben estar motivadas
 - i. Art. 18.5 Desprotección del menor y las competencias de las CCAA
- Ley Orgánica 4/2000, de 22 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (LODLEIS)
 - a. Art. 1 Quien tiene la condición de extranjero
 - b. Art. 4 Derecho de los extranjeros en España a conservar su documentación.
 - c. Art. 35 La obligación de la determinación de la minoría de edad del extranjero
 - d. Art. 35.4 El otorgamiento de permiso de residencia
- Ley 12/2009 Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria
 - a. Art. 19.1 La solicitud de protección internacional (no repatriación)
 - b. Art. 20 Los plazos para no admisión
 - c. Art. 21.1 La Resolución debe ser motivada
 - d. Art. 28.1 Las comunicaciones y notificaciones
 - e. Art. 36 Los efectos de la concesión. Autorización residencia
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
 - a. Art. 9. Competencia internacional. Los órganos judiciales españolesexpedientesen los casos internacionales
 - b. Art. 27. Ámbito de aplicación. ... y el nombramiento del defensor del menor
- Ley 26/2015 de 28 de julio, del sistema de protección de a la infancia y a la adolescencia. (LMSPIA). Modifica la L/ 1/1996
 - a. Art. 9Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:
 - a) La supremacía de su interés superior

- Real Decreto de 24/7/1889, Código Civil
 - a. Art. 9.1 La Ley personal está determinada por la nacionalidad.
 - b. Art. 315 La mayoría de edad 18 años.

- Real Decreto 1385/97 de 29 de agosto de 1997
 - a. Art. 2 Donde se establece de las competencias Ciudad de Melilla

- Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, reglamento sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. (REX).
 - a. Art. 189 REX Aparece por primera vez la definición de MENA
 - b. Art. 196. Duración autorización residencia de MENA (2 años máx.).
 - c. Art. 197. El acceso a la mayoría de edad del MENA titular de autorización residencia. Requisitos y duración (2 años máx.).
 - d. Art. 198 El acceso a la mayoría de edad del MENA determina que ya NO es titular de la autorización residencia. Requisitos y duración (2 años máx.).

- Reglamento Orgánico Ad, Comunidad Autónoma de Melilla.
 - a. Art. 4.c. Atribución de competencias a la ciudad de Melilla en servicios sociales. (menores)

- Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría de la Presidencia, por la que se publica el acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados.
 - a. Capítulo I, 2º La definición de MENA
 - b. Capítulo 1. 3º Sobre los principios rectores del interés superior del menor
 - c. Capítulo V. Aparece la definición de protección internacional-
 - d. Capítulo VI. 3º Reitera el establecimiento del plazo máximo otorgamiento permisos residencia.

5.2 Jurisprudencia

- S.T. Contencioso Administrativo nº 16 Madrid, 20/12/2006.
 - a. La denegación permiso de residencia por no cumplir los requisitos de

- TSJ Contencioso Administrativo Castilla-La Mancha. Sentencia 10095/2004 de 22 de julio. JUR/2004/256006.
 - a. Sobre quien tiene la carga de la prueba sobre la minoría de edad.

- TSJ Contencioso Administrativo Castilla-La Mancha. Sentencia 187/2012 de 9 de julio. JUR/2012/272473.
 - a. Como llevar a cabo la reinserción social. Requisitos Art. 197.3 RD 557/2011 de 20 de abril.

- TSJ Contencioso Administrativo País Vasco. Sentencia nº 324/2013 de 10 de junio. RJCA/2014/607
 - a. Los plazos y requisitos para solicitar la autorización residencian MENAS.
 - b. La dificultad de prueba Art. 196 y 198 RD 557/2011 de 20 de abril.

- TSJ Contencioso Administrativo País Vasco. Sentencia 56/2016 de 10 de febrero. JUR/2016/81308.
 - a. Sobre la determinación de los medios económicos (prestaciones sociales no son tenidas en cuenta).

5.3 Doctrina

- AGUADO I CUDOLÁ V. (2002) “La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales.: El Primer balance (I).” *Cuadernos de derecho local*. ISSN 1696-0955 (pág. 7-43).
 - a. Competencias de las Administraciones Locales. Incapacidad para asumir esta cuestión.
 - b. Especial transcendencia del padrón municipal en la situación de los extranjeros.
- ANTÚNEZ ALVAREZ M. y otros, (2016) “De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión sobre la situación actual de los Menores Extranjeros No Acompañados”. *Harraga*. (pág. 92-95).
 - a. Informe demoledor realizado por trabajadores sociales sobre la situación física y moral de los MENAS en Melilla.
 - b. El 57 % de niños que llegan a Melilla tienen una media de 17 años.
- DURÁN RUIZ F.J. (2011) “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus estados miembros.” *TRACE. El vértigo migratorio*. (pág. 1-17).
 - a. El estatuto jurídico del MENA es insuficiente.
 - b. La soberanía de los Estados puede violar los DDHH de los MENA.
- FUESTES SANCHEZ R. (2014)” Menores extranjero nos acompañados. (MENA).” *AZARBE. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* n^o. 3 – 2014 (pág. 105-111)
 - a. Los MENAs, de fenómeno puntual a colectivos de intervención prioritaria.
- GARAMENDI GONZALEZ P.M. y otros. (2010) “Documento de consenso de buenas prácticas en los Institutos de Medicina Legal en España.” *Revista Española de Medicina Legal*. 20011;37(1) 22-29.
 - a. Acuerdo de expertos científicos en un protocolo de determinación de la edad.
- Informe: “Infancias vulnerables.” (2012) *Ararteko*
[Http://argitalpen.ararteko.net-](http://argitalpen.ararteko.net-) *consulta* realizada el 04/02/2014
Problemas de conflictividad y rechazo que llevan aparejados los MENA en el País Vasco.
- Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales. (2016) *Defensor del Pueblo de España*. 243-296.
Recomendaciones a la Ciudad Autónoma de Melilla.
- Informe. “¿Menores o adultos? Procedimiento para la determinación de la edad.” (2010) *Defensor del Pueblo de España*.
La importancia de impulsar un Protocolo Marco sobre MENAS.
- “Informe sobre la determinación de la edad menores migrantes no acompañados. (2014) Sólo por estar solo.” *Fundación Raíces. Fundación C.G.A.E.*, M-10348-2014.
 - a. Denuncia de incumplimiento documental de las AAPP sobre los MENAS.
 - b. Denuncia pública contra la Fiscalidad de la Comunidad de Madrid en sus intervenciones judiciales por hacer predominar la condición de “extranjero” frente a la de “menor” en el caso de los MENAS.

- KADDUR HOSEIS H. (2005) Tesis Doctoral –*La atención educativa en centros de acogida de menores: El caso del centro Avicena de Melilla* - Universidad de Granada.
 - a. Los CETI herederos de las grandes instituciones de carácter benéfico. (bueno y malo).
 - b. Relajación en las políticas que se desarrollan en la protección del MENA.
 - c. Necesidades de formación continua de los profesionales que atienden a los menores.

- LÁZARO GONZALEZ I. (2007) “Menores extranjeros no acompañados en España.” *Prolegómenos. Derechos y Valores* ISSN 0121-182X Volumen X-nº 19.
 - a. El fenómeno MENA – perfil-
 - b. La escasa juridificación del problema. Faltan valoraciones rigurosas.

- MIRANDA A. (2012) Artículo “El interés superior del menor.” *En la calle. Revista sobre situaciones de riesgo social.* ISSN 2647-5375 nº 21 (pág. 7-8).
 - a. Varias recomendaciones de la Comisión Europea sobre inmigración MENA.

- SÁNCHEZ BENITEZ DE SOTO M.A. y otros. (2009) Informe. “Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España.” *C.G.A.E. UNICEF Banesto.* (pág. 136-142).
 - a. La nacionalidad española como alternativa del MENA.
 - b. Los recursos a disposición del problema MENA son una inversión de futuro.

6. ESTUDIO. RESOLUCIÓN DE LA CONSULTA

6.1. Revisión de los Tratados Internacionales, Reglamentos Comunitarios y normativa interna del Estado Español. Descripción del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados. Marco jurídico en que se sustentan las actuaciones con esta población

6.1.1. La minoría de Edad

6.1.1.1 Protección jurídica del menor

La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante LOPJM) que recientemente ha sido modificada por dos Leyes de gran significación, recogen de forma más exacta y directa el Derecho Internacional (ONU y UE), la LO. 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, (en adelante LOMSPIA) con rango de Orgánica, debido a que modifica parcialmente el Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 26/2015 de 28 de julio, (en adelante LMSPIA) con el mismo título que la anterior, introducen cambios que permiten la protección uniforme a los menores en todo el territorio del Estado, siendo referencia para el desarrollo en las CC.AA. de la legislación en esta materia que tienen otorgadas la transferencia de la misma.

Ha sido muy notable y acertada la promulgación de estas dos Leyes que modifican la LO. 1/1996 LOPJM, por el acercamiento a los Tratados Internacionales con el fin de adaptar nuestra legislación a lo que va a constituir el pilar fundamental de la protección a la infancia y la adolescencia, el “*interés superior del menor*”.

6.1.1.2 El interés superior del menor *versus* –el menor lo primero–

El ámbito de aplicación de la LO. 1/1996 LOPJM en su Artº 1 indica que “*son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español*”, a todos los menores sin discriminación alguna de nacionalidad u origen. Nos viene a indicar el valor universal que supone la minoría de edad (los niños, los menores) y que se establece en los Tratados y Convenios internacionales

La nueva redacción que ha tenido lugar del Artº 2 de la LO 1/1996 LOPJM, por LO 8/2015 LOMSPIA, ha buscado fijar con rotunda claridad los contenidos del interés superior del menor en base a tres elementos que nos permiten acercarnos más a este “*indeterminado*” concepto:

a.- El interés superior del menor es un “*derecho sustantivo*” por tanto, cuando se adopte una medida que concierna al niño, deben ser evaluados con preferencia los mejores intereses del menor frente a otros intereses que pudieran ser ponderados

b.-El carácter interpretativo del interés superior del menor, avala que en caso de dudas sobre la forma de interpretación de una disposición jurídica, ésta se llevará a cabo dando preferencia a los intereses de los menores

Es un mandato a las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.), Jueces y Tribunales, Poderes Públicos y ciudadanos en general. Cita así el Artº 2.4 párrafo segundo LO. 1/1996 LOPJM. “*En el caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”

c.-Y como norma de procedimiento que las “*limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”.

Los elementos que nos van a servir para ponderar “*el interés superior del menor*” deben de respetar la edad y madurez del menor, garantizar su igualdad y no discriminación, promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad y preparar el tránsito para la edad adulta. Todos estos elementos deben ser “*valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara*” (Art.2.3. f. LO. 1/1996 LOPJM).

6.1.1.3 Los Derechos del Menor

Especial mención tiene la modificación obrada por la LO 8/2015 LOMSPIA, del Artº 9.1 de la LO 1/1996 LOPJM, estableciendo de forma más detallada el derecho del menor a ser oído y escuchado, y dice en su párrafo segundo “*En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente*”. De la importancia del término “*preferente*” se desprende que la interpretación que debe darse en presencia de un menor es la ponderación de sus intereses, frente a cualquier otro elemento. Se sustituye el término “*juicio*” al referirse a la situación de discernimiento del menor, por el de “*madurez*”, más adecuado el lenguaje jurídico y forense.

Las AA.PP. y los Tribunales tienen la obligación de justificar y motivar cualquier resolución o acto administrativo en que se “*deniegue la comparecencia o audiencia a los menores*” Artº 9.3 LO. 1/1996 LOPJM, así como la comunicación al Ministerio Fiscal.

Cabe recordar de nuevo el ámbito de la LO. 1/1996 LOPJM todos “los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español”, ello significa sean o no españoles.

6.1.1.4 Los principios rectores de las AAPP

El Artº 10 de la LO 1/1996 LOPJM es el cuerpo central de la ley en cuanto a las “medidas y principios rectores de la acción administrativa” dirigido a las AAPP. quienes en aras de un bien público (el interés superior del menor) deben velar por su protección y amparo.

Entre otras obligaciones, las AAPP. deben facilitar la información necesaria y accesible para el ejercicio de sus derechos, por ello el Artº 10.2 dispone: “el menor puede:

- a) *solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.*
- b) *Poner en conocimiento del ministerio Fiscal las situaciones /.. que atentan contra sus derechos*
- c) *Plantear sus quejas ante el defensor del Pueblo*
- d) *Solicitar los recursos sociales disponibles de las AAPP.”*

Se refuerza significativamente la tutela judicial efectiva del Artº 24 C.E. con la posibilidad de

“e) Solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial

Un llamamiento en especial “*la Administración General del Estado le facilitará (al menor extranjero) la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.*” Artº 10.4 de la LO 1/1996 LOPJM. La referida normativa de extranjería e inmigración es la LO 4/2000, de 22 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Las AAPP tienen la obligación de facilitar a los menores el ejercicio de sus derechos así dispone el Artº 11 de la LO 1/1996 LOPJM, “*incluyendo los recursos de apoyo que precisen*”. Se refiere a todas las AAPP, sea estatal, CCAA, provincial o local.

Y un mandato destacado del Artº 11.4.a LO. 1/1996 LOPJM, que al fin último y objetivo de este informe interesa “*Las Entidades Públicas dispondrán de programa y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección.*”

6.1.1.5 Las actuaciones en situación de desprotección social del menor.

La importancia de la determinación y la declaración de la situación de desamparo es crucial para la protección del menor. Existe en nuestra Ley del Menor un llamamiento a todos los ciudadanos a la denuncia de una situación de riesgo o maltrato de un menor, así el artº 13 de la LO. 1/1996 LOPJM dice “*Toda persona o autoridad que detecte una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicará a la autoridad*”.

Obliga a las autoridades y servicios públicos a realizar una actuación inmediata (Artº 14) y a efectuar una declaración mediante resolución administrativa “*motivada*” de la situación de riesgo (artº 17).

6.1.2 Menores extranjeros

6.1.2.1 Régimen jurídico de aplicación a los menores de edad extranjeros. Menores extranjeros no acompañados

En el caso que nos ocupa nos centraremos en el régimen jurídico a aplicar a los menores extranjeros que llegan a Melilla sin estar acompañados de un adulto o aquellos que habiendo entrado en nuestro país de una forma legal acompañados de un adulto, posteriormente caigan en la ilegalidad no abandonando España cuando caducan sus respectivas autorizaciones, como suele pasar con los adultos extranjeros.

6.1.2.2 Determinación de la condición de extranjero no acompañado y la minoría de edad

Para encuadrar a los menores de edad extranjeros en el marco normativo español debemos por un lado definir legalmente su condición de extranjeros y por otro su condición de menor.

6.1.2.3 Condición de extranjero

Así, según el punto uno del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LODLEIS) “*Se consideran extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”. Por lo que en base a este punto podemos determinar que los menores sin nacionalidad española que traspasan la frontera de la ciudad de Melilla limítrofe con Marruecos, son considerados extranjeros y por lo tanto les es de aplicación esta normativa.

6.1.2.4 Determinación de la minoría/mayoría de edad

Por su parte el Art. 9.1. del Código Civil determina que la mayoría de edad se rige por la ley nacional de cada persona, “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad*”.

El Art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996 LOPJM, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor dice que, “*la presente ley será 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*”, texto que está en consonancia con el Art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por 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*”.

Aunque el Art. 4 de la L.O. 4/2000 LODLEIS establece que “*los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España*”, son muchos los que traspasan nuestras fronteras con documentación falsificada o sin ella.

