

# El menor inmigrante como infractor penal

**Rosa Salvador Concepción**

---

Abogada ejerciente y Doctora en Derecho.  
Almería. España

---

*Correspondencia: Rosa Salvador Concepción.*

E-mail: [rsalvadorabogada@hotmail.com](mailto:rsalvadorabogada@hotmail.com)

## Resumen

La vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo sucesivo la LORPM, se dictó para la determinación de la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las leyes penales especiales, lo que conlleva que actualmente una proporción importante de los menores imputados y procesados según esta Ley, sean menores inmigrantes que por distintos motivos se ven abocados a una actuación delictiva que les va a conllevar una responsabilidad penal.

Es por lo que, en este trabajo vamos a estudiar los aspectos más importantes relacionados con esta delincuencia desde un enfoque pormenorizado hacia el menor infractor cuando éste es inmigrante, analizando la especial problemática de este fenómeno juvenil con el estudio de las cuestiones tanto de carácter social como de carácter jurídico que convergen en su tratamiento.

**Palabras Clave:** Menor, extranjero, infracción, delito, medida.

*Recepción: 16/10/2012 - Aceptación inicial: 03/02/2013 - Aceptación final: 08/03/2013*

## Abstract

The Law 5/2000 of January 12 regulating the Criminal Responsibility of Juveniles – LORPM- was issued for determining the responsibility of persons aged fourteen and under eighteen for committing acts classified as offenses under the Penal Code or special penal laws, which currently carries a significant proportion of juveniles charged and prosecuted under this act, whether immigrant children who for various reasons are forced into a criminal act that they will lead to a criminal responsibility.

It is the reason that in this work we are going to study the most important aspects related to this kind of crime with a detailed approach to the juvenile offender when he is an immigrant, analyzing the special problems of this phenomenon by studying social and legal issues that converge in their treatment.

**Key Words:** Minor, foreigner, infraction, crime, measure.

*Received: 10/16/2012 - Initial acceptance: 02/03/2013 - Final acceptance: 03/08/2013*

## 1. Alcance del problema.

La última Memoria de la Fiscalía General del Estado a la que tenemos acceso en el momento de presentación de este trabajo, la publicada en 2012 y que corresponde a las actuaciones de 2011, hace alusión a un descenso de la violencia protagonizada por adolescentes. Este descenso es explicado con argumentos de la Fiscalía de Zaragoza que alude a un marco de disminución global de la delincuencia y a que la situación de crisis económica podría haber influido al propiciar a los mayores la posibilidad de realizar más controles familiares sobre los jóvenes<sup>1</sup>. Además, según reproduce la Memoria de la Fiscalía General, la de Zaragoza también apunta otra posible explicación que se refiere a la procedencia de estos infractores estimando que son muchos los menores extranjeros que han vuelto a sus países de origen por razones económicas. De manera, que como vemos la relación entre delincuencia juvenil e inmigración está presente en nuestro sistema y es que, el problema de esta delincuencia entre la población inmigrante no ha dejado de ser tratado desde distintos sectores de la doctrina donde es reiterado el argumento de que para estos menores la escapada hacia el delito se produce cuando se ven defraudados por una serie de perspectivas en las que confiaban, siendo éste un problema que se reproduce en los extranjeros en una mayor proporción, terminando algunos necesariamente bajo el control penal (Serrano, 2002:413) al manifestar una indiscutible mayor vulnerabilidad (Vázquez, 2007:91).

Al respecto, aunque es reiterado el argumento de que no hay que confundir criminalidad con inmigración (Serrano, 2002:399), también hay que mencionar que resulta incuestionable la corriente que propugna la identificación de la delincuencia con el colectivo marginal y no con los sujetos integrados socialmente (García, 1997:31) en un contexto social con salarios cada vez más bajos, vertebrado por cambalaches y delitos, sin que una frontera de distinción se interponga entre éstos (Salas, 1998:80) y donde se gesta una delincuencia en la mayoría de las ocasiones motivada por la frustración o la necesidad de evasión relacionada con múltiples problemas personales, económicos y sociales. Por su parte, la Fiscalía General no cuestiona este argumento y llega a afirmar con rotundidad en la Memoria aludida que resulta frecuente que en un contexto de pobreza o marginalidad surja la delincuencia juvenil<sup>2</sup>, al encontrarse el menor ante un conflicto de carácter cultural, de estructura social y en un entorno hostil

---

<sup>1</sup> Pág.953 de la citada Memoria.

<sup>2</sup> *Idem* pág. 1077.

que funcionan como factores de riesgo a los que se exponen con mayor riesgo los menores extranjeros. Podríamos decir, que ante estos factores estos menores a su vez son víctimas también de la situación que les obligó a cometer el delito (Galatsopoulou, F., 2008:396) y en muchos casos su criminalidad es consecuencia de la situación de desprotección absoluta en la que se encuentran, lo incluso también favorece que haya mafias que se aprovechen de la situación y utilicen a estos menores para cometer delitos sobre todo contra el patrimonio (Serrano, 2007:12).

