

# Menores inmigrantes en la frontera de la ley

Palmira Peláez Fernández

## Índice

<b>1. Introducción</b>	<b>3</b>
<i>a) Justificación del tema</i>	7
<b>2. Política criminal y Derecho Penal de Menores</b>	<b>11</b>
<i>a) La inmigración infantil/juvenil</i>	12
<i>b) Menores inmigrantes no acompañados: su régimen jurídico</i>	13
<b>3. Inmigración y delincuencia juvenil</b>	<b>16</b>
<b>4. Víctimas o victimarios, sujetos activos o pasivos en la comisión del delito</b>	<b>20</b>
<b>5. A modo de conclusión</b>	<b>22</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>23</b>

## 1. Introducción

España se ha caracterizado por ser un país emigrante, más aún a lo largo del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX, donde los conflictos bélicos, problemas económicos y una mejor esperanza de vida hizo que muchos españoles decidiera salir a otros países antes que quedarse dentro de nuestras fronteras.

Sin embargo, con el paso del tiempo, las circunstancias fueron cambiando y ha sido en la década de los 80 del siglo XX, cuando el proceso migratorio comienza a invertirse. España ha dejado de ser el sur pobre de Europa y por ello comienza a verse como destino de grupos de personas que, al igual que hicimos nosotros antes, buscan un futuro mejor. El nuevo orden mundial está configurando esta variación en los flujos migratorios. La globalización económica lleva consigo la movilidad y flexibilidad de todos los factores productivos, incluido el de la mano de obra, se hace necesario por tanto una regulación legal de estos flujos.

Así, desde que en 1852<sup>1</sup> se dictara el primer texto legal sobre extranjería, han sido muchas las normas promulgadas para regularizar las situaciones y derechos de estas personas. Sin embargo, la primera ley que nace con verdadera vocación de globalidad es la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>2</sup>. No obstante, pronto sufriría modificaciones. Éstas se iniciaban con las Leyes Orgánicas 4/2000, de 11 de enero<sup>3</sup> y 8/2000, de 22 de diciembre<sup>4</sup>; se justificaban estas reformas en la necesidad dada por las nuevas circunstancias sociales de España. Así, desde la Exposición de Motivos de ésta última se argumentaba *“...forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio... como pueda ser la del control de flujos, la de la integración de residentes extranjeros, o la del desarrollo de los países de origen...”*.

Quedaba claro el espíritu de estas leyes: en ellas el fin fundamental era la integración de los extranjeros en nuestro país con la garantía y la protección de sus derechos, y por supuesto se hacía hincapié en el desarrollo económico y social de sus

---

<sup>1</sup> Real Decreto de 17 de noviembre de 1852.

<sup>2</sup> BOE núm. 158 de 3 de julio.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. En adelante LO 4/2000.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000. BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000.

países de origen, para evitar, en la medida de sus posibilidades, que estas personas tuvieran que salir.

A pesar de su regulación, la situación desbordó tanto a legisladores como a la sociedad, viéndose, muy pronto, la necesidad de una reforma legislativa. La primera de ellas se lleva a cabo mediante la Ley 11/2003, de 29 de septiembre<sup>5</sup> por la que se endurecen las penas y se facilita la expulsión de los extranjeros. La inclusión dentro de esta misma Ley de unas medidas para la seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, nos parece claramente estigmatizadora, equipara la integración de los inmigrantes a dos materias que son causa de alarma social, con lo que quiere dar a entender que el motivo de las dos primeras es ésta.

Otra reforma posterior con la Ley 14/2003, de 20 de noviembre<sup>6</sup>, la regulación que en un primer momento se planeó “...*dando con ello respuesta a las necesidades planteadas para abordar la migración como hecho estructural que ha convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios...*” con esta nueva ley se hacía hincapié en los procedimientos penales “...*incorporar instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios... reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada...*”.