El problema está en establecer la edad del extranjero cuando está indocumentado o la documentación que porta contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física de esa persona, es decir, cuando existe una aparente discrepancia entre la edad del menor que figura en el documento y su compleción física, a este respecto el Art. 35 de la Ley 4/2000, LODLEIS en su punto 3 establece que *“extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”*. Por su parte el art. 4 dice que *“Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle”*.

6.1.2.5 Determinación de la condición de no acompañado

Como este punto se centra principalmente en los extranjeros menores de edad no acompañados por la necesidad urgente de protección que demandan, tras haber establecido cuando se acredita su condición de extranjero y cómo se determina su minoría de edad, toca establecer el carácter de no acompañado.

La definición de menor extranjero no acompañado no la vamos a encontrar en la normativa de extranjería, por lo que debemos acudir a otras fuentes para concretarlo. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, en su Artículo 1 establece que *“La presente resolución se refiere a los menores de dieciocho 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”*, también se aplicará la Resolución a *“los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos”*.

6.1.2.6 Medidas a adoptar en relación con los menores de edad extranjeros no acompañados.

Una vez establecida y comprobada la condición de extranjero menor no acompañado, se deberá adoptar alguna de las siguientes medidas recogidas en la normativa de extranjería.

6.1.2. 6.a. Repatriación de los MENAs.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno en el que se encuentre el MENA domiciliado serán los responsables para tramitar, todo ello incluye la puesta en práctica de cuantas actuaciones informativas previas sean necesarias, así como la incoación, tramitación y resolución de todo el procedimiento de repatriación.

Si se acuerda la repatriación deberá optarse en primer lugar por la reagrupación familiar o alternativamente con la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores del país de origen.

Es muy de tener en cuenta que, si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y de forma acreditada constase en el expediente administrativo de repatriación, el desarrollo de ésta debe contar con a la autorización judicial.

En relación con esta acción de repatriación en ocasiones se puede observar cómo menores extranjeros que se encuentran desde hace tiempo en España, que son tutelados por las autoridades competentes, que están siguiendo ciclos de formación, que se están preparando para desempeñar una profesión en un futuro, en definitiva, que están totalmente integrados en nuestro territorio son repatriados a su Estado de origen en donde las posibilidades de prosperidad son mínimas. Situación que se puede observar en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid de 20 de diciembre de 2006, la cual confirma la repatriación del menor a Marruecos decretada por la Delegación del Gobierno de Madrid porque se había localizado a la madre del menor en Marruecos y no se había demostrado que la devolución resultara perjudicial para el menor ni que su madre no estuviera en condiciones de hacerse cargo de su guarda, educación y alimentación. Por otra parte, el tribunal no aprecia ningún tipo de arraigo del menor en el territorio español. Criterios seguidos por los jueces que más parecen querer a desprenderse del problema de un MENA que velar por el “interés superior del menor”.

6.1.2.6.b Residencia en España de los MENAs.

Si debido a sus circunstancias personales no pudiera procederse a la de repatriación del menor y habiendo transcurrido nueve meses desde que éste fue tutelado por los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la residencia (Art. 35.4 L.O. 4/2000 LODLEIS).

Cita expresamente nuestra legislación que la autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, desde la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se puso a disposición del menor al servicio de protección de menores. Artº 196 y ss RD. 557/2011 de 20 de abril. (en adelante REX) Reglamento de la L.4/2000, reformado por la LO 2/2009.

Cuan el menor pueda realizar trabajo remunerado –a la edad superior de 16 años– podrá solicitar una excepción a la autorización de trabajo, esto es, una autorización para trabajar en actividades temporales o una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena para actividades estables.

Es clase de procedimientos para la renovación por el MENA de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo debería ser será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, en el plazo de sesenta días naturales previos a la fecha de expiración del mismo, y será concedida siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar a su concesión inicial. La vigencia de esta autorización será de un año, salvo que por sus características especiales le pueda corresponder la residencia de larga duración.

Cuando se ha concedido este tipo de autorización de residencia no empecen para que pueda ser repatriado cuando favorezca el interés superior del menor, circunstancia ésta que no suele ocurrir. A continuación, se exponen una serie de consideraciones y recomendaciones para obtener de forma eficaz el permiso de residencia de los MENAs.

6.2. Estudio de los trámites necesarios para la concesión de la tarjeta de residencia y permiso de trabajo. La solicitud de autorización de residencia de los MENAs

6.2.1 Consideraciones generales

Este trabajo trata de ofrecer una solución a corto plazo a los problemas que actualmente está experimentando la ONG PRODEIN en relación con menores no acompañados (MENA) que se encuentran en la Ciudad Autónoma de Melilla. Para el procedimiento que se propone se ha analizado la normativa vigente relacionada con los MENA, con la solicitud del estatuto de protección subsidiaria y la solicitud de protección internacional. Es altamente frecuente que los inmigrantes no consigan sus objetivos de residir legalmente en España, no tanto porque no les amparen las leyes de inmigración, sino por cierta sintonía entre las normas y la aplicación de estas al objetivo al que van dirigidas. Por ello se debe hacer hincapié en exigir agilidad a las AAPP en el cumplimiento de sus funciones administrativas, así como en la correcta aplicación de la norma al caso en consideración.

Existe un Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, (del Ministerio de la Presidencia), del cual se transcribe, a continuación, el Apartado segundo de su CAPÍTULO I, que nos puede servir de guía para exigir cierta diligencia a las AAPP, si fuera el caso.

De acuerdo con el Apartado segundo del Capítulo I del susodicho Protocolo Marco, “[...] se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MENA) 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 REX.” (Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo)

6.2.2 Entrada de los MENA en territorio español

Toda la normativa española, europea e internacional que tratan el tema de los derechos y libertades de los extranjeros aceptan como hecho incontrovertido que la entrada irregular en el territorio de un Estado representa una situación de hecho a la que debe encontrársele una solución humanitaria. Por ello, y especialmente en los menores no acompañados, la situación de facto de un inmigrante en territorio español es, por así decirlo, la mejor garantía de que no será expulsado¹ (no digo repatriado por considerar en primera instancia que el MENA carecerá de documentación, al menos oficialmente).

En el bien entendido que toda norma que se precie proveerá excepciones para cuando las circunstancias lo justifiquen, estas excepciones se han puesto de

¹ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011 Artículo 21. Protección contra la devolución. -1. Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales. – Art. 19.1 de la Ley 12/2009 “Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud, o esta no sea admitida.

manifiesto en la masiva e incontrolada inmigración a Europa de personas huyendo de los conflictos bélicos del norte de África para salvar sus vidas.

6.2.3 Protección Internacional. Forma aconsejada de actuación del menor

Esta opinión solo es válida para cuando el MENA es encontrado por una ONG tipo PRODEIN o cuando el menor es detectado por la policía.

Es aconsejable que el menor manifieste ante la policía su intención de solicitar protección internacional. Se aconsejará al menor que se acoja a esta opción porque estamos en la creencia de que será esta vía la más favorable para los intereses del MENA por cuanto las autoridades españolas no podrán contactar con la representación diplomática del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional².

Decimos al comienzo de este párrafo que esta “opinión solo es válida para cuando el MENA es encontrado por una ONG tipo PRODEIN” porque siendo realistas, el MENA (o no MENA) que ha conseguido pisar suelo español su intención más probable será seguir sus propios pasos hasta donde su suerte le lleve.

6.2.4 Acogimiento del menor

6.2.4.1 Posibilidades

Es necesario poner de manifiesto que por estar dirigida esta opinión a una ONG, en ella va implícita la idea de que la ONG está en contacto con el MENA, bien sea ello por pura casualidad, bien porque una o la otra parte se han buscado por contactos afines. Siendo así, la ONG debe acompañar en todo momento al menor y solicitar a la policía o judicialmente –la vía más acostumbrada o que más posibilidades ofrezca– el depósito del MENA bajo su custodia y responsabilidad temporal³.

² 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; Apartado quinto. Protección internacional: “Las autoridades españolas no podrán contactar con las representaciones diplomáticas del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional.” (En adelante “Protocolo Marco”)

³ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011; Artículo 31. Menores no acompañados. -1. Tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante un tutor legal o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial. [...]. 3. Los Estados miembros velarán por que los menores no acompañados sean acomodados, ya sea: a) con parientes adultos, o b) en una familia de acogida [...]

DIRECTIVA 2013/32 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO; artículo 25.1: “. En relación con todos los procedimientos considerados en la presente Directiva y sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 14, 15, 16 y 17, los Estados miembros: “a) adoptarán tan pronto como sea posible medidas para asegurar que un representante actúe en nombre del menor no acompañado y le asista para permitirle disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en la presente Directiva.

6.2.5 Origen y Procedimiento para la solicitud de autorización de residencia

6.2.5.1 Protocolo actual

No tenemos información suficiente acerca de los protocolos o rutinas establecidos por PRODEIN para solicitar -o ayudar a los MENAS a solicitar- los permisos de residencia. Aceptamos, no obstante, que sus protocolos se ajustan a la realidad del lugar y del momento.

6.2.5.2 Opción propuesta

Forma de orientar la solicitud

En primer lugar, una vez se ha tenido conocimiento de las intenciones de los menores en relación con sus objetivos, hay que hacerles comprender que cualesquiera que sean estos, sus posibilidades pasan por tener libertad de movimientos dentro del territorio español⁴ para lo cual, lo más conveniente para su situación es solicitar el estatuto de protección internacional en calidad de “menor extranjero no acompañado” (MENA), es decir, un menor solo e indocumentado, sin familiares en su país de origen y que ni siquiera conoce el nombre de su pueblo ni donde ubicarlo en el mapa.

Persona solicitante

Al ser la persona solicitante aquella a la cual se le derivarán las comunicaciones de las AAPP sobre el devenir del expediente de la solicitud de protección internacional del menor, y al objeto de tener siempre la información actualizada, es conveniente que sea PRODEIN, en representación del menor (representación que debe ser legalmente formalizada) quien inicie la solicitud en nombre del MENA⁵.

El menor no acompañado será informado inmediatamente de que se ha nombrado un representante. El representante ejercerá sus funciones de conformidad con el principio del interés superior del niño y poseerá los conocimientos necesarios a tal efecto. La persona que actúe de representante se sustituirá únicamente en caso necesario. No podrán optar a ser representantes las organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto o pudieran entrar en conflicto con los intereses del menor no acompañado. El representante también podrá ser el representante mencionado en la Directiva 2013/33/UE;”.

Disposición adicional sexta de la Ley 12/2009 de 30/10: “Los poderes públicos promoverán la actividad de las asociaciones no lucrativas legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figuren el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional. Sus informes se incorporarán a los oportunos expedientes de solicitudes de protección internacional incoados por el Ministerio del Interior”.

⁴ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011; Artículo 33. Libertad de circulación en el Estado miembro. -Los Estados miembros permitirán en su territorio la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional en las mismas condiciones y con las mismas restricciones que rigen para los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

⁵ DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE JUNIO DE 2013, SOBRE PROCEDIMIENTOS COMUNES PARA LA CONCESIÓN O LA RETIRADA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL. Artículo 7 Solicitudes formuladas por cuenta de personas a cargo o de menores: 3. Los Estados miembros garantizarán que el menor tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional bien en su propio nombre, si tiene capacidad jurídica para actuar

6.2.6 Obligaciones de las AAPP

Cualquier autoridad, institución o entidad local o autonómica que acoja o reciba a un menor extranjero tiene la obligación legal de comunicarlo a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo nacional de Policía (en adelante CNP) así como a la Delegación o Subdelegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal ⁶. Nótese que la norma dice “Obligación de comunicar”, lo que no se corresponde con “Obligación de entregar”, independientemente de que el menor deba comparecer en cualquier momento que sea requerido por las autoridades.

6.2.6.1 Reseña policial y entrega del MENA en un Centro Unidad de Acogida

Es de todo punto importante que la reseña policial se haga en presencia de las personas –PRODEIN en este caso- que acompañan al menor.

6.2.6.2 Inicio de la solicitud de protección internacional/ o del Estatuto de Protección Subsidiaria

Una vez terminada la reseña policial, y aceptada por la policía la edad que el menor declare o, en su caso, que debe someterse el menor a la verificación científica de establecimiento de la edad; una vez registrado el MENA en el registro (en adelante RMENA) y ubicado en el centro de acogida u hogar de acogida ONG, se debe iniciar de inmediato “la Solicitud de Protección Internacional/Estatuto de Protección Subsidiaria del MENA. El inicio de la solicitud conlleva para el menor:

- La tranquilidad de que no será molestado en tanto se decide sobre su solicitud,
- Tener un documento NIE que les amparará frente a posibles incidencias policiales de legalidad de su situación en territorio español,
- Su escolarización o asistencia a un centro de formación,
- Posibilidad para la ONG de subvención para la asistencia al menor.

6.2.7 Prohibición de internamiento o expulsión del MENA mientras dure la decisión sobre su solicitud

Mientras se tramita la solicitud de protección internacional, las autoridades y las AAPP no podrán internar o expulsar al MENA⁷ (entiéndase mientras el menor no incurra en acción ilícita o penal).

6.2.7.1 Obligación internacional y de la UE de actuar siempre en la forma más favorable para el MENA

En relación con el devenir de la solicitud de protección internacional los Estados tienen la obligación legal y moral de que las decisiones a tomar que afecten

en procedimientos con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, bien a través de sus padres u otros familiares adultos, o de un adulto responsable de él, en virtud de la legislación o los usos y costumbres nacionales del Estado miembro de que se trate, o a través de un representante.

⁶ Apartado primero del Capítulo II del Protocolo Marco.

⁷ Artículo 28.1 Los Estados miembros no podrán internar a una persona por el único motivo de que se encuentre sometida al procedimiento establecido en el presente Reglamento. Vid notas 1 y 2

al MENA sean siempre las más favorables y de mayor interés para el MENA. (Nótese que las leyes dicen que “no solamente sean las más favorables para el menor, sino también, las más interesantes para él, lo que debe entenderse como “de mayor interés para despejar los inconvenientes que impidan –a futuro– el cambio de su situación irregular actual”.⁸

6.2.7.2 Tiempo estimado de tramitación

Tres meses para determinar si es posible la repatriación (posibilidad harto difícil teniendo en cuenta la no colaboración del menor, el desinterés del Reino Alauita y la prohibición legal de contactar con la representación diplomática del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional. Nueve meses desde la puesta a disposición del MENA para la obtención de la autorización de residencia.⁹

6.2.8. Concesión de las autorizaciones de residencia.

6.2.8.1 Alta posibilidad de concesión

No podemos asegurar la obtención del estatuto de protección subsidiaria - estatuto que se otorga con, o en sustitución de la protección internacional-, protección recomendada para los MENA en la legislación de todos los países, especialmente los de la Unión Europea. Esta conclusión se extrae de la interrelación de los puntos 2, 3 y 5 del artículo 20 Protección contra la Devolución- del Capítulo VII de la Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo: El Capítulo lleva por título: “Contenido de la protección internacional”; y los puntos referidos leen así:

2. *El presente capítulo se aplicará tanto a los refugiados como a las personas con derecho a protección subsidiaria, salvo indicación en contrario.*
3. *Al aplicar las disposiciones del presente capítulo, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, [...].*

⁸ Apartado tercero del Capítulo I del Protocolo Marco: “Principios rectores: 1. Las actuaciones objeto del presente Protocolo marco estarán inspiradas en el principio del interés superior del menor, tal y como ha sido delimitado por la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, la Observación General núm. 6 (2005) sobre Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM); la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX); la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; las normas de Derecho internacional dictadas en persecución del delito de trata de seres humanos y protección de las víctimas de ese ilícito tráfico; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos de 2005, y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁹ Apartado tercero.3 del Capítulo VI del Protocolo Marco – “Disposición común. Plazo máximo para otorgar la autorización de residencia. La tramitación y resolución del expediente deberán realizarse con la mayor celeridad. En todo caso, transcurrido el plazo máximo de nueve meses desde la puesta a disposición del MENA sea cual sea el estado de tramitación, la Delegación o Subdelegación de Gobierno otorgará la autorización de residencia.