Esta relación del delito con la precariedad y necesidad económica vuelve a ser aludido cuando se afirma que pese al descenso de la criminalidad juvenil, en la situación de crisis en la que vivimos se constata un aumento de delitos contra la propiedad relacionados con la obtención de objetos de oro, tal y como expresamente recogen las Fiscalías de Cádiz y Huelva en sus respectivas Memorias de 2012, indicándose que tales sustracciones tienen por finalidad la ulterior venta de las joyas en los establecimientos de compra-venta que proliferan últimamente<sup>3</sup>. Así mismo, la Fiscalía General también lamenta el ascenso de esta tipología delictiva en la delincuencia juvenil a la que llega a identificar como lacra social. Según argumenta, reproduciendo los datos de 2011 de la Fiscalía de Las Palmas, en la génesis de estos comportamientos están además de los motivos económicos, las deficiencias educativas generales y con frecuencia, trastornos disociales, así como el abuso en el consumo de drogas tóxicas y estupefacientes<sup>4</sup>. Si recurrimos a las estadísticas oficiales<sup>5</sup>, las que podemos tener acceso en el momento de realización de este trabajo corresponden a datos de 2011 y también apuntan que el número de menores condenados por sentencia firme disminuyó un 6,6% en ese año; dato especialmente halagüeño si comprobamos que en el año anterior, 2010, los condenados por sentencia firme aumentaron un 3,8% con respecto al año 2009. Se acusa entonces un cambio en el sentido ascendente de la criminalidad que se había mantenido en un constante aumento en los últimos cinco años y que por primera vez en este tiempo comienza a descender, idea que cuanto menos, resulta esperanzadora.

Así mismo, de entre los infractores de 2011, cuatro de cada cinco menores han sido de nacionalidad española, y tal y como ya hemos adelantado al aludir a la última Memoria de la Fiscalía General, la proporción de extranjeros disminuyó hasta el 20,9%, frente al 23,9% del año anterior. Además, dos tercios de las infracciones penales cometidas por los menores fueron considerados delitos, de los que los de mayor

---

<sup>3</sup> *Idem* pág. 954.

<sup>4</sup> *Idem* pág. 955.

<sup>5</sup> Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística.

incidencia fueron los robos. Este último dato puede volver a relacionar estas infracciones con las situaciones de insuficiencia económica, siendo el robo en la mayoría de las ocasiones un intento de salir de la pobreza, esto es, lo que algún autor ha llamado ya como la *criminalización de la pobreza* (Bernuz, M.J., 2008:303).

Aunque, siguiendo con los datos oficiales de 2011, de los robos enjuiciados y condenados sólo el 27 % fue cometido por extranjeros, siendo el resto de los condenados de nacionalidad española; aunque sí es cierto que este 27 % alberga a casi el 50 % de los infractores extranjeros condenados en 2011, con lo que de nuevo, podemos volver al argumento de que el delito de robo es el más reiterado entre los menores inmigrantes, muestra evidente entiendo, de la búsqueda desesperada de una mejora económica.

Además, Andalucía fue la comunidad con más menores condenados en 2011, comunidad a la que siguió la Comunitat Valenciana y Cataluña. Sin embargo, Cataluña fue la comunidad con mayor número de menores extranjeros condenados, seguida de la Comunidad Valenciana y la de Madrid; aunque con respecto a este último dato podríamos añadir que también son éstas las comunidades que a su vez, mayor población inmigrante acusan, criterio éste con el que también explico el que sea en las Comunidades de Ceuta y en Melilla donde exista la mayor tasa de menores condenados por cada 1000 habitantes.

Con respecto a las medidas impuestas para la sanción de las infracciones penales cometidas, los datos apuntan claramente a que los jueces dictan con mayor frecuencia la medida de prestación de trabajos en beneficio de la comunidad y la libertad vigilada. Una amplio sector doctrinal, entre el que me incluyo, apunta que la delincuencia infantil y juvenil tiene su origen en procesos defectuosos del aprendizaje social donde unas relaciones familiares sólidas suponen un requisito necesario para el éxito del desarrollo de la persona (Carreras, 2004:391) y es por este motivo por el que entiendo que desde los Tribunales se refuerce mayormente estas medidas que no imponen al menor un aislamiento familiar.

En cambio, atendiendo a la nacionalidad del infractor, se observa que en términos relativos la medida de internamiento en régimen cerrado recae con más frecuencia entre los menores extranjeros (un 5,6% del total) que entre los menores españoles (que afecta a un 1,6%). Y lo mismo sucede para la medida de internamiento en régimen semiabierto, impuesta en un 16,7% en el caso de los inmigrantes y en un 11,1% para los nacionales. En principio, es comúnmente admitido que los menores más problemáticos

y de peor pronóstico son los que suelen sufrir este tipo de medidas (Feijoo, B., 2008:165), así como es reiterado que los extranjeros son sometidos a un mayor grado de control que los autóctonos, deteniéndoles con mayor destreza o imponiéndoles medidas judiciales más severas (Cuesta y San Juan, 2006:24), aunque también podríamos encontrar su justificación en que con la medida de internamiento para los menores extranjeros se intenta suplir la ausencia de un entorno familiar estable en el que el joven pueda reinsertarse.

Concretamente, en 2011 le fue impuesta la medida de internamiento en régimen cerrado a 217 menores de los que un 48% eran extranjeros, estos es, 103 extranjeros de los que 43 eran africanos, 46 americanos y 14 del resto de la Unión Europea; y cuando se trata de la imposición del internamiento en régimen semiabierto, de 972 menores condenados en ese mismo año, los nacionales españoles suben a 689 manifestando un mayor porcentaje, el 70 % del total, siendo el 30 % restante equivalente a 283 menores de procedencia extranjera, de los que 134 fueron africanos, 112 americanos, 32 de países restantes de la Unión Europea y 5 del resto de Europa. Con lo que podemos comprobar que estos datos responden al argumento de que los menores con más necesidades de integración son los que se les impone de manera más asidua la medida de internamiento, lo que se ha definido ya como la sobre-representación de los menores extranjeros entre los receptores de las medidas más severas previstas en el ordenamiento jurídico español. Sobre-representación que incluso se agudiza en los casos de internamiento cautelar, pues muchos de estos menores inmigrantes no están acompañados por adultos y carecen de domicilio estable (Cuesta y San Juan, 2006:33) y de forma preventiva sufren este tipo de internamiento.