Tomando como referencia otros trabajos<sup>7</sup> sobre migraciones llevados a cabo recientemente, proponíamos entre otras conclusiones y según indicaba la ley, tres pilares sobre los que se habían de fundamentar las políticas de inmigración –control, integración y desarrollo–. A pesar de esto, sólo se ejecutó el primero de ellos, “*en muchos casos a golpe de sentencia*”, descuidando la integración de los extranjeros que se encontraban en nuestro país y dejando al margen la promoción y el desarrollo de sus países de origen.

Existe un hecho que es evidente: al igual que la globalización ha llevado a una

---

<sup>5</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000; de la Ley 7/1985; de la Ley 30/1992; y de la Ley 3/1991. BOE núm 279 de 21 de noviembre de 2003.

<sup>7</sup> PELÁEZ FERNÁNDEZ, P. (2009): “El impacto de la inmigración: las soluciones de la nueva Ley de Extranjería”, en *Revista Universidad Abierta n° 28*. Ed. Centro Asociado UNED Valdepeñas, Ciudad Real, pp 143-144.

integración económica mundial con una internacionalización de las inversiones en todo el planeta, también la delincuencia se ha mundializado.

El actual modelo para gestionar la inmigración inspirado en controlar<sup>8</sup>, fomenta la clandestinidad y la irregularidad de quienes ya se encuentran en nuestro país. Así, de esta manera lo que se consigue es relacionar la inmigración con la inseguridad ciudadana, que por otro lado es lo pretendido con las políticas impuestas desde Europa<sup>9</sup>, en las que se pretendía vincular la inmigración con la amenaza y la inseguridad, y la clave para solucionarlo es el control de las fronteras, reforzando los instrumentos jurídicos y los medios materiales para ello, aunque para esto sea necesario el uso del Derecho Penal. Sorprende que desde 2003 Europol advierte de la inmigración como el problema más grave para la Unión Europea –como más adelante veremos en las encuestas realizada por el CIS en España esto no es así–, ya que la oficialización de una apreciaciones, no suficientemente analizadas, ha hecho pensar que la inmigración es la base del crimen organizado<sup>10</sup>.

Sin embargo, la realidad es bien distinta y la mayoría de los inmigrantes que, arriesgando la vida en muchos casos, se trasladan desde su país en busca de la “tierra prometida” piensan en un futuro próspero y una mejora en su forma de vida. Aunque pueden existir casos totalmente contrarios. Circunstancias en las que muchos de estos inmigrantes, irregulares administrativamente, se convierten a la vez en objeto de la delincuencia organizada, y terminan como excluidos sociales y sin arraigo, cayendo en la delincuencia como medio de subsistencia<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Una prueba de la voluntad política de utilizar el Derecho Penal para controlar los flujos migratorios es la utilización de una figura penal, como es la pena de expulsión (Código Penal, artículo 89. “1. 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 Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”). MIRÓ LLENARES, F., 2008: 9.

<sup>9</sup> Es significativo cómo desde el Consejo Europeo de Tampere celebrado en 1999 se hizo hincapié en la creación de un “...espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea...”. Estas políticas comunitarias en materia de inmigración han sido analizadas por diversos autores que señalan la divergencia que existe entre los fines y los medios relacionados con la política migratoria llevada a cabo por los Estados. MIRÓ LLENARES, F., 2008: 3. RUBIO PARDO, M., 2004: 3. AJA, E.; CARBONELL, F.; COLECTIVO IOÉ; FUNES, J.; VILA, I., 2000: 168.

<sup>10</sup> RUBIO PARDO, M., 2004: 3.

<sup>11</sup> AVILÉS, J., 2003: 6.

Considerar a todo inmigrante irregular como miembro de una mafia del crimen internacional es magnificar un hecho que casi sería insignificante.