5. *Al aplicar las disposiciones del presente capítulo que se refieren a los menores, el interés superior del niño será una consideración primordial de los Estados miembros.*

Es necesario enfatizar en la solicitud de protección internacional los peligros a que se enfrenta un menor de edad, incluso en las sociedades socialmente más avanzadas. Se deberá enfatizar el desconocimiento del idioma, la carencia total de medios para subsistir, la fragilidad de resistencia de una persona necesitada de lo más elemental para subsistir y, lo más importante para el menor: su situación actual (en la que el menor se encuentre) es su inquebrantable decisión de huir de los peligros y penalidades que ha dejado atrás y a los que no desea, no quiere, regresar (también especial hincapié en su voluntad decidida de no reencontrarse con su familia).

Al final de este trabajo se adjuntan algunas consideraciones de ACNUR y otras organizaciones para justificar la petición del Estatuto de Ayuda Subsidiaria o la Solicitud de Ayuda Internacional.

6.2.8.2 Tipo de residencia posible de obtener

Con la legislación actual, las posibilidades se concretan en un permiso de residencia renovable que debería tener una validez mínima por un año y en caso de renovación, un mínimo de dos años, cuando por motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público, se puede objetar a esta concesión (artículo 24.2 de la Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo).

Nos remitimos a la referencia realizada en el apartado I.2.6.b anterior, en partículas a los tiempos –máximos–_establecidos en nuestra legislación interna, en particular a los Artº 196 y ss. del REX. Hay que hacer notar que la Directiva Europea habla de “tiempos mínimos”.

Conviene hacer referencia a la escasa información que se ofrece desde las AAPP y las instituciones de protección sobre la alternativa o vía de la “nacionalización [.....] derecho que le confiere a un menor el Artº 23.2.f de nuestro Código Civil (en adelante CC) a adquirir la nacionalidad española, derecho que no está siendo utilizado, quizás porque no se les informa a los menores a pesar de que pueden cumplir con los requisitos exigidos:

- a) Que haya residido legal, continuada [...] durante un año.
- b) Que éste sujeto legalmente a la tutela [...] de instituciones españolas durante dos años consecutivos”¹⁰.

Un gran avance, aunque tardío, ha sido la aprobación del Protocolo Marco sobre MENAS, por Resolución de 13 de octubre de 2014, en que de una forma sistemática se han recogido muchas de las reivindicaciones solicitadas por instituciones no gubernamentales. A pesar de ello en sus declaraciones utiliza formas indefinidas para referirse a las actuaciones de las AAPP “con la mayor celeridad”, “en el plazo más breve posible”, “sin dilación”, habría cavido esperar una mayor concreción.

¹⁰ SANCHEZ BENITEZ DE SOTO M.A y otros. (2009) Informe. “Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España.” C.G.A.E. UNICEF Banesto. (pág. 136-142.

En cambio, en otras ocasiones, el Protocolo Marco remite y solicita plazos más breves a los establecidos en la normativa interna, Capítulo VI, Apartado Tercero. Residencia del MENA. “Sin perjuicio de lo establecido en el REX, se considera a tales efectos que tres meses desde la puesta a disposición del MENA del Centro de protección es tiempo suficiente para que [...] se solicite la autorización de residencia”. Hay que recordar que los tiempos del REX son 9 meses, y en ocasiones no se cumplen.

Como indica LÁZARO GONZALEZ I. *“Hasta el momento la respuesta del derecho no ha sido adecuada, pues no respeta los derechos de la persona ni es eficaz para frenar las nuevas llegadas”*. [...] *“la escasa judicialización del problema hasta el momento no permite valoraciones científicas rigurosas”* ¹¹.

No obstante, ya comienzan a aparecer sentencias todavía de los TSJ., algunas controvertidas, otras con unas miras más acordes con el “interés superior del menor”. Dos favorables: a/ sobre la controvertida “determinación de la edad” y la carga de la prueba hacia las AAPP en caso de indocumentados S.TSJ Castilla-La Mancha núm. 10095/2004 de 22 julio JUR/2004/256006, b./ Cumplimiento de requisitos de reinserción a pesar de un pasado desfavorable del MENA, cumplimiento de requisitos del Art. 197 del REX, S.TSJ de Castilla- La Mancha núm. 187/2012 de 9 de julio, JUR/2012/272473.

Otras dos sentencias con criterios más desfavorables a los MENA. a/ Denegación de permiso residencia por no presentar en plazo (desinformación del MENA), no cumple con requisitos del Art. 196 o 198 según el caso. S.TSJ del País Vasco núm. 324/2014 RJCA/2014/607. b./ Las percepciones sociales (únicamente) no son tenidas en cuenta para demostrar medios económicos. Requisitos del Art^o 197 y 197 del REX, S.TSJ del País Vasco núm. 56/2016 de 10 febrero JUR/2016/81308.

También hay que indicar que en el País Vasco la situación de los MENA es más notoria y los problemas añadidos (toxicomanías, abandono, fugas, etc.) se agravan más, aun cuando no justifica la acción judicial

Sorprende gravemente la denuncia realizada en las conclusiones del “Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados” de la FUNDACION RAICES y la Fundación del Consejo General de la Abogacía Española,¹² -Conclusión nº 16... respecto a las AAPP “incumplen su obligación de documentar a los menores extranjeros no acompañados_ cuando estos están tutelados” (pág. 90). Y mucho más grave la acusación a la Fiscalía de la Comunidad de Madrid, Conclusión nº 20... “han primado la condición de extranjero frente a la de menor.....estas instituciones...son las que acusan en vía judicial a los niños y niñas e incluso recurren...las sentencias judiciales favorables a ellos” (pág. 91).

¹¹ LÁZARO GONZALEZ I. (2007) “MENORES EXTRANJERO NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA. Prolegómenos.” *Derechos y Valores* ISSN 0121-182X Volumen X- nº 19. Pág. 149.

¹². “Informe sobre la determinación de la edad menores migrantes no acompañados. (2014) Sólo por estas solo.” *Fundación Raíces. Fundación C.G.A.E., M-10348-2014.*

6.3 Consideración específica de la Ciudad Autónoma de Melilla.

En relación al caso que nos ocupa la Ciudad Autónoma de Melilla, se llevo a cabo la transferencia de las competencias sobre servicios sociales y por tanto, sobre atención a menores, por Real Decreto 1385/1997 de 29 de agosto.

Así cuando un MENA es localizado en la calle por las autoridades y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado se inician inmediatamente los trámites oportunos. Se le aplican los protocolos establecidos al efecto y es ingresado a las pocas horas en un centro de acogida inmediata. Tras lo cual son los educadores quienes se encargan a partir de ese momento de los MENAs.

La tutela pasa a depender de la Ciudad Autónoma a través de la Consejería de Bienestar Social titular de los centros de acogida. Los menores pasan a residen en estos centros hasta cumplir la mayoría de edad, hay que indicar que son muchas las huidas y abandonos de los centros.

La LOEX establece que un menor tutelado por la administración, debe de obtener su permiso de residencia en un plazo inferior a nueve meses y siempre con efectos desde la fecha de puesta a disposición tutelar. Situación ésta que se incumple escandalosamente.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, esta situación se agrava al no existir autoridades consulares del país de origen y por supuesto no contar con fórmulas legales y eficaces para favorecer las reagrupaciones. El retorno del menor con su familia debe reunir siempre las máximas garantías y este es un requisito difícilmente aplicable por la escasez de recursos materiales, humanos y diplomáticos.

En su Informe anual a las Cortes Generales el Defensor del Pueblo realiza una sería de recomendaciones expresas a la Ciudad Autónoma de Melilla entre las que se encuentra:

“La presencia sostenida de un alto número de menores de edad en el CETI e Melilla, que en algunos meses del año 2015 ha superado la capacidad teórica total del centro,[...]ha motivado actuaciones y recomendaciones del Defensor del Pueblo, respecto de las que no se ha tenido recibido respuesta al cierre de este informe.”(pág. 244)

*“Se inicia con actuaciones con la **Delegación del Gobierno de Melilla** y con los servicios de protección de menores, que han informado de las actuaciones policiales adoptadas para la localización de menores,...(pág..268)*

“Se ha comunicado a dichos organismos las dificultades encontradas por los menores: centros de protección saturados, demora en obtener autorización de residencia, extinción de la misma una vez acceden a la mayoría de edad, discriminación en su escolarización, etcétera; que desincentivan su permanencia en los centros de menores de la ciudad autónoma y suponen un acicate para que quieran dirigirse a la península.. Se ha dado traslado de la necesidad de adoptar medidas que permitan abordar a pie de calle la situación de los menores desde puntos de vista distintos a los meramente policiales, adoptando medidas

*asistenciales y educativas, toda vez que las medidas coactivas no han demostrado efectividad.” (pág. 269)*¹³

6.3.1 Atribuciones genéricas de la Dirección General del Menor y la Familia en la Ciudad Autónoma de Melilla

El titular de la Dirección General del Menor y Familia, tendrá las atribuciones que se señalan en el artículo 4. c) del Reglamento de Organización Administrativa de la Ciudad Autónoma de Melilla, en materia de protección y tutela de menores, servicios sociales especializados relativos a la infancia y a la familia, así como la ejecución de las medidas dictadas por los Jueces de Menores y, concretamente las siguientes:

- La gestión de los servicios sociales especializados relativos a la infancia, a la familia, a la protección de los menores y a la reeducación y rehabilitación de los mismos.
- Las (atribuciones) que en materia de adopción, acogimiento, guarda y tutela establece el código civil.
- Las actuaciones administrativas y técnicas de asistencia, ayuda y rehabilitación a los menores de edad y a las familias, y a la promoción de actividades privadas de igual naturaleza.
- La gestión de la reeducación e integración social de los menores.
- La gestión de las relaciones con los centros de atención a menores, incluso los de internamiento, propios o concertados, y el ejercicio de las facultades administrativas de inspección y control.
- La instrucción de los expedientes sancionadores en materia de menores.
- La tramitación de los expedientes relativos a la concesión ayudas y subvenciones en su ámbito de competencias.
- En materia de familias numerosas, el reconocimiento de la condición de las mismas.
- El programa Punto de Encuentro y Mediación Familiar.
- Cualquier otra función análoga que se le atribuya.

6.4 Determinación del ajuste de las medidas adoptadas por la Ciudad Autónoma de Melilla.

6.4.1 Situación jurídica de los MENA en la Ciudad Autónoma de Melilla

Tras abordar los supuestos normativos reflejados en los apartados anteriores, debemos establecer en primer lugar los incumplimientos que realiza la Administración:

¹³. Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales. (2016). Defensor *del Pueblo de España*. (pág. 243-296).

6.4.1.1. Vulneración del derecho a la educación.

6.4.1.2. Insuficiencias en las prestaciones sanitarias.

6.4.1.3. Traslado de menores entre Comunidades.

6.4.1.4. Tardanza injustificada en la concesión y tramitación de autorización de residencia. Inexactitud de las pruebas de determinación de la edad.

6.4.1.5. Limitaciones de los recursos residenciales destinados a los menores.

Se valoran a continuación estos incumplimientos.

6.4.1.1. Vulneración del derecho a la educación

Desde el año 2010 se encuentran sin escolarizar los menores de edad extranjeros dependientes de la Ciudad Autónoma de Melilla.

6.4.1.2. Insuficiencia en las prestaciones sanitarias

La situación sanitaria con la que se encuentran los menores en la Ciudad Autónoma de Melilla es precaria, toda vez que no pueden acceder al sistema sanitario estatal, ni poder recibir así, cualquier tratamiento continuo o incluso los tratamientos más necesarios y urgentes.

6.4.1.3. Traslado de menores entre Comunidades

Nos encontramos ante una ausencia de criterios comunes de actuación, impidiendo la movilidad de los menores no acompañados entre las comunidades o territorios, los retrasos y dificultados en los procesos de integración, la escasa coordinación entre las instituciones, dificultades de escolarización y respuesta educativa, limitaciones una vez obtenida la mayoría de edad.

Cabe destacar que esa falta de movilidad geográfica disminuye considerablemente las oportunidades de reinserción de los menores de edad una vez adquieran la condición de mayoría de edad. El hecho que dichos menores se encuentren en Melilla no sólo limita su capacidad de desarrollo laboral y socioeducativo, sino que es el temor generalizado a la repatriación tras su mayoría de edad lo que genera una mayor frustración.

Cuando estos menores abandonan los centros de acogida sin haber concluido su proceso de regularización, se encuentran abandonados y sin posibilidad para una incorporación al mercado de trabajo, no les queda otro remedio que sobrevivir de la delincuencia y la marginalidad.

Una situación distinta es la que ocurre con los que tienen mayoría de edad que se encuentran en los Centros de Internamiento Temporal de Extranjeros (en adelante CITEs). En estos casos, sí ocurren desplazamientos a otras instalaciones territoriales españolas, básicamente por la masificación y el hacinamiento que se produce en Melilla.

Las razones esgrimidas por la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla se basan que Convenio Schegen no es de aplicación en dicha ciudad.

Uno de los problemas que se plantean en el presente informe es la gran dificultad existen para el traslado de los menores a otras comunidades autónomas.

Respecto a los posibles traslados entre comunidades, el procedimiento seguido en cada región estudiada es diferente:

- En algunas comunidades se considera que si un menor está tutelado en otro territorio debe volver al lugar en el que se le tuteló inicialmente, y se procede al traslado.

-Esta es la misma premisa de otras regiones, donde sin embargo en ocasiones no se procede al traslado por la no aceptación de la comunidad de origen.

-En el caso de Canarias, esta opción se plantea a la inversa. En este caso, es el gobierno canario quien negocia con el resto de comunidades para poder trasladar a menores fuera de su territorio, aunque manteniendo su tutela.

-En el caso de Melilla, esta circunstancia no es tenida en cuenta toda vez que no existe un mecanismo de coordinación y cooperación entre Melilla y otras comunidades.

6.4.1.4. Tardanza injustificada en la concesión y tramitación de autorización de residencia. Inexactitud de las pruebas de determinación de la edad.

Para concluir un proceso de integración de estos menores en nuestra sociedad se debe seguir una serie de pautas que en algunos casos son totalmente imprescindibles: determinación exacta de la edad del menor, responsabilidad en la tutela por parte de la institución, tramitación del empadronamiento, escolarización y concesión del permiso de residencia, obtención del permiso de trabajo y emancipación, etc...

Los retrasos en las concesiones de las autorizaciones administrativas de residencia, así como la exclusión de los permisos de trabajo para los mayores de 16 años, son totalmente injustificables. Las consecuencias de estos hechos provocan una pérdida de motivación, frustración en la capacidad de integración tras la mayoría de edad, realización de trabajos de forma irregular con consecuencias penales o administrativas adversas.

Hay que tener en cuenta que *“la tutela supone un momento decisivo para el menor, ya que, si no se pone en marcha, no es posible comenzar los trámites de regularización de su residencia. Por tanto, condicionará en un futuro su permanencia en nuestro país”*.¹⁴.

Se hace imprescindible dotar a las Comunidades y Ciudades Autónomas que reciben un elevado número de inmigrantes en comparado con su población local y sus presupuestos sociales, de la financiación adecuada que les permita asegurar la atención y el cuidado eficaz de los menores no acompañados.