A este respecto, resulta curioso que la medida de amonestación, sanción que podemos considerar más benévola de las impuestas en aplicación de la LORPM, fue impuesta en 2011 a 931 de los que el 86% (799 menores) fueron españoles. De manera, que en virtud de estos datos ya podemos plantearnos la idoneidad de las medidas que con más asiduidad están siendo utilizadas para sancionar a los menores extranjeros como responsables penales. Analicemos entonces esta cuestión estudiando de manera más pormenorizada el tratamiento legal de estos menores.

## 2. Tratamiento legal.

De entre los textos internacionales relativos a la intervención sobre menores destacan por su procedencia y alcance la Convención de Derechos del Niño y las llamadas Reglas de Beijing. Así mismo, dignas de mención son las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990 y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Resumidamente, como ya aludiera García, estos textos internacionales señalan un modelo de justicia de menores al que se conoce como de las "4D" de procedencia norteamericana: despenalización, desinstitucionalización, desjudicialización y debido proceso o justo proceso (García, 2008:25).

Y es que, para empezar, ya el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño proclama que, *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*, además más adelante en el artículo 37.b) establece que, *“la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*. Con igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño insiste en este concepto en su punto 8.14 al aludir que *“toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”*.

En nuestra legislación nacional, el artículo 7.1 de la LORPM recoge las medidas restrictivas de derechos a imponer al menor infractor<sup>6</sup> y en el 7.3 se recuerda que en el

---

<sup>6</sup> 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

*a. Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.*

*b. Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.*

*c. Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.*

*d. Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.*

momento de elegir la medida o medidas se deben de atender las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor<sup>7</sup>, donde hay que destacar

*e. Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.*

*f. Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.*

*g. Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.*

*h. Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:*

*Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.*

*Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.*

*Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.*

*Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.*

*Obligación de residir en un lugar determinado.*

*Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.*

*Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.*

*i. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.*

*j. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.*

*k. Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.*

*l. Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.*

*m. Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.*

*n. Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.*

*ñ. Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida."*

<sup>7</sup> También el art. 6 del Reglamento de ejecución de la Ley (RD 1774/2004) dispone que:

*"los profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación con los menores a los principios siguientes:*

*a. El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.*

*b. El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.*

*c. La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.*

*d. La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.*

*e. La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.*

*f. La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.*

*g. El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.*

*h. El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.*

que la elección y evolución durante la ejecución de la medida se determinará según una perspectiva sancionadora-educativa y además, bajo el principio de proporcionalidad del artículo 8.2 por el que la medida privativa de libertad que se pudiera aplicar no puede ser más grave que la pena que le hubiera correspondido a un adulto por los mismo hechos.

De manera que como vemos, la prioridad absoluta y hegemónica va a ser el interés del menor y esta es la razón por la que podemos justificar la mayor afluencia de obligaciones socioeducativas, libertad vigilada y prestación en beneficio de la comunidad como las medidas más frecuentes aplicadas por los Tribunales a los menores infractores, bajo la sombra constante de que la finalidad primordial para la imposición de estas sanciones es la priorización del carácter pedagógico de las medidas con el único objeto de la recuperación del infractor juvenil (Abel, M., 2002:1077).

En referencia a este extremo es abundante la doctrina que dentro de las medidas a aplicar, cuestiona la eficacia del sometimiento del menor a la medida de privación de libertad, al igual que duda del efecto resocializador de las condenas de corta duración (Thomas, 1994:97; García, 1997:238); pues sobretodo aquella medida, aún con todo el tratamiento educativo que parece justificarla, es más probable que acarree más consecuencias negativas que positivas, subordinando su interés superior a la naturaleza meramente retributiva de la medida (Sola, 2007:12) donde la finalidad de la misma es más sancionadora que reintegradora. Esta corriente a la que me adhiero apunta al efecto criminógeno del internamiento, sobre todo cuando éste no impide que más que el extrañamiento del entorno delictivo se produzca una mayor integración con personas experimentadas en la comisión de delitos (Sola, 2007:12) y a la más que posible estigmatización del delincuente y a la fijación de su propia imagen negativa como la de un criminal (Gabauer, M., 2008:310), y es por estos motivos por los que es reiterada la necesidad de cautela en la adopción sobretodo, de la medida de internamiento (Feijoo, B., 2007:108).

Al respecto, secundo la tesis que prioriza la educación y rehabilitación del menor infractor con una clara intención preventivo más que general, especial, para lo que es cierto que se hace necesaria eso sí, una interpretación generosa de la LORPM que garantice este efecto (Feijoo, 2001:31). Como vemos, los preceptos a los que aludimos

---

*i. La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.*

*j. La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad.*

tratan al menor con un sentido evidentemente proteccionista, ya que la obligada prioridad del interés del menor responde a que éste conlleve un programa de ejecución individualizado para atender los déficits que éste presenta con la finalidad siempre, de reeducarle y reinsertarle en la sociedad (Urbano, 2001:95), o sea, lo que algún autor ha definido como la naturaleza formalmente penal de la medida pero materialmente sancionadora-educativa (Viana, 2004:151).

Pero la cuestión es que este sentido ha de prevalecer también para el caso que el menor se convierta en infractor penal. Hay que mencionar que la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de Diciembre modificó la LORPM reformando cuestiones como la ampliación de los supuestos en los que se podía imponer medidas de internamiento en régimen cerrado añadiendo a los ya existentes los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicara a la realización de tales actividades. Además, con esta Ley también se adecuó el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, así como se suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años, y se añadió una nueva medida consistente en la prohibición para el menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

Para justificar el endurecimiento implícito en el contenido de esta reforma, la Exposición de motivos de esta Ley se apoyó en las estadísticas vigentes en su momento de publicación que revelaban un aumento considerable de delitos cometidos por menores, de manera que la intención de la misma fue paliar la preocupación y falta de credibilidad que pudiera existir en la sociedad acerca de la LORPM por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por los menores, como en el caso de los delitos y faltas patrimoniales donde como ya hemos comentado, podríamos encontrar un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos (Cano, 2002:294).