¹⁴ “Informe de 2009 del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) y Unicef,” *Ni ilegales, ni invisibles, realidad jurídica de los Menores Extranjeros en España. M-10348-2014*

Hay que tener en cuenta un aspecto relevante en cuanto a la renovación de la tarjeta de residencia. La Administración Pública tiene unos plazos para resolver dicha autorización, pudiendo tener responsabilidad el encargado de su tramitación o de su resolución. Todo administrado puede exigir responsabilidad por irregularidades en los procedimientos administrativos. Y así lo considera en su Recomendación nº 4 el informe de la Fundación RAICES y la Fundación C.G.A.E. “un régimen de responsabilidades de las administraciones en caso de incumplimiento de sus deberes legales con respecto a los menores no acompañados [...] la estipulación de un procedimiento de reparación de los daños que la Administración haya provocado en sus vidas”.¹⁵

6.4.1.5. Limitaciones de los recursos residenciales destinados a los menores.

Junto con la falta de coordinación entre las instituciones de la Ciudad Autónoma de Melilla y la ausencia del criterio normativo hay que unir la limitación de los recursos residenciales que suponen el acogimiento de los menores.

Una de las consecuencias que provoca el rechazo al acogimiento familiar y el desplazamiento interterritorial es la masificación de los centros de acogida donde residen los menores no acompañados. Los recursos asistenciales que son de obligado cumplimiento por la Administración y la falta de espacios suficientes para poder llevar a cabo actividades de integración generan situaciones conflictivas por la ausencia de los derechos inherentes a los menores no acompañados.

7. ACCIONES, PROPUESTAS DE MEJORA Y RECOMENDACIONES.

7.1. Procedimiento para acreditar y garantizar el cumplimiento por parte de la Administración Pública de las normas relativas a los permisos de residencia. Propuestas de mejora.

(i). La medida que está llevando a cabo en materia de permisos de residencia en la ciudad de Melilla no se ajusta a la normativa vigente.

Las autoridades deben garantizar que los MENAs en espera de la regularización de su permiso de residencia o de trabajo, no queden apartados y perjudicados en sus itinerarios formativos, como sucede en la dificultad de acceso al certificado escolar o a las prácticas de programas de formación. Esta situación se puede solucionar concediéndoles a los MENAs un permiso de residencia temporal en el mismo momento de su ingreso en el sistema de protección. Por otra parte las AAPP no pueden exceder sin causa justificada el plazo para resolver las autorizaciones de residencia, pudiendo exigírsele responsabilidad patrimonial por estos hechos.

¹⁵ “Informe sobre la determinación de la edad menores migrante no acompañados (2014) Solo por estar solo.” *Fundación Raíces. Fundación C.G.A.E., M-10348-2014.*

(ii). Solución jurídica ajustada al interés superior del menor así indicado, tanto en la normativa internacional (Convención de derechos del niño) como en la legislación nacional (normativa relativa a los menores).

En primer lugar, Los Convenios internacionales hablan de plazos de mínimos (dos años) para la duración de los permisos de residencia. Las normas internas utilizan estos plazos de máximos (dos años).

En segundo, lugar el Protocolo Marco ya reconoce que a pesar de los plazos que establece el REX (nueve meses) los permisos de residencia y trabajo deberían darse en el plazo de tres meses (más que suficiente).

El retraso en aplicar la ley propia (LOEX) y su desarrollo reglamentario (REX) convierte el proceso de integración e inserción en "IMPOSIBLE".

¿Cuál es la responsabilidad patrimonial del Estado por estos retrasos de las AAPP responsables? Respuesta=NINGUNA.

(iii) Otras medidas.

Los centros de acogida tienen que adoptar un tamaño acorde a las necesidades de los MENAs. Posibilitar la cercanía y estar más integrados en el entorno geográfico y adecuar la población de MENAs a los recursos disponibles. Las AAPP competentes deberían involucrarse activamente en la gestión y control de las condiciones higiénico-sanitarias, educativas y de seguridad en los centros.

Todos los MENAs deberían estar en posesión de la tarjeta de atención sanitaria con el fin de poder acceder a los servicios de salud por el solo hecho de encontrarse acogido al sistema de protección internacional.

Las AAPP deberían ocuparse de todos los aspectos que un sistema de protección acorde a los Derechos Humanos (en adelante DDHH) debe procurar y que de lo contrario agravan los problemas de conducta o de salud de los MENAs, como es la larga e impredecible espera para la regularización.

Son necesarios unos presupuestos especiales de carácter estatal para aquellas Comunidades y Ciudades Autónomas que reciben un elevado número de inmigrantes, de lo contrario no se puede asegurar la atención y el cuidado eficaz de los MENAs.

En este contexto, son numerosas las propuestas de mejora que cabe realizar respecto al funcionamiento y condiciones de permanencia en los centros de acogida de MENAs. Propuestas que pasan por la necesidad de reformar la regulación jurídica actualmente vigente y, en otros, requieren la adopción de medidas que permitan cumplir las previsiones legales existentes.

7.2 Simultaneidad temporal de desarrollo de actividades por parte de la Asociación y el proceso de integración de los MENAs. Recomendaciones a la situación creada en la Ciudad Autónoma de Melilla

En nuestra opinión debería de completar con:

a. Acciones legales de PRODEIN para proteger a los MENAs

Dentro de las “Propuestas de mejora” que se llevan a cabo en las conclusiones se pide a PRODEIN la denuncia de la vulneración de derechos para tener un mayor control judicial, también denunciar la escasa o nula colaboración y cooperación inter AAPP para los desplazamientos territoriales de los MENAs en una búsqueda de mayores oportunidades de integración socio laboral.

Cumplir con los “protocolos” ¹⁶ establecidos en las reseñas policiales para que se hagan en presencia de las personas que acompañan al menor, éstas deberían ser miembros de la Asociación PRODEIN.

Derechos de acceso y visita de las ONG a los centros donde residen los MENAs y el desarrollo de actividades en los mismos.

Entendemos que las propuestas que podrían hacerse a la ONG PRODEIN deberían tener carácter reivindicativo a fin de poner en marcha mecanismo de denuncia hacia la aplicación de la legislación existente actualmente y a la dotación de recursos para hacerles frente.

b. Cumplimiento de las AAPP con la protección a los MENAs.

Las AAPP deben de aplicar la legislación existente en primer lugar, acciones tan elementales como:

- Poner a disposición del menor el expediente personal e informático de la situación legal de los MENAs.

- Llevar a cabo controles por parte de las autoridades correspondientes, sobre los procedimientos de determinación de la edad y detección de colectivos vulnerables.

- Vigilar y hacer cumplir los derechos de visitas y comunicaciones en los centros de acogida.

- Agilizar la entrega de permisos de residencia al ingresar en los sistemas de protección social ¹⁷.

¹⁶ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría de la Presidencia. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados. Capítulo I, 2º y Capítulo VI

¹⁷ Normativa.

- Art. 196 REX.
- Art. 35 LOEX

8. CONCLUSIONES

PRIMERA • Hemos podido corroborar en el estudio precedente que la actual regulación administrativa no es aplicada con rigor por las AAPP y por ello es preciso disponer de instrumentos de denuncia por los menores de las posibles vulneraciones de sus derechos y su posterior revisión judicial. La Fiscalía tiene que adoptar un papel de mayor iniciativa en la protección de los MENAs y desde los órganos jurisdiccionales mayor sensibilidad hacia el “interés superior del menor”.

SEGUNDA.- Por otra parte, y en tanto las relaciones entre las AAPP deben de regirse por el principio de colaboración y cooperación, también cabría exigírseles el cumplimiento a las mismas, extremo que no se cumple en el caso de Melilla, al no considerarse la posibilidad de los desplazamientos territoriales de los MENAs.

TERCERA.- Demandar a las AAPP competentes en materia de autorizaciones de residencia y trabajo para los MENAs, el estricto cumplimiento en el interés superior del menor de las recomendaciones internacionales, así como la aplicación “*pie litteris*” de nuestra regulación interna, por el gravísimo riesgo que conllevan los incumplimientos de plazos y entregas.

CUARTA.- Identificamos como una necesidad de primer orden para favorecer la integración de los MENAS en nuestra sociedad, la obligatoriedad de la Consejería de Educación del Gobierno Autónomo de Melilla de incorporar al sistema educativo ordinario, así como a la Formación Profesional normalizada a estos colectivos muy desfavorecidos. Es un requisito imprescindible para tener una oportunidad de incorporarse al mundo del trabajo.

QUINTA • Se ha observado las condiciones sanitarias de los MENAs son muy discriminatorias, evidenciando de lo anteriormente expuesto como las AAPP de Melilla obvian la atención sanitaria permanente y estable a estos colectivos, sin la atención por personal cualificado y siendo excluidos del acceso a la asistencia farmacéutica y la prestación de servicios especializados.

SEXTA.- Las carencias de información legal, sanitaria, laboral, etc., observadas en nuestro informe determinan que es preciso el desarrollo de Convenios de colaboración con los Colegios profesionales de Trabajadores Sociales, Abogados, Economistas, etc. a fin de dotar de servicios de asesoramiento que les permitan contar con mayores oportunidades para enfrentarse al mundo real.

SEPTIMA.- En relación a la situación en los CETIs por parte de los MENAs, existen numerosas carencias que hemos constatado, lo que dificulta la adaptación social y la dificultad para obtener los medios y las oportunidades hacia una autorización de residencia y trabajo. De una forma no exhaustiva se observa:

- Instalaciones obsoletas y carentes de estructuras educativas y con orientación profesional para los MENAs.
- Detrimento relacional de los MENAs por la reducción de sus derechos a ser visitados por las ONGs que ayudan en su integración.
- Hemos podido constatar la falta de documentación y expedientes en posesión de los MENAs a efectos de su identificación, gestión y ayudas a la resolución de sus problemas legales.

En nuestra opinión

Hemos de concluir que los resultados ofrecidos en el Dictamen solicitado por la ONG PRODEIN, son la expresión de una denuncia y un deseo. La denuncia de las grandes carencias de medios materiales y humanos de que disponen las AAPP para hacer frente a una situación desbordante, tanto en el factor humano –la avenida humana que marcha desde los países de origen en el Norte de África hacia la ansiada Europa– como en el factor económico –escasos presupuestos disponibles en la Administración Pública encargada en Melilla de atender las situaciones de desamparo de los MENAs–. El deseo de que los inmigrantes subsaharianos MENAs puedan encontrar una protección en los países de origen y que deberían –denuncia y deseo– ser abordados por la ONG PRODEIN desde tres puntos de vista diferenciados:

1. Acciones Asistenciales.
2. Acciones Legales.
3. Acciones Reivindicativas.

1. Acciones Asistenciales

- A. PRODEIN debería poner en marcha un plan de acción orientado a prestar ayuda asistencial a los MENAS orientado a ofrecer información laboral, educativa y acompañamiento jurídico en la recepción. Así como el desarrollo de “protocolos de actuación” propios de la entidad ante los casos de MENAs en la ciudad de Melilla.

2. Acciones Legales

- A. Poner en marcha convenios de colaboración con instituciones y Colegios profesionales Trabajadores Sociales, Abogados, Economistas, Médicos para la defensa de los intereses y la integración social de los MENAs.
- B. Denunciar judicialmente la errónea aplicación de la legislación vigente en materia de permisos de residencia y trabajo y establecer protocolos de actuación de defensa de los MENAs.

3. Acciones Reivindicativas

- A. Exigir a las AAPP el cumplimiento de la legalidad vigente y la dotación de presupuestos asistenciales orientados a la protección de los MENAs y la consecución del “interés superior del menor”, como finalidad principal de los países desarrollados en solidaridad con las corrientes migratorias de los países pobres.
- B. Exigir a los Gobiernos el apoyo económico y social en los países de origen para que no se produzcan los procesos de emigración se erradiquen las causas que provocan los mismos.

9. ANEXOS

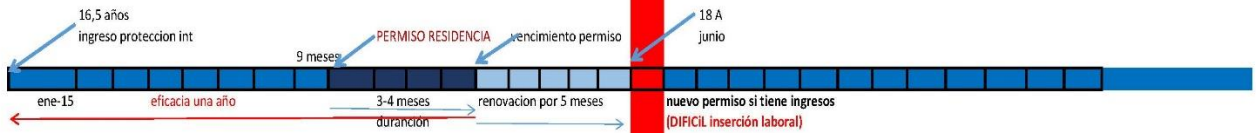
SUPUESTOS DE TIEMPOS PERMISOS DE RESIDENCIA MENAS en la Ciudad Autónoma de Melilla

Los MENAs según HARRAGA (1) vienen a Melilla en un 90 % menores la edad de 18 años. El 57 % tiene 17 años.

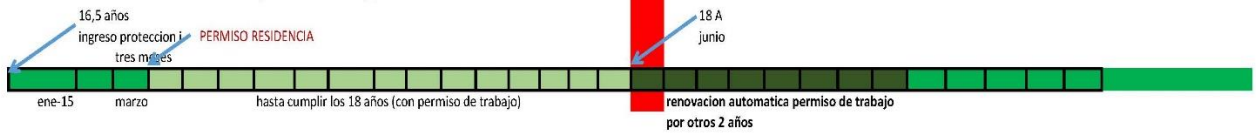
SITUACION EN MELILLA "a"



SITUACION LEGAL "b"



SITUACION IDEAL "c" recomendada por Protocolo Marco (2)



(1) "informe DE NIÑOS EN PELIGRO A NIÑOS PELIGROSOS". (2016) Asociación HARRAGA. Una visión sobre la situación actual de los MENAS en MELILLA.

(2) 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

Situación administrativa de los MENAs en la ciudad de Melilla

INFORME JURÍDICO SOBRE:

**DURACIÓN TARJETA DE RESIDENCIA DE MENORES
EXTRANJEROS EN MELILLA.**



Noviembre 2016

INFORME DEL CASO

Denominación del caso: DURACION TARJETA DE RESIDENCIA DE MENORES EXTRANJEROS EN MELILLA	Profesor clínico: D. Marcelo Belgrano
Entidad beneficiaria: Fundación Fernando Pombo	Nivel de Clínica: 2 Grupo nº: 1

Alumnos que firman el trabajo y rol desempeñado en el grupo:	Fecha de envío del informe del caso:				
<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20%; padding: 5px;">Coordinador:</td> <td style="padding: 5px;">David Robles</td> </tr> <tr> <td style="padding: 5px;">Investigador/redactor</td> <td style="padding: 5px;"> David Robles: <ul style="list-style-type: none"> • Determinación del ajuste normativo realizado por la Ciudad Autónoma de Melilla • Conclusiones Francisco Navarro: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad • Conclusiones Carmen Muñoz: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad extranjeros • Conclusiones Manuel Pastor: <ul style="list-style-type: none"> • Situación jurídica ajustada al interés superior del menor en la normativa internacional y en la normativa española • Conclusiones Bienvenido Robledano: <ul style="list-style-type: none"> • Normativa relativa a los permisos de residencia vigentes • Analizar la posibilidad de expulsión o repatriación • Conclusiones </td> </tr> </table>	Coordinador:	David Robles	Investigador/redactor	David Robles: <ul style="list-style-type: none"> • Determinación del ajuste normativo realizado por la Ciudad Autónoma de Melilla • Conclusiones Francisco Navarro: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad • Conclusiones Carmen Muñoz: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad extranjeros • Conclusiones Manuel Pastor: <ul style="list-style-type: none"> • Situación jurídica ajustada al interés superior del menor en la normativa internacional y en la normativa española • Conclusiones Bienvenido Robledano: <ul style="list-style-type: none"> • Normativa relativa a los permisos de residencia vigentes • Analizar la posibilidad de expulsión o repatriación • Conclusiones 	09/12/2016
Coordinador:	David Robles				
Investigador/redactor	David Robles: <ul style="list-style-type: none"> • Determinación del ajuste normativo realizado por la Ciudad Autónoma de Melilla • Conclusiones Francisco Navarro: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad • Conclusiones Carmen Muñoz: <ul style="list-style-type: none"> • Los menores de edad extranjeros • Conclusiones Manuel Pastor: <ul style="list-style-type: none"> • Situación jurídica ajustada al interés superior del menor en la normativa internacional y en la normativa española • Conclusiones Bienvenido Robledano: <ul style="list-style-type: none"> • Normativa relativa a los permisos de residencia vigentes • Analizar la posibilidad de expulsión o repatriación • Conclusiones 				

Dictamen que emiten Bienvenido Robledano, Carmen María Muñoz, David Robles, Francisco Navarro y Manuel Pastor, alumnos de la clínica jurídica UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, en resolución de la consulta formulada por la Asociación PRODEIN

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. Objeto y presentación del informe.....

CAPÍTULO 2. Descripción del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados. Marco jurídico en el que se sustentan las actuaciones con esta población

2. 1. Los menores de edad

2.1.1 Protección Jurídica del menor

2.1.2 El interés superior del menor

2.1.3 Los derechos del menor

2.1.4 Los Principios rectores de las AAPP

2.1.5 Las actuaciones en situación de desprotección social del menor

2.2 Menores extranjeros

2.2.1 Régimen jurídico de aplicación a los menores de edad extranjeros. Menores extranjeros no acompañados

2.2.2 Determinación de la condición de extranjero no acompañado y la minoría de edad

2.2.3 Condición de extranjero

2.2.4 Determinación de la minoría/mayoría de edad

2.2.5 Determinación de la condición de no acompañado

2.2.6 Medidas a adoptar con los menores de edad extranjeros no acompañados

2.2.7 Repatriación del Menor extranjero no acompañado

2.2.8 Residencia en España del menor extranjero no acompañado

CAPÍTULO 3. La solicitud de autorización de residencia de los MENA

3.1 Consideraciones generales

3.2 Entrada de los MENA en territorio español

3.3 Forma aconsejada de actuación del menor

3.4 Acogimiento del menor

3.4.1 Posibilidades

3.4.2 Conveniencias

3.5 Solicitud de autorización de residencia

3.5.1 Protocolo actual

3.5.2 Opción propuesta

3.6 Obligaciones de las AAPP

3.6.1 Reseña policial y entrega del MENA en un Centro Unidad de Acogida

3.6.2 Inicio de la solicitud de protección internacional/ o del Estatuto de Protección Subsidiaria

3.7 Prohibición de internamiento o expulsión del MENA mientras dure la decisión sobre su solicitud

3.7.1 Obligación internacional y de la UE de actuar siempre en la forma más favorable para el MENA

3.7.2 Tiempo estimado de tramitación

3.7.3 Posibilidades reales de concesión de la residencia

CAPÍTULO 4. Consideración específica de la Ciudad Autónoma de Melilla

4.1 Atribuciones genéricas de la Dirección General del Menor y la Familia en la Ciudad Autónoma de Melilla

CAPÍTULO 5. Determinación del ajuste de las medidas adoptadas por la ciudad de Melilla

5.1 Antecedentes del caso

5.2 Situación jurídica de los MENA en la Ciudad Autónoma de Melilla

5.3 Vulneración a los derechos a la educación

5.4 Insuficiencia en las prestaciones sanitarias

5.5 La ausencia de criterios comunes y desplazamiento territorial de los MENA

5.6 Las limitaciones de los recursos residenciales destinados a los menores

5.7 Los retrasos y dificultades en los procedimientos administrativos

5.8 Traslado a otras comunidades autónomas donde estuviera tutelado el menor

CONCLUSIONES

Recomendaciones a la situación creada en la Ciudad Autónoma de Melilla y propuestas de mejora

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

Normativa

Jurisprudencia

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

AUTORES DEL INFORME: Dictamen que emiten Bienvenido Robledano, Carmen María Muñoz, David Robles, Francisco Navarro y Manuel Pastor, alumnos de la clínica jurídica UNIR-FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, en resolución de la consulta formulada por la Asociación PRODEIN

CAPÍTULO 1. Objeto y presentación del informe

LA CONSULTA PLANTEADA:

A) Hechos planteados en la consulta:

La Asociación PRODEIN es una organización no gubernamental o Fundación de las mencionadas en el artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

11. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.

La Asociación PRODEIN ampara y actúa, en relación a los menores, en calidad de tutor nombrado por la Ciudad de Melilla.

La situación que PRODEIN directamente plantea es el caso de los menores extranjeros que llegan a la Ciudad Autónoma de Melilla sin venir acompañados de un adulto responsable de ellos. Tras su entrada en suelo español y ser detectada su situación MENA por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad –bien por ser directamente detectados por estos cuerpos, bien por la denuncia o solicitud de ayuda de algún ciudadano- son llevados a las comisarías para su reseña policial y, cumplimentados en comisarías los trámites administrativos aplicables al caso, pasan a ser, y estar, administrativamente tutelados por la Ciudad Autónoma de Melilla, siendo el organismo que asume dicha protección La Dirección General del Menor y la Familia, órgano dependiente de la Consejería de Bienestar Social.

Nos dice PRODEIN, si por esa Dirección General del Menor se acredita que es imposible repatriar al menor –situación que se dará en la casi totalidad de MENAS, pues seguramente su objetivo sea quedarse en España y para ello irán intencionadamente desprovistos de documentación de origen-, y, en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, se procede a otorgarle la autorización de residencia.

Esta autorización de residencia tradicionalmente duraba un año o incluso dos, pero desde hace un tiempo se les están otorgando tarjetas de residencia por periodos cada vez más

breves (llegando hasta 1 mes únicamente). Si el menor, en edad laboral, va a realizar una actividad laboral se puede solicitar a su favor, siempre que reúna los requisitos exigidos, una excepción a la autorización de trabajo, una autorización administrativa para trabajar para actividades temporales o una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena para actividades estables. Sin embargo, las tarjetas de residencia que están otorgando actualmente, además de ser tan breves, no contemplan el derecho a trabajar.

De otra parte, PRODEIN también nos dice: En cuanto el menor llega a la mayoría de edad, se produce su expulsión automática del centro de menores y da comienzo su vida en la calle. En este momento, las autorizaciones de residencia quedan sin efecto, sin que el tiempo de residencia como menores compute para la obtención de una residencia más permanente en nuestro país, dejándoles en una situación de desprotección y vulnerabilidad absoluta.

La solicitud de la Asociación PRODEIN a la Fundación Fernando Pombo no es una solicitud de examinar la problemática de los menores desamparados en su conjunto, sino que se circunscribe a:

“El análisis jurídico de la situación anteriormente descrita en base a la normativa aplicable (...)”; y

La “situación anteriormente descrita” es la siguiente:

- a) La situación de menores no acompañados que son –o están- tutelados por la ciudad Autónoma de Melilla, menores que si se acredita que son imposibles de repatriar debería serles otorgada la autorización de residencia que debiera ser de una duración de hasta dos años.
- b) Una de las características o razones para otorgar la tarjeta de residencia es la oportunidad laboral del menor, pero las autoridades administrativas de Melilla no contemplan ese derecho allí donde el derecho se dé.

Otra de las prácticas administrativas que aparentemente pudieran incumplir la legalidad jurídica aplicable a estos menores es la práctica de otorgamiento

B) Respuesta a la consulta: Se incorpora al trabajo adjunto.

C) Breve resumen del caso: Se incorpora al trabajo adjunto.

D) Conclusiones: Se incorpora al trabajo adjunto.

E) Bibliografía y webgrafía empleada: Se incorpora al trabajo adjunto.

OBJETO DEL INFORME

Evaluar la legalidad jurídica del proceder de las AAPP de Melilla, sobre los que se nos pide que analicemos y emitamos un dictamen. Por lo tanto, estimamos que debemos circunscribirnos a tales problemas y abandonar la idea de querer abarcar toda la inmensa normativa nacional e internacional alrededor del menor, o niño.

Ahora, es claro que los cuatro puntos pueden ser reducidos a tres:

- a) Destacar los derechos inviolables del menor que las AAPP deben obligatoriamente respetar.
- b) Iluminar el camino a la Asociación PRODEIN para oponerse a las reducciones del periodo de validez de las tarjetas de residencia analizando todas las posibilidades legalmente viables.
- c) Facilitar, si existen, a la Asociación PRODEIN las herramientas jurídicas para que pueda oponer, frente a la Administración, los derechos adquiridos de los menores durante su estancia en la Ciudad Autónoma de Melilla para evitar que sean expulsados automáticamente.

SITUACIÓN DE HECHO

Son cuantiosos los estudios, informes, declaraciones y recomendaciones sobre las situaciones de desamparo de los menores de edad (MENAS) a lo largo y ancho de toda la geografía planetaria, informes en los que se alerta sobre las condiciones –en algunos casos de verdaderos dramas- en que los menores se encuentran o en la forma en que son manejados, abusados e incluso esclavizados, bien en la verdadera acepción del término, bien en su vertiente laboral. Es por ello que esta parte del informe está dirigida hacia las AAPP para que no olviden sus compromisos con los más débiles de la sociedad. En el caso que nos ocupa de aquellos que se encuentran entre nosotros, en la sociedad española; sociedad que tiene bien ganada su fama mundial de “*acogedora de civilizaciones y razas*”.

La atención al MENA y su bienestar están en pie de igualdad con el nativo del Estado en el que el menor se encuentre; y su atención y bienestar están por encima, y son prioritarios, a cualquier otra actuación, de carácter administrativo que deba ser ejercida sobre el menor, excepción hecha del amparo judicial, atención social o acogimiento familiar. Estas prioridades se recogen prácticamente en todas las normas internacionales y domésticas sobre los Derechos Humanos y/o sobre los derechos y la protección de los menores.

CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con la situación de hecho expuesta, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Analizar y detallar en el informe qué pasos y en qué orden debe dar La Asociación para cumplir sus objetivos: establecer el criterio normativo vigente y su correcta aplicación a los MENA que se encuentran residiendo en la Ciudad Autónoma de Melilla.
2. Revisión de los Tratados Internacionales, Reglamentos Comunitarios y normativa interna del Estado Español.
3. Estudio de los trámites necesarios para la concesión de la tarjeta de residencia y permiso de trabajo.
4. Simultaneidad temporal de desarrollo de actividades por parte de la Asociación y el proceso de integración de los MENA
5. Procedimiento para acreditar y garantizar el cumplimiento por parte de la Administración Pública de las normas relativas a los permisos de residencia.

CAPÍTULO 2 Descripción del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados. Marco jurídico en el que se sustentan las actuaciones con esta población

2.1 La minoría de Edad

Unos de los primeros aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de determinar la condición de los MENA es su minoría de edad.

2.1.1 Protección jurídica del menor.

El menor como eslabón más débil de la cadena social requiere una especial atención jurídica en nuestro ordenamiento. Por ello nuestra Constitución recoge en el Artº 39.1 lo que será el punto de partida de su protección, impulso y promoción “los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia. 39.4. *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*”.

En el orden jerárquico superior de la normativa también se halla recogida la protección de los niños en los Convenios Internacionales, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (2) junto a otras de desarrollo que tiene como origen este Organismo, y ya en sede europea, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 25 de enero de 1996, amparan a los niños (menores de edad).

La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante LOPJM) que recientemente ha sido modificada por dos Leyes de gran significación, recogen de forma más exacta y directa el Derecho Internacional (ONU y UE), la LO. 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia,(en adelante LOMSPIA) con rango de Orgánica, debido a que modifica parcialmente el Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 26/2015 de 28 de julio, (en adelante LMSPIA) con el mismo título que la anterior, introduce cambios que permiten la protección uniforme a los menores en todo el territorio del Estado, siendo referencia para el desarrollo en las CC.AA. de la legislación en esta materia que tienen otorgadas la transferencia de la misma.

Ha sido muy notable y acertada la promulgación de estas dos Leyes que modifican la LO. 1/1996 LOPJM, por el acercamiento a los Tratados Internacionales con el fin de adaptar nuestra legislación a lo que va a constituir el pilar fundamental de la protección a la infancia y la adolescencia, el “*interés superior del menor*”.

2.1.2 El interés superior del menor. “*versus –el menor lo primero-*”

El ámbito de aplicación de la LO. 1/1996 LOPJM en su Artº 1 indica que “*son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español*”, a todos los menores sin discriminación alguna de nacionalidad u origen. Nos viene a indicar el valor universal que supone la minoría de edad (los niños, los menores) y que se establece en los Tratados y Convenios internacionales

La nueva redacción que ha tenido lugar del Artº 2 de la LO 1/1996 LOPJM, por LO 8/2015 LOMSPIA, ha buscado fijar con rotunda claridad los contenidos del interés superior del menor en base a tres elementos que nos permiten acercarnos más a este “*indeterminado*” concepto:

a.- El interés superior del menor es un “*derecho sustantivo*” por tanto, cuando se adopte una medida que concierna al niño, deben ser evaluados con preferencia los mejores intereses del menor frente a otros intereses que pudieran ser ponderados

b.-El carácter interpretativo del interés superior del menor, avala que en caso de dudas sobre la forma de interpretación de una disposición jurídica, ésta se llevará a cabo dando preferencia a los intereses de los menores

Es un mandato a las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.), Jueces y Tribunales, Poderes Públicos y ciudadanos en general. Cita así el Artº 2.4 párrafo segundo LO. 1/1996 LOPJM . *“En el caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*

c.-Y como norma de procedimiento que las *“limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*.

Los elementos que nos van a servir para ponderar *“el interés superior del menor”* deben de respetar la edad y madurez del menor, garantizar su igualdad y no discriminación, promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad y preparar el tránsito para la edad adulta. Todos estos elementos deben ser *“valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.”*(Artº2.3.f. LO. 1/1996 LOPJM).

2.1.3 Los Derechos del Menor:

Los derechos fundamentales que tiene cualquier ciudadano se enfatizan en la protección del menor, así el Derecho al honor, la intimidad, la propia imagen, a la información, la libertad ideológica, la participación y asociación, la libertad de expresión, vienen recogidos en los Artº 4 al 8 de la LO. 1/1996 LOPJM, y se realiza un llamamiento a los poderes públicos para su guarda y protección acorde a la normativa internacional.

Especial mención tiene la modificación obrada por la LO 8/2015 LOMSPIA, del Artº 9.1 de la LO 1/1996 LOPJM, estableciendo de forma más detallada el derecho del menor a ser oído y escuchado, y dice en su párrafo segundo *“En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente”*. De la importancia del término *“preferente”* se desprende que la interpretación que debe darse en presencia de un menor es la ponderación de sus intereses, frente a cualquier otro elemento. Se sustituye el término *“juicio”* al referirse a la situación de discernimiento del menor, por el de *“madurez”*, más adecuado el lenguaje jurídico y forense.

Las AA.PP. y los Tribunales tienen la obligación de justificar y motivar cualquier resolución o acto administrativo en que se *“deniegue la comparecencia o audiencia a los menores”* Artº 9.3 LO. 1/1996 LOPJM, así como la comunicación al Ministerio Fiscal.

Cabe recordar de nuevo el ámbito de la LO. 1/1996 LOPJM todos *“los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español”*, ello significa sean o no españoles.

2.1.4 Los principios rectores de las AAPP.

El Artº 10 de la LO 1/1996 LOPJM es el cuerpo central de la ley en cuanto a las *“medidas y principios rectores de la acción administrativa”* dirigido a las AAPP. quienes en aras de un bien público (el interés superior del menor) deben velar por su protección y amparo.