Para prever posibles dudas en la aplicación de las disposiciones objeto de reforma se publicó también la Circular de la Fiscalía General Núm. 1/2007 donde se reiteraban los motivos que han de darse para la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado, señalando que estos han de ser, a) que los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales; b) tratándose de hechos tipificados como delitos menos graves, en su ejecución se haya empleado

violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; c) que los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades<sup>8</sup>. Podemos comprobar entonces, que pese a que ya hemos aludido una aplicación más prolifera de la medida de internamiento entre los extranjeros que entre los nacionales, para la imposición de esta medida en ningún momento se alude a la nacionalidad del menor, estableciendo la Fiscalía y su normativa de aplicación el eje para su determinación en la envergadura de la infracción y no en las características personales del infractor.

La no concurrencia de ninguna de las tres circunstancias a las que hemos aludido implica la imposibilidad de aplicar la medida del internamiento en centro cerrado, aunque cabrá no obstante, imponer la medida de internamiento semiabierto siempre claro está, que la pena asignada al delito para los adultos sea privativa de libertad y siempre que una vez más, ello sea compatible con el superior interés del menor que aunque no deja de ser un término multívoco (Feijoo, B., 2008:165) y reiterado en exceso, conllevará para su justificación una investigación exhaustiva de su concreta situación personal y familiar<sup>9</sup> (Altava, 2006:44).

Pues bien, como vemos esta reforma potenció unas exigencias de prevención general positiva y negativa más propias de un Derecho penal de adultos (Domínguez, 2010:100), realizando un evidente refortalecimiento de la posición de las víctimas en el proceso de menores (Prittwitz, C., 2010:24). Su dictado no es casual ya que responde a una clara tendencia europea hacia el Derecho penal de la seguridad (Marafioti, L., 2010:38) donde el eje protector se establece más en la sociedad como víctimas potenciales. En lo referente a la responsabilidad de los menores, recordemos que partimos de un modelo punitivo que con los años se convirtió en otro de protección de clara inspiración en los textos internacionales que hemos reproducido y ahora, podríamos decir que con la reforma aludida, el modelo responde más al de protección judicial específica (Vázquez, C., 2008, 314) que va un paso más allá, justificando la necesidad de tratar al menor infractor como un delincuente en aras de conseguir un

---

<sup>8</sup> Pág.28 de la citada Circular.

<sup>9</sup> Recordemos que según artículo 27.1 de la LORPM, “Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquel sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley”.

mayor efecto intimidatorio de la LORPM y el refortalecimiento de su carácter disuasorio.

Además, con esta reforma se incluyó una nueva causa de adopción de medidas cautelares, el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y aunque no han faltado las voces que apuntan que ante este tipo de medidas no estamos ante una medida cautelar sino ante una pena anticipada por entender que esta circunstancia resulta muy difícil de compatibilizar con la presunción de inocencia (Barrona, 2000:462), y aún teniendo en cuenta que en sistemas penales como el italiano el internamiento preventivo sólo se acuerda en casos de *extrema ratio* (Marafioti, L., 2010:44); por otro lado, el todavía elevado índice de criminalidad entre los jóvenes ha justificado con gran respaldo social la consolidación de la reforma.

Y es que, la responsabilidad penal de los menores, al amparo de la mencionada LORPM, no deja de resultar también un mecanismo de protección social por la prevención general que supone su aplicación. Como ya hemos comentado, una de las razones que pretendidamente animan su aplicación es la gran preocupación que existe de forma generalizada por la delincuencia entre los jóvenes. Ahora bien, la cuestión está en analizar si el internamiento, incluso como medida cautelar, es la medida más idónea para los menores extranjeros, y ello pese a que se justifique su adopción en la protección que este régimen puede suponer para el menor, sobretodo en el caso de los no acompañados.

Al respecto, la Memoria de la Fiscalía General de 2012 no duda en relacionar directamente los delitos cometidos por menores extranjeros con la situación de riesgo social determinado por la falta de control familiar, el entorno marginal, la desadaptación escolar, el consumo de sustancias tóxicas o el trastorno conductual<sup>10</sup>, y reconoce que la inmigración en condiciones de precariedad es un factor determinante de marginalidad y que los riesgos son mayores aún para los menores extranjeros no acompañados que carecen de un marco familiar de referencia<sup>11</sup>. Para el menor que viene con su familia o con la referencia de una persona adulta, su vida estará determinada por la situación jurídico-administrativa de sus padres o adultos responsables de él. Si los padres están indocumentados, el menor también lo estará (Serrano, 2006:250). Pero a pesar de todas las dificultades, estos menores tendrán mayores posibilidades de integrarse en la

---

<sup>10</sup> Pág. 939 de la citada Memoria.

<sup>11</sup> Pág. 953 de la citada Memoria.

sociedad porque tienen una familia o personas de apoyo de la que adolecen los menores inmigrantes no acompañados.

En relación con estos menores no acompañados, la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 referida a menores no acompañados nacionales de terceros países define a estos menores inmigrantes como “*niños o adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección del familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente, o con arreglo a los usos o costumbres*”. Pero, según el derecho de extranjería el tratamiento de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados resulta complejo al coincidir su extranjería con la circunstancia de la minoría de edad, debiendo ser considerados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre de nuevo, desde la premisa de que en todas las medidas concernientes a los niños tendrán que adoptarse bajo la consideración primordial que atenderá al interés superior del niño.