Entre otras obligaciones, las AAPP. deben facilitar la información necesaria y accesible para el ejercicio de sus derechos, por ello el Artº 10.2 dispone: *“el menor puede:*

- a) solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.*
- b) Poner en conocimiento del ministerio Fiscal las situaciones /.. que atentan contra sus derechos*
- c) Plantear sus quejas ante el defensor del Pueblo*
- d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las AAPP.”*

Se refuerza significativamente la tutela judicial efectiva del Artº 24 C.E. con la posibilidad de

“e) Solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial

Especial mención realiza la LO. 1/1996 LOPJM, hacia los menores extranjeros, debido a la situación de vulnerabilidad añadida de encontrarse en territorio desconocido y en ocasiones con la particularidad de una situación de desamparo de “no acompañados” de sus mayores. La ley les otorga el derecho de educación asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales con la finalidad de lograr la plena integración de los menores extranjeros en nuestra sociedad.

Un llamamiento en especial “*la Administración General del Estado le facilitará (al menor extranjero) la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.*” Artº 10.4 de la LO 1/1996 LOPJM. La referida normativa de extranjería e inmigración es la LO 4/2000, de 22 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Las AAPP tienen la obligación de facilitar a los menores el ejercicio de sus derechos así dispone el Artº 11 de la LO 1/1996 LOPJM, “*incluyendo los recursos de apoyo que precisen*”. Se refiere a todas las AAPP, sea estatal, CCAA, provincial o local.

Se establece un elenco pormenorizado de “*principios rectores*” que todos los poderes públicos deben respetar y se sitúa en el vértice de la pirámide Artº 11.2.a LO. 1/1996 LOPJM “*la supremacía de su interés superior*”, los poderes públicos no pueden obviar este principio que actúa como bucle y al que siempre nos devuelve la norma, después de que se hayan aplicado otros no menos importantes “*el mantenimiento de la familia de origen, la igualdad de oportunidades.*”, etc.

Y un mandato destacado del Artº 11.4.a LO. 1/1996 LOPJM, que al fin último y objetivo de este informe interesa “*Las Entidades Públicas dispondrán de programa y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección.*”

2.1.5 Las actuaciones en situación de desprotección social del menor.

La importancia de la determinación y la declaración de la situación de desamparo es crucial para la protección del menor. Existe en nuestra Ley del Menor un llamamiento a todos los ciudadanos a la denuncia de una situación de riesgo o maltrato de un menor, así el artº 13 de la LO. 1/1996 LOPJM dice “*Toda persona o autoridad que detecte una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicará a la autoridad*”.

Obliga a las autoridades y servicios públicos a realizar una actuación inmediata (Artº 14) y a efectuar una declaración mediante resolución administrativa “*motivada*” de la situación de riesgo (artº 17).

Se citan como situación de desamparo:

- el abandono del menor
- que tras el transcurso del plazo de guarda voluntaria sus guardadores no estén en condiciones de continuar con esta situación
- el riesgo para la vida, salud o integridad física del menor
- el riesgo para la salud mental del menor
- los incumplimientos del deber de guarda
- inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución o cualquier otra explotación del menor
- ausencia de escolarización
- cualquier situación gravemente perjudicial para el menor.

Una remisión muchas veces incumplida por parte de las AAPP. La remisión del Artº 18.5 LO. 1/1996 LOPJM. Los posibles conflictos de competencia que pudieran originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad e interés superior del menor, y el bucle nos devuelve a este deber básico.

Tras la determinación de la normativa y consideración legal de los menores de edad, se procede a abordar el aspecto que concierne a los menores de edad extranjeros.

2.2 Menores extranjeros

2.2.1 Régimen jurídico de aplicación a los menores de edad extranjeros. Menores extranjeros no acompañados.

Diversos son los medios por los que los menores de edad extranjeros llegan a España y en concreto a la Ciudad de Melilla con intención de abandonar su país de origen, normalmente Marruecos, aunque en menor cantidad también llegan menores originarios del África Subsahariana. Los motivos que les mueven a realizar este viaje es principalmente el de

buscar una vida mejor, pero una vez allí se les tendrá que aplicar el régimen jurídico adecuado, diferenciando entre los menores extranjeros que llegan acompañados de un adulto y los que llegan a nuestro país solos, distinción recogida por el propio Ministerio del Interior⁴.

En el caso que nos ocupa nos centraremos en el régimen jurídico a aplicar a los menores extranjeros que llegan a Melilla sin estar acompañados de un adulto o aquellos que habiendo entrado en nuestro país de una forma legal acompañados de un adulto, posteriormente caigan en la ilegalidad no abandonando España cuando caducan sus respectivas autorizaciones, como suele pasar con los adultos extranjeros.

2.2.2 Determinación de la condición de extranjero no acompañado y la minoría de edad.

Para encuadrar a los menores de edad extranjeros en el marco normativo español debemos por un lado definir legalmente su condición de extranjeros y por otro su condición de menor.

2.2.3 Condición de extranjero.

Así, según el punto uno del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, *“Se consideran extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”*. Por lo que en base a este punto podemos determinar que los menores sin nacionalidad española que traspasan la frontera de la ciudad de Melilla limítrofe con Marruecos, son considerados extranjeros y por lo tanto les es de aplicación esta normativa.

2.2.4 Determinación de la minoría/mayoría de edad.

Por su parte el Art. 9.1. del Código Civil determina que la mayoría de edad se rige por la ley nacional de cada persona , *“La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, Dicha ley regirá la capacidad y 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 de conformidad con la ley personal anterior”*.

En España la mayoría de edad se alcanza a los 18 años y así lo establece el Art. 12 de la Constitución, *“Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”* y el Art. 315 del Código Civil, *“La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos...”*.

El Art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor dice que, *“la presente ley será 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”*, texto que está en consonancia con el Art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño, *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por 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”*.

Como conclusión podemos afirmar que se considerará que un extranjero es menor cuando aún no hay cumplido los 18 años o que es mayor conforme a la normativa que le es de aplicación en su país³.

En base a la cuestión de establecer si un extranjero es mayor o menor de edad surge una problemática que se hace latente a través de distintas resoluciones judiciales, que tratan de establecer las pautas adecuadas para determinar la edad de una persona indocumentada.

Aunque el Art. 4 de la Ley de Extranjería establece que *“los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España”*, son muchos los que traspasan nuestras fronteras con documentación falsificada o sin ella.

El problema está en establecer la edad del extranjero cuando está indocumentado o la documentación que porta contiene datos que no pueden conciliarse con la realidad física de esa persona, es decir, cuando existe una aparente discrepancia entre la edad del menor que figura en el documento y su compleción física⁴, a este respecto el Art. 35 de la Ley 4/2000, en su punto 3 establece que *“extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”*. Por su parte el art. 4 dice que *“Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle”*.

Así en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto

tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias, Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre⁴ (Art. 35.5 Ley extranjería).

2.2.5 Determinación de la condición de no acompañado.

Como este punto se centra principalmente en los extranjeros menores de edad no acompañados por la necesidad urgente de protección que demandan, tras haber establecido cuando se acredita su condición de extranjero y cómo se determina su minoría de edad, toca establecer el carácter de no acompañado.

La definición de menor extranjero no acompañado no lo vamos a encontrar en la normativa de extranjería, por lo que debemos acudir a otras fuentes para concretarlo. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, en su Artículo 1 establece que *"La presente resolución se refiere a los menores de dieciocho 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"*, también se aplicará la Resolución a *"los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos"*.

De esta definición se pueden destacar los siguientes requisitos para considerar al menor extranjero "no acompañado":

- a) El menor ha de carecer de la compañía de un adulto al llegar al territorio español que se responsabilice de él.
- b) La responsabilidad que recae sobre el adulto puede ser de hecho o de derecho.
- c) El adulto declina su responsabilidad una vez que el menor ha entrado en el territorio español, de forma que lo deja solo.

2.2.6 Medidas a adoptar en relación con los menores de edad extranjeros no acompañados.

Una vez establecida y comprobada la condición de extranjero menor no acompañado, se deberá adoptar alguna de las siguientes medidas recogidas en la normativa de extranjería:

2.2.7 Repatriación del Menor extranjero no acompañado.

La Delegación y Subdelegación del Gobierno en cuyo territorio se halle el domicilio del menor será competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero no acompañado, incluyendo la práctica de las actuaciones informativas previas y, en su caso, la incoación, tramitación y resolución del procedimiento de repatriación.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, solicitará informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste, así como cualquier información sobre la situación del menor de la entidad que tenga atribuida su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

Se acordará el inicio del procedimiento de repatriación del menor cuando, según los informes, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen.

Cumplidos los trámites establecidos del procedimiento (alegaciones, prueba...), tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, sobre la repatriación del mismo a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares o sobre su permanencia en España.

A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen (Art. 35.6 Ley extranjería).

Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les

represente. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.

Si se resuelve la repatriación, ésta se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores del país de origen.

En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de repatriación, la ejecución de ésta estará condicionada a la autorización judicial.

En relación con esta acción de repatriación en ocasiones se puede observar cómo menores extranjeros que se encuentran desde hace tiempo en España, que son tutelados por las autoridades competentes, que están siguiendo ciclos de formación, que se están preparando para desempeñar una profesión en un futuro, en definitiva, que están totalmente integrados en nuestro territorio son repatriados a su Estado de origen en donde las posibilidades de prosperidad son mínimas. Situación que se puede observar en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid de 20 de diciembre de 2006, la cual confirma la repatriación del menor a Marruecos decretada por la Delegación del Gobierno de Madrid porque se había localizado a la madre del menor en Marruecos y no se había demostrado que la devolución resultara perjudicial para el menor ni que su madre no estuviera en condiciones de hacerse cargo de su guarda, educación y alimentación. Por otra parte el tribunal no aprecia ningún tipo de arraigo del menor en el territorio español, ya que el tiempo de residencia en España no ha sido tan largo como para fraguar ningún tipo de arraigo social ni económico, no está acreditada su presencia en territorio español antes del mes de abril de 2005, momento en el que fue puesto a disposición del instituto tutelar por la Policía Nacional para que se hiciera cargo de su guarda, dado que pasó a España en condiciones de polizón y sin documentación alguna, según sus propias manifestaciones, en fecha que se desconoce. Tampoco es apreciable ningún arraigo familiar, aunque tenga un hermano en Almería, ya que estaba tutelado por los servicios de menores de la Comunidad de Madrid y la repatriación no interrumpe ningún ciclo formativo, ya que éste había concluido y quedaba sólo incorporarlo al mercado de trabajo.

2.2.8 Residencia en España del menor extranjero no acompañado.

De acreditarse la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia (Art. 35.4 Ley extranjera).

La Oficina de Extranjería resolverá y notificará la resolución al menor en el plazo máximo de un mes, comunicándola, asimismo, al Ministerio Fiscal. En el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, el representante legal del menor, acompañado del menor extranjero, deberá solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, desde la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor al servicio de protección de menores.

En el supuesto de que el menor, en edad laboral, vaya a realizar actividad laboral se podrá solicitar a su favor, siempre que reúna los requisitos exigidos, una excepción a la autorización de trabajo, una autorización administrativa para trabajar en actividades temporales o una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena para actividades estables.

El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo del menor será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia, y será concedida siempre que subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor. A continuación, se exponen una serie de consideraciones y recomendaciones para obtener de forma eficaz el permiso de residencia de los menores extranjeros no acompañados.

CAPÍTULO 3. La solicitud de autorización de residencia de los MENA

3.1 Consideraciones generales

Este trabajo trata de ofrecer una solución a corto plazo a los problemas que actualmente está experimentando la ONG PRODEIN en relación con menores no acompañados (MENA) que se encuentran en la Ciudad Autónoma de Melilla. Para el procedimiento que se propone se ha analizado la normativa vigente relacionada con los MENA, con la solicitud del estatuto de protección subsidiaria y la solicitud de protección internacional. Es altamente frecuente que los inmigrantes no consigan sus objetivos de residir legalmente en España, no tanto porque no les amparen las leyes de inmigración, sino por cierta asintonía entre las normas y la aplicación de estas al objetivo al que van dirigidas. Por ello se debe hacer hincapié en exigir agilidad a las AAPP en el cumplimiento de sus funciones administrativas, así como en la correcta aplicación de la norma al caso en consideración.

Existe un Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados aprobado por Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, (del Ministerio de la Presidencia), del cual se transcribe, a continuación, el Apartado segundo de su CAPÍTULO I, que nos puede servir de guía para exigir cierta diligencia a las AAPP, si fuera el caso.

De acuerdo con el Apartado segundo del Capítulo I del susodicho Protocolo Marco, “[...] se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MENA) 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 (Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo) 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 REX.

2. El presente Protocolo también se aplicará a:

A) Los menores extranjeros que se encontraren en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieren traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor.

B) Menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.

C) Menores extranjeros que como polizones se hallen a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español.

3. A los MENA que hubieran sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con ocasión de la comisión de un hecho delictivo de los que pudieran ser imputados conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, únicamente les serán de aplicación las disposiciones específicas de este Protocolo destinadas a lograr la plenitud informativa del RMENA.

4. Las disposiciones en materia de prevención de trata de seres humanos de este Protocolo serán de aplicación a todos los menores extranjeros cualquiera que sea su condición.

5. Los MENA de un Estado miembro de la Unión Europea o al que le sea de aplicación su régimen jurídico se someterán al presente Protocolo sólo en aquello que les sea favorable.

(Los términos “menor”, “menor no acompañado” y MENA son sinónimos y se usan, en este informe, en sustitución del calificativo legal “Menor extranjero no acompañado”)

3.2 Entrada de los MENA en territorio español

Toda la normativa Española, Europea e internacional que tratan el tema de los DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS aceptan como hecho incontrovertido que la entrada irregular en el territorio de un Estado representa una situación de hecho a la que debe encontrarse una solución humanitaria. Por ello, y especialmente en los menores no acompañados, la situación de facto de un inmigrante en territorio español es, por así decirlo, la mejor garantía de que no será expulsado¹ (no digo repatriado por considerar en primera instancia que el MENA carecerá de documentación, al menos oficialmente).

¹ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011 Artículo 21. Protección contra la devolución.-1. Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales. – Art. 19.1 de la Ley 12/2009 “Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud, o esta no sea admitida.

En el bien-entendido que toda norma que se precie proveerá excepciones para cuando las circunstancias lo justifiquen, estas excepciones se han puesto de manifiesto en la masiva e incontrolada inmigración en Europa de personas huyendo de los conflictos bélicos del norte de África para salvar sus vidas.

3.4 Forma aconsejada de actuación del menor

Esta opinión solo es válida para cuando el MENA es encontrado por una ONG tipo PRODEIN o cuando el menor es detectado por la policía.

Es aconsejable que el menor manifieste ante la policía su intención de solicitar protección internacional. Se aconsejará al menor que se acoja a esta opción porque estamos en la creencia de que será esta vía la más favorable para los intereses del MENA por cuanto las autoridades españolas no podrán contactar con la representación diplomática del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional².

Decimos al comienzo de este párrafo que esta “opinión solo es válida para cuando el MENA es encontrado por una ONG tipo PRODEIN” porque siendo realistas, el MENA (o no MENA) que ha conseguido pisar suelo español su intención más probable será seguir sus propios pasos hasta donde su suerte le lleve.

3.4 Acogimiento del menor

3.4.1 Posibilidades

Es necesario poner de manifiesto que por estar dirigida esta opinión a una ONG, en ella va implícita la idea de que la ONG está en contacto con el MENA, bien sea ello por pura casualidad, bien porque una o la otra parte se han buscado por contactos afines. Siendo así, la ONG debe acompañar en todo momento al menor y solicitar a la policía o judicialmente – la vía más acostumbrada o que más posibilidades ofrezca- el depósito del MENA bajo su custodia y responsabilidad temporal³.

² 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; Apartado quinto. Protección internacional: “Las autoridades españolas no podrán contactar con las representaciones diplomáticas del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional.” (En adelante “Protocolo Marco”)

³ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011; Artículo 31. Menores no acompañados.-1. Tan pronto como sea posible después de la concesión de la

3.4.2 Conveniencias

Tanto la ONG como el MENA deben actuar cooperativamente, es decir, de mutuo acuerdo, pues ello redundará en beneficio de ambos: del menor al verse este en un entorno casi-familiar donde se le favorecerá en la medida de lo posible; de la ONG por el aliciente que para ella supone actuar conforme a su vocación.

A no dudar, para poder cumplir los objetivos: del MENA poder quedarse en España y, de la ONG, prestar una ayuda eficaz, es de toda forma conveniente llevar de la mano al menor en todas las gestiones que, en sus primeros días en suelo español, este va a tener que acometer⁴.

protección internacional, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante un tutor legal o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial. [...]. 3. Los Estados miembros velarán por que los menores no acompañados sean acomodados, ya sea: a) con parientes adultos, o b) en una familia de acogida [...]

DIRECTIVA 2013/32 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO; artículo 25.1: “En relación con todos los procedimientos considerados en la presente Directiva y sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 14, 15, 16 y 17, los Estados miembros: “a) adoptarán tan pronto como sea posible medidas para asegurar que un representante actúe en nombre del menor no acompañado y le asista para permitirle disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en la presente Directiva. El menor no acompañado será informado inmediatamente de que se ha nombrado un representante. El representante ejercerá sus funciones de conformidad con el principio del interés superior del niño y poseerá los conocimientos necesarios a tal efecto. La persona que actúe de representante se sustituirá únicamente en caso necesario. No podrán optar a ser representantes las organizaciones o personas cuyos intereses entren en conflicto o pudieran entrar en conflicto con los intereses del menor no acompañado. El representante también podrá ser el representante mencionado en la Directiva 2013/33/UE;”.

Disposición adicional sexta de la Ley 12/2009 de 30/10: “Los poderes públicos promoverán la actividad de las asociaciones no lucrativas legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figuren el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional. Sus informes se incorporarán a los oportunos expedientes de solicitudes de protección internacional incoados por el Ministerio del Interior”.

⁴ REGLAMENTO (UE) N.º 604/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Artículo 6. Garantías para menores. —1. El interés superior del niño constituirá una consideración primordial de los Estados miembros en todos los procedimientos previstos en el presente Reglamento.

2. Los Estados miembros garantizarán que un representante represente o preste asistencia al menor no acompañado en todos los procedimientos previstos en el presente Reglamento. El representante tendrá las cualificaciones y los conocimientos adecuados para garantizar que se toma en consideración el interés superior del menor durante los procedimientos tramitados con arreglo al presente Reglamento. Dicho representante tendrá acceso al contenido de los documentos importantes del expediente del solicitante, incluido el prospecto específico para los menores no acompañados.

3.5 Solicitud de autorización de residencia

3.5.1 Protocolo actual

No tenemos información suficiente acerca de los protocolos o rutinas establecidos por PRODEIN para solicitar -o ayudar a los MENAS a solicitar- los permisos de residencia. Aceptamos, no obstante, que sus protocolos se ajustan a la realidad del lugar y del momento.

3.5.2 Opción propuesta

Forma de orientar la solicitud

En primer lugar, una vez tenido conocimiento de las intenciones de los menores en relación con sus objetivos, hacerles comprender que cualesquiera que sean estos, sus posibilidades pasan por tener libertad de movimientos dentro del territorio español⁵ para lo cual, lo más conveniente para su situación es solicitar el estatuto de protección internacional en calidad de “menor extranjero no acompañado” (MENA), es decir, un menor solo e indocumentado, sin familiares en su país de origen y que ni siquiera conoce el nombre de su pueblo ni donde ubicarlo en el mapa.

Persona solicitante

Al ser la persona solicitante aquella a la cual se le derivarán las comunicaciones de las AAPP sobre el devenir del expediente de la solicitud de protección internacional del menor, y al objeto de tener siempre la información actualizada, es conveniente que sea PRODEIN, en representación del menor (representación que debe ser legalmente formalizada) quien inicie la solicitud en nombre del MENA⁶.

⁵ DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011; Artículo 33. Libertad de circulación en el Estado miembro.-Los Estados miembros permitirán en su territorio la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional en las mismas condiciones y con las mismas restricciones que rigen para los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

⁶ DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE JUNIO DE 2013, SOBRE PROCEDIMIENTOS COMUNES PARA LA CONCESIÓN O LA RETIRADA DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL. Artículo 7 Solicitudes formuladas por cuenta de personas a cargo o de menores: 3. Los Estados miembros garantizarán que el menor tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional bien en su propio nombre, si tiene capacidad jurídica para actuar en procedimientos con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, bien a través de sus padres u otros familiares adultos, o de un adulto responsable de él, en virtud de la legislación o los usos y costumbres nacionales del Estado miembro de que se trate, o a través de un representante.

3.6 Obligaciones de las AAPP

Cualquier autoridad, institución o entidad local o autonómica que acoja o reciba a un menor extranjero tiene la obligación legal de comunicarlo a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del CNP así como a la Delegación o Subdelegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal⁷. Nótese que la norma dice “Obligación de comunicar”, lo que no se corresponde con “Obligación de entregar”, independientemente de que el menor deba comparecer en cualquier momento que sea requerido por las autoridades.

3.6.1 Reseña policial y entrega del MENA en un Centro Unidad de Acogida

Es de todo punto importante que la reseña policial se haga en presencia de las personas –PRODEIN en este caso- que acompañan al menor. En el documento en el cual se vierten los datos de la reseña policial del MENA, es obligatorio también reseñar el centro de acogida donde se deposita –valga la expresión- al menor⁸. Debe procurarse que este centro sea el hogar de acogida de la ONG.

3.6.2 Inicio de la solicitud de protección internacional/ o del Estatuto de Protección Subsidiaria

Una vez terminada la reseña policial, y aceptada por la policía la edad que el menor declare o, en su caso, que debe someterse el menor a la verificación científica de establecimiento de la edad; una vez registrado el MENA en el registro RMENA y ubicado en el centro de acogida u hogar de acogida ONG, se debe iniciar de inmediato “la Solicitud de Protección Internacional/Estatuto de Protección Subsidiaria del MENA. El inicio de la solicitud conlleva para el menor:

- La tranquilidad de que no será molestado en tanto se decide sobre su solicitud⁹,
- Tener un documento NIE que le amparará frente a posibles incidencias policiales de legalidad de su situación en territorio español;¹⁰

⁷ Apartado primero del Capítulo II del Protocolo Marco.

⁸ Apartado segundo C) del Capítulo II del Protocolo Marco. “Documentación en que se especificará el centro de protección de menores o de acogida donde se ha entregado o se entregará al menor, así como el organismo público u organización no gubernamental, fundación o Entidad pública de protección de menores a quien se hubiera encomendado su custodia provisional.”

⁹ Vid notas 1 y 2

¹⁰ Apartado tercero. 2 del Capítulo II del Protocolo Marco. “Cuando se trate de MENA no inscrito, una vez registrado por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras actuante se procederá a asignarle un Número de Identidad de Extranjero (NIE) vinculado al Número de Identificación Personal (NIP).”

- Su escolarización o asistencia a un centro de formación;¹¹
- Posibilidad para la ONG de subvención para la asistencia al menor.

3.7 Prohibición de internamiento o expulsión del MENA mientras dure la decisión sobre su solicitud

Mientras se tramita la solicitud de protección internacional, las autoridades y las AAPP no podrán internar o expulsar al MENA¹² (entiéndase mientras el menor no incurra en acción ilícita o penal).

¹¹ Ley 12/2009 Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria - Artículo 36: Efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria: 1. La concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso:

- a) la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España;
- b) el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección;
- c) la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social;
- d) la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria;
- e) el acceso a los servicios públicos de empleo;
- f) el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles;
- g) el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero;
- h) la libertad de circulación;
- i) el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan;
- j) el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse;
- k) el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la presente Ley y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

2. Con el fin de facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, se establecerán los programas necesarios, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales.

3. Las personas con estatuto de protección internacional podrán seguir beneficiándose de todos o algunos de los programas o prestaciones de que hubieran disfrutado con anterioridad a la concesión del estatuto en aquellos casos en que circunstancias especiales así lo requieran, con sometimiento al régimen previsto para tales programas y prestaciones por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

4. En casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia.

¹² Artículo 28.1 Los Estados miembros no podrán internar a una persona por el único motivo de que se encuentre sometida al procedimiento establecido en el presente Reglamento. Vid notas 1 y 2

3.7.1 Obligación internacional y de la UE de actuar siempre en la forma más favorable para el MENA

En relación con el devenir de la solicitud de protección internacional los Estados tienen la obligación legal y moral de que las decisiones a tomar que afecten al MENA sean siempre las más favorables y de mayor interés para el MENA. (Nótese que las leyes dicen que “no solamente sean las más favorables para el menor, sino también, las más interesantes para él, lo que debe entenderse como “de mayor interés para despejar los inconvenientes que impidan –a futuro- el cambio de su situación irregular actual”.¹³

3.7.2 Tiempo estimado de tramitación

Tres meses para determinar si es posible la repatriación (posibilidad harto difícil teniendo en cuenta la no colaboración del menor, el desinterés del Reino Alauita y la prohibición legal de contactar con la representación diplomática del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional.¹⁴

Nueve meses desde la puesta a disposición del MENA para la obtención de la autorización de residencia.¹⁵

¹³ Apartado tercero del Capítulo I del Protocolo Marco: “Principios rectores: 1. Las actuaciones objeto del presente Protocolo marco estarán inspiradas en el principio del interés superior del menor, tal y como ha sido delimitado por la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, la Observación General núm. 6 (2005) sobre Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM); la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX); la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; las normas de Derecho internacional dictadas en persecución del delito de trata de seres humanos y protección de las víctimas de ese ilícito tráfico; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos de 2005, y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

¹⁴ Vid nota 2

¹⁵ Apartado tercero.3 del Capítulo VI del Protocolo Marco – “Disposición común. Plazo máximo para otorgar la autorización de residencia. La tramitación y resolución del expediente deberán realizarse con la mayor celeridad. En todo caso, transcurrido el plazo máximo de nueve meses desde la puesta a disposición del MENA sea cual sea el estado de tramitación, la Delegación o Subdelegación de Gobierno otorgará la autorización de residencia.

3.7.3 Posibilidades reales de concesión de la residencia

Alta posibilidad de concesión

No podemos asegurar la obtención del estatuto de protección subsidiaria -estatuto que se otorga con, o en sustitución de- la protección internacional, protección recomendada para los MENA en la legislación de todos los países, especialmente los de la Unión Europea. Esta conclusión se extrae de la interrelación de los puntos 2, 3 y 5 del artículo 20 y del artículo 21.1 –Protección contra la Devolución- del Capítulo VII de la Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo: El Capítulo lleva por título: “Contenido de la protección internacional”; y los puntos referidos leen así:

2. El presente capítulo se aplicará tanto a los refugiados como a las personas con derecho a protección subsidiaria, salvo indicación en contrario.

3. Al aplicar las disposiciones del presente capítulo, los Estados miembros tendrán en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, [...].

5. Al aplicar las disposiciones del presente capítulo que se refieren a los menores, el interés superior del niño será una consideración primordial de los Estados miembros.

Artículo 21. Protección contra la devolución.-1. Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales.

Es necesario enfatizar en la solicitud de protección internacional los peligros a que se enfrenta un menor de edad, incluso en las sociedades socialmente más avanzadas. Se deberá enfatizar el desconocimiento del idioma, la carencia total de medios para subsistir, la fragilidad de resistencia de una persona necesitada de lo más elemental para subsistir y, lo más importante para el menor: su situación actual (en la que el menor se encuentre) es su inquebrantable decisión de huir de los peligros y penalidades que ha dejado atrás y a los que no desea, no quiere, regresar (también especial hincapié en su voluntad decidida de no reencontrarse con su familia).

Al final de este trabajo se adjuntan algunas consideraciones de ACNUR y otras organizaciones para justificar la petición del Estatuto de Ayuda Subsidiaria o la Solicitud de Ayuda Internacional.

Tipo de residencia posible de obtener

Con la legislación actual, las posibilidades se concretan en Permiso de residencia renovable que deberá ser válido como mínimo por un año y, en caso de renovación, por dos años como mínimo, salvo cuando se oponga a ello motivos imperiosos de seguridad nacional u orden público (artículo 24.2 de la Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo).

CAPÍTULO 4 Consideración específica de la Ciudad Autónoma de Melilla

En relación al caso que nos ocupa la Ciudad Autónoma de Melilla, recibió la transferencia de competencias sobre atención a menores en el año 1998, mediante Real Decreto 1385/1997 de 29 de agosto. La citada normativa señala en su artículo 2 que: *“Quedan traspasados a la Ciudad de Melilla los bienes, derechos y obligaciones, personal y créditos presupuestarios correspondientes en los términos que resultan del propio Acuerdo y de las relaciones anexas”*.

En España y por ende en Melilla nuestro marco legal lo establece la Constitución y las leyes y los Convenios Internacionales ratificados por el Estado Español. Por lo tanto, cualquier política llevada a cabo con los menores extranjeros no acompañados debe respetar los principios y derechos otorgados a estos por la normativa Internacional y Estatal”.

Cuando se detecta un menor en la calle es la policía quien inicia los trámites. El menor es ingresado a las pocas horas en un centro de acogida inmediata. Son los educadores quienes se encargan de llevar a los menores, bien al hospital, bien a los juzgados para determinar su edad mediante la prueba de la muñeca.

La tutela depende de la Consejería de Bienestar Social. Igualmente, los menores residen en los centros hasta cumplir la mayoría de edad.

La ley de Extranjería establece que un menor tutelado por la administración, después de nueve meses, debe recibir su permiso de residencia.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, tal situación es especialmente difícil al no existir ni autoridades consulares del país de origen, ni fórmulas legales eficaces para favorecer las reagrupaciones. El retorno del menor con su familia debe reunir siempre las máximas garantías, requisito pues difícilmente aplicable en la mayoría de los casos.

Ante tales circunstancias un comunicado emitido por el Defensor del Pueblo, recomienda:

a) A la Delegación del Gobierno en Melilla que:

- 1. Se estudien individual y objetivamente las distintas situaciones de los menores no acompañados a fin de decidir si procede la reagrupación familiar, con la intervención, caso de ser necesario del servicio exterior para suplir una eventual falta de colaboración o de actividad de las autoridades marroquíes.*
- 2. En tales casos se deje la debida constancia en el expediente administrativo instruido al efecto de todas las actuaciones realizadas en orden a comprobar la situación socioeconómica familiar, los informes elaborados sobre la orientación y evolución del menor, así como las manifestaciones de éste en relación con la posibilidad de retorno.*
- 3. Si se ha intentado la repatriación a fin de reagrupar al menor con sus familiares y se ha verificado el fracaso del intento se analice debidamente la situación antes de volver a adoptar una decisión de reagrupación.*
- 4. El proceso de análisis anteriormente reseñado sea especialmente riguroso en los casos en los que el nuevo intento de reagrupación se produzca una vez transcurrido el plazo de nueve meses al que alude el art. 62. 5 del Real Decreto 864/2001. En tal caso, en el curso del expediente administrativo deberán figurar especialmente los elementos que puedan evidenciar el comportamiento de los menores y su adaptación a la sociedad de acogida y, entre ellos, su rendimiento académico o sus actitudes de capacitación profesional.*
- 5. Si una vez evaluada la situación del menor se acuerda la reagrupación familiar y ésta fracasa, que el lapso temporal durante el cual se interrumpe el acogimiento contabilice a todos los efectos para el cómputo de nueve meses previsto para el otorgamiento del permiso de residencia al que alude el art. 62 del Real Decreto 846/2001, de 20 de julio, y el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.*
- 6. Se dé cuenta de todas las incidencias con la suficiente antelación al Ministerio Fiscal, a fin de que éste pueda realizar su función de control de legalidad y pueda,*

si lo estima pertinente, plantear los recursos oportunos para la mejor defensa del superior interés del menor.