En nuestra legislación nacional, el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el artículo 92 del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, se encarga del tratamiento de los menores no acompañados y determina que se priorizará el criterio de reagrupación familiar para retornar al menor a su país siempre que el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado comprueben la idoneidad de este retorno como lo más procedente. De lo contrario, si se estimara mejor para los intereses del menor la permanencia en España por la ausencia de una familia en el país de origen se resolverá en este sentido asumiendo la Administración española la tutela del menor, lo que conllevará el que se le otorgue permiso temporal de residencia. Al respecto resulta significativo el que la Fiscalía General, ante el masivo número de extranjeros en esta situación, recuerde expresamente en su última Memoria la imposibilidad de prolongar la situación de desamparo o tutela provisional y la obligación de la Fiscalía de promover ante la jurisdicción civil las acciones conducentes a obtener el correcto desempeño de las funciones tutelares de la Entidad Pública de Protección de Menores<sup>12</sup>.

Por su parte, la LORPM no deroga la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de protección jurídica del menor que en su artículo 172.1 establece que la entidad pública está encomendada para la protección de los menores cuando se constate que se

---

<sup>12</sup> Pág. 1085 de esta Memoria.

encuentran en situación de desamparo, teniendo por ministerio de la ley la tutela del mismo y debiendo de adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

En un marco internacional, también la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 20.1 recoge que “*los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”.

Y es precisamente por la clara inspiración proteccionista que caracteriza a todo este articulado y por la posibilidad de que menores retornados a familias con problemas finalmente terminen en la calle, por lo que podemos constatar que actualmente apenas se están autorizando reagrupaciones a no ser que exista una constatada posibilidad de devolver al menor a un entorno favorable de convivencia familiar, aunque también tenemos que mencionar, que un fuerte doctrina apunta de manera singular que esta reunificación no es otra cosa que una excusa para *quitarse el problema de encima* (Cuesta, J.L.y San Juan, C., 2006:83).

Pero, si bien la repatriación forma parte de la regulación de la situación administrativa y civil de los menores no acompañados, en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, ante una infracción penal de estos menores tenemos que recordar que la medida de expulsión no es recogida expresamente en la LORPM, y ello pese a que fue propuesta por analogía del artículo 89.1 del Código Penal<sup>13</sup> por el Grupo Parlamentario Vasco que adució ser la solución más sencilla y eficaz. Es por lo que, de entre las sanciones a imponer a estos menores no encontramos su expulsión pese a que la misma pudiera conllevar el reagrupamiento con sus familias de origen.

De manera, que dejando a un lado la repatriación por no poder adoptarse, podemos centrar el objeto de controversia en que ante un menor extranjero como infractor penal no existe en nuestra normativa de referencia un trato singular que lo distinga del nacional, si bien como hemos comentado, encontramos una mayor tendencia al internamiento entre las medidas impuestas a estos menores, lo que puede ser detonante de una falta de creencia en las posibilidades de un tratamiento reeducativo y reintegrador para estos jóvenes.

---

<sup>13</sup> “*Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”.

Por todo ello, la problemática que abordamos no es una cuestión pacífica que arroja interrogantes de relevancia que voy a resumir en el siguiente apartado.

### **3. Cuestiones más relevantes y valoración personal.**

Si bien hemos comprobado que actualmente nos encontramos ante un leve descenso de la criminalidad juvenil, ésta no deja de encontrarse bajo la sombra de una, a su vez creciente inercia hacia los delitos contra la propiedad, donde además encontramos una mayor incidencia entre los menores extranjeros. Por otro lado, también, entre las medidas a imponer y ante una infracción cometida por un menor extranjero no encontramos prescripción legal alguna que apunte de manera expresa hacia la necesidad de imponer la medida de internamiento, si bien al ponerse el acento en el interés del menor, es una medida a la que recurren con frecuencia los Tribunales cuando estos infractores no son nacionales. Pero, una de las cuestiones principales va a ser conocer si este internamiento está suficientemente justificado según la obligación que prioriza esa preocupación constante hacia las necesidades del menor.

Al respecto, considero indiscutible que en la correcta aplicación de todos los preceptos estudiados se imponga con más asiduidad la medida de internamiento sobre los menores extranjeros siempre que esta elección responda a que en efecto, este internamiento es lo mejor para sus intereses. Y ello, porque entiendo que no se puede encontrar la justificación para elegir el internamiento como medida más idónea para el extranjero en el desarraigo propio de su condición de inmigrante, sino porque la envergadura de su infracción y su situación personal y familiar requiera de ese internamiento.

A la hora de analizar el entorno del menor y sus posibilidades de reintegración social como los parámetros a utilizar, éstos habrán de ser los mismos para un menor nacional que para un extranjero, porque de no ser así, la situación inestable que puedan acusar las familias extranjeras podría ser motivo suficiente para imponer el internamiento y ello conduciría al menor a una clara situación de desigualdad con respecto a los nacionales. En ese caso, soy partidaria de la teoría que apunta que este tipo de internamientos y la tendencia a utilizar esta medida de manera más frecuente entre los inmigrantes, ayudaría a fomentar la desafortunada equiparación de inmigración con delincuencia y a incluso, el inaceptable argumento que más que confiar en la integración social del inmigrante, se inclina hacia su aislamiento como medida más efectiva para su tratamiento. Y es que, no dejo de encontrar el recurso hacia el

internamiento una medida singularmente cómoda para una sociedad que en ocasiones, prefiere ignorar las carencias de las que pueda adolecer su sistema social y que empuja a estos menores hacia la delincuencia.

Ahora bien, si la tendencia hacia el internamiento del extranjero se ampara en que esta medida es la mejor para su estabilidad porque realmente carezca de un entorno o una conexión familiar donde recuperarse, como puede ser el caso de los menores no acompañados, entonces no cuestiono la tendencia hacia este internamiento e incluso la segundo, porque respondería así a la necesidad de amparo del menor que como hemos visto, además exige la normativa internacional y nacional de aplicación.