En España y por ende en Melilla nuestro marco legal lo establece la Constitución, las Leyes y los Convenios Internacionales ratificados por el Estado Español. Por lo tanto, cualquier política llevada a cabo con los menores extranjeros no acompañados debe respetar los principios y derechos otorgados a estos por la normativa Internacional y Estatal”.

4.1 Atribuciones genéricas de la Dirección General del Menor y la Familia en la Ciudad Autónoma de Melilla

El titular de la Dirección General del Menor y Familia, tendrá las atribuciones que se señalan en el artículo 4. c) del Reglamento de Organización Administrativa de la Ciudad Autónoma de Melilla, en materia de protección y tutela de menores, servicios sociales especializados relativos a la infancia y a la familia, así como la ejecución de las medidas dictadas por los Jueces de Menores y, concretamente las siguientes:

- La gestión de los servicios sociales especializados relativos a la infancia, a la familia, a la protección de los menores y a la reeducación y rehabilitación de los mismos.
- Las que en materia de adopción, acogimiento, guarda y tutela establece el código civil, de conformidad con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor.
- Las actuaciones administrativas y técnicas de asistencia, ayuda y rehabilitación a los menores de edad y a las familias, y a la promoción de actividades privadas de igual naturaleza.
- La gestión de la reeducación e integración social de los menores, en cumplimiento y ejecución de medidas adoptadas por los jueces de menores, al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de de la responsabilidad penal de los menores, con sus modificaciones y normativa complementaria.
- La gestión de las relaciones con los centros de atención a menores, incluso los de internamiento, propios o concertados, y el ejercicio de las facultades administrativas de inspección y control.
- La instrucción de los expedientes sancionadores en materia de menores.

- La tramitación de los expedientes relativos a la concesión ayudas y subvenciones en su ámbito de competencias.
- En materia de familias numerosas, el reconocimiento de la condición de las mismas, la expedición de títulos y su renovación, así como la potestad sancionadora en la parte y cuantía establecida en la legislación vigente.
- El programa Punto de Encuentro y Mediación Familiar.
- Cualquier otra función análoga que se le atribuya y que la dinámica social exija.

CAPÍTULO 5 Determinación del ajuste de las medidas adoptadas por la ciudad de Melilla

5.1 Antecedentes del caso

Los menores extranjeros no acompañados (MENA) tutelados en la Ciudad Autónoma de Melilla se encuentran bajo la protección de la Consejería de Bienestar Social. Realizado el trámite administrativo que delimita la repatriación, si ésta no es posible se les otorga la autorización de residencia.

Según la normativa ya mencionada, dicha autorización tiene un plazo de concesión de nueve meses como máximo, no constando en la actualidad permiso de trabajo y siendo su concesión muy limitada en el tiempo. Una vez adquirida la mayoría de edad, las autorizaciones de residencia dejan de tener efecto, así como no se computa el tiempo que llevan residiendo en España a efectos de acreditación.

Se plantea un reto de extraordinaria magnitud a nuestras instituciones y a nuestra sociedad desde el punto de vista de la capacidad de acogida, de protección, de formación y de inserción social de estos jóvenes. Reto que, debe ser abordado no solo desde las instituciones como garante de su integración, sino también por la conciencia de la sociedad en su conjunto.

5.2 Situación jurídica de los MENA en la Ciudad Autónoma de Melilla

Tras abordar los supuestos normativos reflejados en los apartados anteriores, debemos establecer en primer lugar los incumplimientos que realiza la Administración:

- Inexactitud de las pruebas de determinación de la edad
- Vulneración del derecho a la educación
- Traslado de menores entre Comunidades
- Tardanza injustificada en la concesión y tramitación de autorización de residencia
- Insuficiencias en las prestaciones sanitarias

Se valoran a continuación estos incumplimientos.

.5.3 Vulneración del derecho a la educación

A pesar de que el derecho de todos los menores a una educación en igualdad de oportunidades está legalmente reconocido, puede que los menores no acompañados cuya situación administrativa no ha sido regularizada oficialmente queden, de hecho, excluidos de ciertos ámbitos del sistema educativo nacional. Desde el año 2010 se encuentran sin escolarizar los menores de edad extranjeros dependientes de la Ciudad Autónoma de Melilla.

5.4 Insuficiencia en las prestaciones sanitarias

Aunque los menores no acompañados tienen derecho a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, la igualdad de acceso puede resultar difícil para los grupos de menores especialmente vulnerables.

La situación en la que se encuentran los menores en la Ciudad Autónoma de Melilla referente a la asistencia sanitaria es precaria, toda vez que no pueden acceder al sistema sanitario para recibir un tratamiento continuo o tratamientos no urgentes.

5.5 La ausencia de criterios comunes y desplazamiento territorial de los MENA

Nos encontramos ante una ausencia de criterios comunes de actuación, impidiendo la movilidad de los menores no acompañados entre las comunidades o territorios, los

retrasos y dificultados en los procesos de integración, la escasa coordinación entre las instituciones, dificultades de escolarización y respuesta educativa, limitaciones una vez obtenida la mayoría de edad.

Esta ausencia de un criterio común de actuación acorde a la normativa vigente provoca una total desigualdad en el trato que reciben los menores no acompañados, contraria a los principios de actuación mencionados en el cuerpo del presente informe.

Cabe destacar que esa falta de movilidad geográfica disminuye considerablemente las oportunidades de reinserción de los menores de edad una vez adquieran la condición de mayoría de edad. El hecho que dichos menores se encuentren en Melilla no sólo limita su capacidad de desarrollo laboral y socioeducativo, sino que es el temor generalizado a la repatriación tras su mayoría de edad lo que genera una mayor frustración.

Las oportunidades en el desarrollo laboral son inexistentes no solo por la situación geográfica de Melilla, sino por carecer de movilidad territorial y el acceso al mercado de trabajo que pueden encontrar en otras regiones. El aislamiento que supone su permanencia en el territorio de Melilla genera una doble barrera que realmente impide la integración de los menores.

Si estos menores salen de los centros sin que haya concluido su proceso de regularización, se verán imposibilitados para una incorporación al mercado de trabajo, viéndose abocados a la delincuencia y la marginalidad.

Una situación distinta es la que ocurre con los que tienen mayoría de edad que se encuentran en los Centros de Internamiento Temporal de Extranjeros (CETI). En estos casos, sí ocurren desplazamientos a otras instalaciones territoriales españolas, básicamente por la masificación y el hacinamiento que se produce en Melilla.

Las razones esgrimidas por la Consejería de Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Melilla se basan en que el Convenio Schengen no es de aplicación en dicha ciudad.

5.6 Las limitaciones de los recursos residenciales destinados a los menores

Junto con la falta de coordinación entre las instituciones de la Ciudad Autónoma de Melilla y la ausencia del criterio normativo que regula la situación de los menores no acompañados, hay que unir la limitación de los recursos residenciales que suponen el acogimiento de los menores.

Una de las consecuencias que provoca el rechazo al acogimiento familiar y el desplazamiento interterritorial es la masificación de los centros de acogida donde residen los menores no acompañados. Los recursos asistenciales que son de obligado cumplimiento por la Administración y la falta de espacios suficientes para poder llevar a cabo actividades de integración generan situaciones conflictivas por la ausencia de los derechos inherentes a los menores no acompañados.

5.7 Los retrasos y dificultades en los procedimientos administrativos

El proceso de integración de estos menores sigue una serie de pasos, algunos de los cuales resultan totalmente determinantes: determinación de la edad del menor, asunción de la tutela por parte de la institución, empadronamiento, escolarización, obtención del permiso de residencia, obtención del permiso de trabajo y emancipación...

Los retrasos en la concesión de la autorización administrativa de residencia, así como la no inclusión de los permisos de trabajo para los mayores de 16 años, son totalmente injustificables. Las consecuencias de estos hechos provocan una pérdida de motivación, frustración en la capacidad de integración tras la mayoría de edad, realización de trabajos de forma irregular con consecuencias penales o administrativas adversas.

Hay que tener en cuenta que *“la tutela supone un momento decisivo para el menor, ya que, si no se pone en marcha, no es posible comenzar los trámites de regularización de su residencia. Por tanto, condicionará en un futuro su permanencia en nuestro país”*.¹⁶

Se debería dotar a aquellas Comunidades y Ciudades Autónomas que reciben un elevado número de inmigrantes, comparado con su población local y sus presupuestos sociales, la financiación adecuada que permita asegurar la atención y el cuidado eficaz de los menores no acompañados.

Hay que tener en cuenta un aspecto relevante en cuanto a la renovación de la tarjeta de residencia. La Administración Pública tiene unos plazos para resolver dicha autorización, pudiendo tener responsabilidad el encargado de su tramitación o de su resolución. Todo administrado puede exigir responsabilidad por irregularidades en los procedimientos administrativos.

¹⁶ informe de 2009 del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) y Unicef, Ni ilegales, ni invisibles, realidad jurídica de los Menores Extranjeros en España,

5.8 Traslado a otras comunidades autónomas donde estuviera tutelado el menor

Uno de los problemas que se plantean en el presente informe es la imposibilidad del traslado de los menores a otra comunidad autónoma.

Respecto a los posibles traslados entre comunidades, el procedimiento seguido en cada región estudiada es diferente:

En algunas comunidades se considera que si un menor está tutelado en otro territorio debe volver al lugar en el que se le tuteló inicialmente, y se procede al traslado.

Esta es la misma premisa de otras regiones, donde sin embargo en ocasiones no se procede al traslado por la no aceptación de la comunidad de origen.

En el caso de Canarias, esta opción se plantea a la inversa. En este caso, es el gobierno canario quien negocia con el resto de comunidades para poder trasladar a menores fuera de su territorio, aunque manteniendo su tutela.

En el caso de Melilla, esta circunstancia no es tenida en cuenta toda vez que no existe un mecanismo de coordinación y cooperación entre Melilla y otras comunidades.

CAPÍTULO 6 CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA DE LOS MENA

Recomendaciones a la situación creada en la Ciudad Autónoma de Melilla

Los centros de acogida deberían tener un tamaño más reducido, estar mejor integrados en su entorno geográfico y contar con un número razonable de menores. Las Administraciones públicas competentes deberían involucrarse activamente en el control de las condiciones de los centros.

Todos los menores no acompañados deberían recibir la tarjeta de atención sanitaria para poder acceder a los servicios de salud, sin necesidad de haber establecido su residencia estable en un centro de acogida.

Las autoridades competentes deberían ocuparse de aquellos aspectos del sistema de protección que crean o agravan los problemas de conducta o de salud de los menores no acompañados, como es la larga e impredecible espera para la regularización.

Las autoridades deberían garantizar que los menores no acompañados en espera de la regularización de su permiso de residencia o de trabajo, no fueran excluidos o perjudicados en el colegio o en los cursos de formación profesional (como sucede en el acceso al certificado escolar o a las prácticas de programas de formación). Ello podría solucionarse concediéndoles a los menores un permiso de residencia temporal en el momento de su ingreso en el sistema de protección. La Administración no puede exceder sin causa justificada el plazo para resolver las autorizaciones de residencia, pudiendo exigírsele responsabilidad patrimonial por estos hechos.

Se debería dotar a aquellas Comunidades y Ciudades Autónomas que reciben un elevado número de inmigrantes, comparado con su población local y sus presupuestos sociales, la financiación adecuada que permita asegurar la atención y el cuidado eficaz de los menores no acompañados.

En este contexto, son numerosas las propuestas de mejora que cabe realizar respecto al funcionamiento y condiciones de permanencia en los Centros de Menores Extranjeros no acompañados. propuestas que, en algunos casos, pasan por la necesidad de reformar la regulación jurídica actualmente vigente y, en otros, requieren la adopción de medidas que permitan cumplir las previsiones legales existentes.

Propuestas de mejora

- Previsión de un control judicial exhaustivo de las actuaciones administrativas por cuanto la actual regulación no cuenta con cauces que incardinan la denuncia por los menores de las posibles vulneraciones de sus derechos y su posterior revisión judicial. Las relaciones entre las AAPP se rigen por el principio de colaboración y cooperación, extremo que no se cumple en el caso de Melilla, al no considerar los desplazamientos territoriales de los MENA.

- Mayor desarrollo de las instalaciones y servicios con los que obligatoriamente se deben dotar los centros donde se encuentren residiendo diferenciando, al respecto, de una forma más clara y nítida, lo que es estructura organizativa del centro, de los distintos servicios que han de prestarse y de las instalaciones que deben ser necesarias.

- Reconocimiento generalizado y sin restricciones del derecho de acceso y visita de las ONG a los centros donde residen, permitiendo, además, que puedan desarrollar o realizar actividades dentro de los mismos, favorecedoras de la posterior integración una vez adquirida la mayoría de edad.
- Extensión de la obligación de transparencia que ha de presidir toda actuación de los poderes públicos al ámbito de los MENA, imponiendo, en este sentido, la obligación de publicar periódicamente información sobre el funcionamiento y condiciones de los centros donde residen o facilitar la información que sea requerida desde determinadas instancias.
- Necesidad de atención sanitaria permanente y estable a los MENA, con personal cualificado e incluyendo la asistencia farmacéutica y la prestación de servicios especializados en la realización de reconocimientos.
- los centros deberían contar con los espacios y equipamiento necesarios para poder desarrollar actividades deportivas, culturales, de ocio o entretenimiento, etc. a cuyo efecto deberían establecerse horarios fijos y permanentes para el desarrollo de actividades culturales y de ocio.
- Desarrollo, allí donde no existan, de Convenios con los Colegios de Abogados a fin de dotar de servicios de asesoramiento jurídico en todos los centros de acogida y garantizar la suficiencia de los mismos.
- Entrega de copias al menor del expediente personal e información suficiente y veraz sobre las normas de funcionamiento y régimen internos del centro, los derechos que le asisten, su situación legal, etc. A este respecto, se hace necesario la habilitación de servicios de traducción suficientes.
- Habilitación de procedimientos para la determinación de la edad de menores no acompañados y detección de grupos vulnerables.
- Garantizar el derecho de visitas y comunicaciones con el exterior con las suficientes garantías de privacidad. Garantizar, asimismo, el secreto de las comunicaciones.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Declaración Universal de derechos humanos
- La Convención de los Derechos del Niño
-
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención sobre los derechos del niño adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1.996 relativo a la Competencia, Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en al ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1.950
- Convenio del Consejo Europeo para la protección de los derechos humanos
Directiva 2013/32 Unión Europea y Consejo Europeo
- Constitución Española

- La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor,
- Ley Orgánica 4/2000, de 22 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia
- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de a la infancia y a la adolescencia
- Ley 12/2009 Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015 de 28 de julio, del sistema de protección de a la infancia y a la adolescencia
- Real Decreto de 24/7/1889, Código Civil
- Real Decreto 1385/97 de 29 de agosto de 1997
- Real Decreto 864/2001
- Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, reglamento sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social
- 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.

BIBLIOGRAFÍA

- Informe de 2009 del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) y Unicef, *Ni ilegales, ni invisibles, realidad jurídica de los Menores Extranjeros en España*,
- ACNUR en España - <http://www.eacnur.org/>
- Defensor del Pueblo - <http://www.defensordelpueblo.es/>
- Documento sobre MENA del Defensor del Pueblo de Navarra - <http://www.defensoranavarra.com/index.php/es/Informes-y-Otras-Publicaciones/Informes-especiales/Lasituacion-de-los-menores-extranjeros-no-acompanados-en-la-Comunidad-Foral-de-Navarra>
- Save the Children en España - <http://www.savethechildren.es/>