Por lo demás, no encuentro diferencia entre necesidad de integración de los mayores extranjeros que la de los menores, y así como en otro trabajo (Salvador, R., 2012:115) defendí el enjuiciamiento penal de los mayores extranjeros con los mismos criterios que se utilizan para los nacionales y me incliné hacia la opción de no aplicar la medida de expulsión como sustitutivo inmediato de la condena penal para estos adultos, en el caso de los menores recurro a un argumento similar para reforzar la idea de un tratamiento igualitario entre los menores extranjeros y nacionales al que apelo y que considero ha de regir nuestro sistema punitivo, sin correr el riesgo que al tratar hechos delictivos idénticos, las consecuencias jurídicas sean diferentes dependiendo de que el sujeto sea nacional español o extranjero. De manera, que independientemente de que podamos tener mayor o menor esperanza en el efecto reintegrador de las condenas de los mayores o de las medidas reeducativa para los menores, y al cuestionado efecto reintegrador de una sanción penal para alguien que está en situación irregular (Asúa, 2002:20), no considero correcto dar por hecho *a priori* su ineficacia para el extranjero porque no hay que olvidar a los extranjeros que vienen con un proyecto migratorio concreto y se muestran interesados por una correcta integración, integración que es cierto, que si a medio o largo plazo no se lleva a cabo puede llegar a producir la consolidación de unos grupos de adolescentes marcados por el desarraigo y la frustración como consecuencia de la continua exclusión social a la que puedan verse sometidos (Cano, M.A.,2006:30).

Ya hemos aludido a la cuestión de que la medida de expulsión no es recogida expresamente en la LORPM y considero que su justificación no es casual, ya que al igual que ante la actuación delictiva de un adulto tendría que acudirse a un criterio común entre nacionales y extranjeros que imponga el cumplimiento de las condenas sin la aplicación recurrente de la expulsión como sustitución a la pena de cárcel, en el caso

de los menores, entiendo que hay que analizar el entorno del menor y si éste resulta válido para su recuperación, utilizándose los mismos parámetros entre los menores infractores nacionales y los no nacionales, y sin el recurso de la expulsión como regla recurrente que entre otras cosas, impide el efecto reeducativo y la reinserción de los inmigrantes afectados por esta medida<sup>14</sup>.

Pero excluida la posibilidad de utilizar la expulsión como medida sancionadora para el menor, aún queda plantearnos la idoneidad de la medida de internamiento. Ya he manifestado que personalmente secundo la corriente doctrinal que halla un efecto criminógeno en la sustitución imperativa y como regla general de la prisión de los adultos condenados por la expulsión (Asúa, 2002:55) porque coincido con la valoración de muchos autores de que la expulsión conlleva una pérdida inmediata del efecto disuasorio de la pena (Cugat, 2001:27), y de la misma forma que entiendo que la expulsión como sustitutivo inmediato de la prisión olvida el fin reparador de las penas de nuestro sistema penal, considero que la tendencia a imponer el internamiento a los menores extranjeros infractores ignora la posible eficacia de otras medidas sobre este menor inmigrante, ocasionándose así un inevitable trato desigualitario de estos jóvenes con respecto a los nacionales.

Y es que, insisto en la necesidad de un proceso penal igualitario en el trato a los responsables penales, haciendo que esa equidad trascienda al cumplimiento de las condenas y de las medidas que tengan que corresponder y a la recuperación de la confianza, ya entre los nacionales como entre los extranjeros, en el efecto resocializador y reintegrador que constitucionalmente tienen esas consecuencias penales, independientemente claro está, a la evolución también de los procesos administrativos correspondientes cuyo ámbito legal no creo deba de mezclarse con el ámbito penal que nos ocupa.

Coincido cuando se apunta que el Derecho Penal es incompetente para la resolución de problemas de origen sistémico (Navarro, 2006: 4) y que hay que eliminar de nuestra conciencia social la visión del inmigrante ilegal como individuo a controlar por el Derecho penal y que éste es un criminal y sus hechos son crímenes (Rodríguez, 2004:843). Para el caso de los menores, independientemente de su nacionalidad,

---

<sup>14</sup> Incluso el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido, de manera que por citar un ejemplo, en el Fundamento de Derecho Segundo del Auto 106/1997 de 17 de Abril este Tribunal no considera pertinente la sustitución de las penas por la expulsión ya que *“las cuales –refiriéndose a las penas-, además, representan la posibilidad de someter al penado a un proceso de rehabilitación y reeducación que le preparen para su vida en libertad”*.

considero que la importancia de la educación, de un proyecto personal y del refortalecimiento de la familia como marco referencial es esencial para su tratamiento como infractores.

Además, con un sentido más amplio del que es objeto de esta análisis, debemos mencionar que la LORPM parte de la existencia de una imputabilidad que personalmente cuestiono, ya que la falta de madurez de los enjuiciados es más que evidente y esta inmadurez considero vicia la posibilidad de trazar un paralelismo entre el esquema típico de imposición de responsabilidad penal de los adultos y los menores, ya que la edad de estos últimos influye evidentemente en su capacidad para comprender la trascendencia de sus actos, por lo que podríamos cuestionar la naturaleza inimputable de estos menores. A este respecto, resulta curioso que en Italia para tener responsabilidad penal juvenil el menor ha de mostrar un grado de madurez que le otorgue capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta, así como en Alemania para ser enjuiciado se exige que el menor tenga madurez suficiente y capacidad de comprender el significado del hecho delictivo. De manera, que resulta evidente que la madurez del menor se plantea frecuentemente como un obstáculo evidente para poder penalizar su conducta.

En cambio, hay que aludir que el mínimo de edad que determina el sistema inglés para asumir la responsabilidad penal por sus infracciones penales es determinado en 10 años (Breen, G., 2010:64), donde incluso puede quedar condicionada la libertad provisional del menor por la imposición de una fianza (Breen, G., 2010:72). A mi entender esta edad resulta especialmente estricta y no dudaría en alegar razones de inimputabilidad en la defensa de estos menores pues a mi criterio con esa temprana edad carecen completamente de conciencia sobre sus actos y cualquier medida penal que se les pudiera imponer sería a todas luces desproporcionada.

Por su parte, nuestra LORPM eleva esta edad a los 14 años y utiliza una inspiración reparadora para los menores imputados basada en la imposición de tareas educativas e integradoras, pero coincido con los autores que apuntan que la educación no es tarea del Derecho penal (Vázquez, C., 2008:314) y finalmente me inclino por la necesidad *lege ferenda* de un sistema especial de imposición de responsabilidad para los menores lejos de los paradigmas del sistema penal.

Es cierto que la respuesta del legislador al grave problema de la delincuencia juvenil no es otra que más derecho penal, en lugar de profundizar en la problemática social que se esconde tras la comisión de un hecho delictivo, de manera que como

hemos visto, según las últimas reformas encontramos incluso un régimen penal más severo y una cada vez mayor aproximación al Derecho penal adulto en términos de función de prevención general negativa, con lo cual el derecho juvenil va perdiendo especificidad, alejándonos del ideal educativo de la LORPM (Cervelló, V. y Colás, A., 2008:80). Singularmente en este sentido, Vázquez alude al sistema de menores como un Derecho menor o un Derecho penal en miniatura (Vázquez, C., 2008, 314).

Y es que, ante el problema de la delincuencia juvenil el Derecho penal es una respuesta más fácil, barata y con rentabilidad política a corto plazo, y ello frente a opciones más costosas y con poco provecho político, pero mucho más efectivas ante el problema, como podrían ser ambiciosos programas sociales y/o educativos (Cervelló, V. y Colás, A., 2008:77), incluso, lo más probable es que cuanto más intensa sea la intervención jurídico penal más negativa puede ser dicha influencia (Feijoo, B., 2008:165).

Por ello, a mi criterio el interés del menor y el objeto educativo de la justicia de menores no es compatible con la utilización simbólica del Derecho penal, ya que según principio de intervención mínima, el Derecho penal está para la protección de los bienes jurídicos más elementales pero no para realizar una labor educativa. Y si bien es cierto que con el proceso de menores según aplicación de la LORPM el menor imputado aprende lecciones sobre justicia, respeto y legitimidad (Prittwitz, C., 2010:35), rasgos típicos del derecho penal, habría que incidir y consolidar la concepción de este proceso como eminentemente de carácter reintegrador y educador con un marcado sentido preventivo especial. Para el caso de los menores extranjeros, por su mayor vulnerabilidad, se requieren además estrategias en sentido global así como políticas integrales y trasfronterizas que mejoren la eficacia de las medidas rehabilitadoras para estos menores.

En muchas ocasiones la intervención penal sobre los menores extranjeros está desproporcionada, consiguiéndose así una judicialización del sistema que interviene en el tratamiento de sus infracciones cuando verdaderamente lo que se requiere es la imposición de medidas de carácter pedagógico que persigan la inserción del infractor en la sociedad y la corrección de los posibles procesos defectuosos de su aprendizaje social. Al respecto, Marafioti reproduce las críticas de la utilización recurrente de la mediación en el sistema de menores (Marafioti, L., 2010:48), mientras que yo lo considero una alternativa digna de cuestionarse *lege ferenda* en nuestro país, ya que lo entiendo el ámbito más correcto en el que habría de resolverse la responsabilidad de los

menores, más acorde esta mediación con el espíritu educativo que en teoría exige la LORPM.

Bernuz resume el cambio que últimamente ha sufrido la justicia de menores, cambio claramente representado por la aludida Ley Orgánica 8/2006, por el que según afirma la autora se implanta un modelo que responde a menos reinserción y más legitimación del sistema, utilización simbólica del derecho penal, intimidación o incluso, para delitos graves aislamiento e invisibilización (Bernuz, M.J., 2008:306); y personalmente me inclino a que estos criterios deberían ser considerados incompatibles con la justicia de menores ya que no entiendo justo tratar la delincuencia juvenil con los mismos parámetros que los exigidos a los adultos porque es evidente que en los primeros aún está pendiente de completarse su proceso de interiorización de las normas sociales de convivencia.

Al respecto, no puedo dejar de estar de acuerdo con Prittwitz cuando afirma que, mínimo Derecho penal de menores: el mejor (Prittwitz, C., 2010:35), y me atrevería a completar, que para los menores más educación y si son extranjeros, mayor reforzamiento además de las políticas de integración, haciendo que el reproche social para éstos se oriente hacia políticas integrales que corrijan los motivos que los llevan a delinquir, potenciando para ello las medidas alternativas al internamiento, recuperando la confianza perdida en la prevención especial positiva y en recuperación del menor y de su contexto social y familiar, llegando así a la raíz de este problema que nos ocupa y a la eliminación real de las causas que motivan la delincuencia juvenil.

No es el momento de extendernos en este extremo, pero vivimos una época en la que se cuestiona con asiduidad el incumplimiento del principio de mínima intervención que ha de respetar el Derecho penal y en muchas ocasiones, nos encontramos ante esa situación cuando se enjuician infracciones que lo que tienen detrás es un problema de carácter social o educacional. Como ya he comentado, me inclino hacia la necesidad de tratar más bien aquellos problemas que conducen a los menores al delito, ya que no podemos eludir la necesidad de asumir este problema como un problema de carácter global con múltiples ramificaciones que denotan como poco, la existencia de una sociedad insana que se aísla de sus problemas penalizando conductas que podrían encontrar solución en una mejor orientada inversión social. Y en el caso de los extranjeros, donde los problemas se agudizan con un marcado componente de desarraigo e inestabilidad, ese tratamiento y la imposición de medidas habría de realizarse además con especial atención hacia las circunstancias en las que se

desenvuelven estos menores e intentando enfocar su recuperación en sus posibilidades de integración y fuera al ser posible, de aquellos internamientos que pudieran agudizar aún más el aislamiento y las consecuencias negativas de éste para los jóvenes.

En tanto en cuento nuestro legislador no plantee la necesidad de articular un sistema específico para la regulación de la responsabilidad de los menores infractores, lejos de los parámetros del sistema penal y más acorde con el ámbito social y pedagógico que motiva esa delincuencia, tendremos que reiterar la necesidad de una interpretación generosa de la LORPM que más que imponer respuestas estándar en el trato de los extranjeros infractores, como puede ser el recurrente internamiento, apueste por la aplicación de aquellas medidas que de manera global y coordinada intervengan directamente sobre las carencias que conducen a estos jóvenes a la delincuencia.

Más aún, cuando en esta época en la que vivimos de apertura hacia la internacionalización y en la que los flujos migratorios se plantean como un componente habitual de nuestro panorama laboral y social, la reinserción de los menores en el caso de los extranjeros va a garantizar además su correcta integración, entendida esta integración como elemento imprescindible de la sociedad del siglo XXI.

---

## Referencias.

- Abel Souto, M. (2003). Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000. *Actualidad Penal*, 43, 1071-1099.
- Altava, M. (2006). Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española. En Cuerda, M.L. y González, J.L.(coords.). *Estudios sobre la Responsabilidad Penal del Menor* (pp.25-53). Castellón: Universidad Jaime I.
- Asúa, A. (2002). La expulsión del extranjero como alternativa a la Pena: Incongruencias de la Subordinación del Derecho Penal a las Políticas de Control de la Inmigración. *Inmigración y Derecho penal. Bases para un Debate*.Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Barona, S. (2000). *Derecho jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernuz, M.J. (2008). La justicia de menores entre las tendencias europeas. En Vargas, D. (coord.). *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil, Vol.I* (pp.301-306). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Breen, G. (2010). Los Juzgados de menores de Inglaterra y País de Gales. En Anarte, E. (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores* (pp.57-77). Madrid: Iustel.
- Cano, M.A. (2002). ¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica. *ADPCP*, LV, 285-317.
- Cano, M.A. (2006). Algunas reflexiones criminológicas sobre el fenómeno de la violencia juvenil en Francia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8, 1-31.
- Carreras, R. (2004). La familia como contexto de desarrollo. En Navarro, J.I. y Ruiz (coords.). *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial* (pp. 391-403). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervelló, V. y Colás, A. (2008). Novedades legislativas del Derecho penal del menor. En Vargas, D. (dir.). *Actas del II Symposium Internacional sobre justicia juvenil, Vol.II* (pp.74-84). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Cuesta, J.L.y San Juan, C. (2006). *Menores Extranjeros Infractores en la Unión Europea*. Bilbao: Universidad País Vasco.
- Cugat, M. (2001). La expulsión de extranjeros. Política migratoria y funciones de Derecho penal. *Derecho y Proceso Penal*, 6, 23-37.

- De la Rosa, J.M y De Urbano, E. (2001). *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Navarra: Aranzadi.
- Domínguez, E.M.(2010). El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores. En Benitez, I.F. y Cruz, M.J. (dirs.) *Derecho penal de menores a debate* (pp.79-122). Madrid: Dykinson.
- Feijoo, B. (2001). Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 9-70.
- Feijoo, B. (2007). Retribución y prevención general. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 20, 87-110.
- Feijoo, B. (2008). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Pamplona: Civitas.
- Gabauer, M. (2008). La justicia de menores entre las tendencias europeas. En Vargas, D. (coord.). *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil, Vol.I* (pp.307-312). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Galatsopoulou, F. (2008). Delincuencia juvenil y discriminación de menores. En Vargas, D. (coord.). *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil, Vol.I* (pp.395-402). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- García, M. (1997). *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi.
- García, O. (2008). La reforma de 2006 del sistema español de justicia penal de menores. *Política Criminal*, 5, 1-31.
- Marafioti, L. (2010). El proceso penal de menores en Italia. En Anarte, E. (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores* (pp.37-56). Madrid: Iustel.
- Navarro, F. (2006). Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal “simbólico” y Derecho penal del “enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 153-182.
- Prittwitz, C. (2010). La justicia penal de menores en Alemania. En Anarte, E. (dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores* (pp.20-35). Madrid: Iustel.
- Rodríguez, M.J. (2004). El Sistema Penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas. En F. Pérez (coord.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta* (pp.845-870). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Salas, D. (1998). La delinquencia des mineurs. *Problèmes politiques et sociaux*, 812, 78-84.

- Salvador, R. (2012). La expulsión del extranjero como castigo penal. *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 6, 93-116.
- Serrano, A. (2002). Delincuencia juvenil y movimientos migratorios. *Actualidad Penal*, 16, 399-413.
- Serrano, M.D. (2006). Adolescentes en conflicto con la ley penal: el caso de inmigrantes menores de edad penal en España. En Ravetllat, I. y Villagrasa, C. (coords). *Los derechos de la infancia y la adolescencia* (pp.245-255). Madrid: Ariel.
- Serrano, M. D. y Vázquez, C. (2007). *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson.
- Thomas, G. (1994). La Intervención del Juez Penal en el Internamiento Preventivo del extranjero. En Extranjeros. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 37, 73-98.
- Vázquez, C. (2008). La justicia penal juvenil en Europa: convergencias y divergencias. En Vargas, D. (coord.). *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil, Vol.I* (pp.313-331). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Viana, C. (2004). La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores. *Revista Penal*, 13, 151-184.