El estudio de la violencia y la delincuencia juvenil ha sido un tema de renovado interés en los últimos años<sup>12</sup>. Ha habido una llamada de atención sobre el aumento de la población inmigrante y especialmente sobre los menores quienes, debido a esta doble circunstancia, necesitan mayor protección. Para ello hemos analizado una amplia bibliografía que tanto desde instituciones internacionales<sup>13</sup>, nacionales<sup>14</sup>, como desde las diferentes Comunidades Autónomas<sup>15</sup> y organizaciones privadas sin ánimo de lucro<sup>16</sup> revisan los sistemas de protección ofrecidos a los inmigrantes.

Dado el papel que juega la violencia y con ella la inseguridad ciudadana<sup>17</sup> y la alarma social que causa, se han examinado igualmente trabajos que analizan la repercusión de estos hechos en el Derecho Penal<sup>18</sup>. Para poder completar nuestro trabajo, se ha revisado la legislación actual referida a menores, tanto referida a protección jurídica –nacional y autonómica– y de responsabilidad penal del menor, sin olvidar los textos internacionales.

El desarrollo se ha centrado, fundamentalmente en tres puntos, en los que, después de la pertinente introducción y justificación, se ha analizado la política criminal, la inmigración y su relación con la delincuencia juvenil, la victimización de quienes se perciben como actores de los delitos; tras estos puntos, cabría aludir a la esperanza que se ofrece con la mediación.

Para terminar y a modo de conclusión, la percepción particular de esta realidad, los adolescentes recién llegados deben adaptarse rápidamente para evitar ser víctimas y

---

<sup>12</sup> ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA 2006; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.) 2007; De la ROSA CORTINA, J. M. 2003.

<sup>13</sup> HUMAN RIGHTS WATCH 2007; SAVE THE CHILDREN, 2009; FEDERACIÓN SOS RACISMO 2004.

<sup>14</sup> UNICEF 2009; DELPINO GOICOCHEA, M. A. 2007.

<sup>15</sup> En cuanto a la práctica seguida en las Comunidades Autónomas, se han analizado País Vasco, Andalucía y Cataluña, viendo en ellas sistemas muy similares: SAN JULIÁN, C.; OCÁRIZ PASSEVANT, E. 2009; SETIÉN, M. L.; BARCELO, F. 2007; ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA 2006; PLATAFORMA CIUDADANA EN DEFENSA DELS MENORS IMMIGRATS DESEMPARATS 2000.

<sup>16</sup> DÍAZ AGUILERA, J. 2001; AJA, E.; CARBONELL, F.; COLECTIVO IOÉ; FUNES, J.; VILA, I. 2000.

<sup>17</sup> MIRÓ LLENARES, F. 2008; AIERBE, P. 2005; RUBIO PARDO, M. 2004; AVILÉS, J. 2001.

<sup>18</sup> ABARCA JUNCO, P.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LÓPEZ, J.M.; MARTÍN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. 2010; AIERBE, P. 2009; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. 2008; FERNÁNDEZ-PACHECO, G. 2004; GARCÍA VÁZQUEZ, S. 2004; CORELLA SOLANES, Á. 2003; ARCE JIMÉNEZ, E. 2006.

en algunos casos la mejor o casi única forma que encuentran para ajustarse al nuevo entorno son los comportamientos violentos.

#### a) Justificación del tema

Que los movimientos migratorios están provocando cambios en nuestra sociedad es algo que no se pone en duda, pero también queda claro que esta cuestión no es lo que más preocupa al ciudadano<sup>19</sup>. Por ello el querer justificar la regulación de la migración desde la base de su criminalización, resulta cuando menos paradójica –término que algunos autores<sup>20</sup> han dado para el control de los flujos migratorios–.

Ante la pregunta de si el Derecho Penal debe intervenir en el control de los flujos migratorios o no, la respuesta sería afirmativa si fueran fundados sus fines. Cuáles serían estos: ¿un perjuicio para los derechos laborales?, ¿un aumento de partidos xenófobos?, ¿una disminución de la seguridad ciudadana?

¿Pero esto es real o hay tergiversación? En un artículo de WAGMAN<sup>21</sup> elaborado a raíz de unas noticias aparecidas en la prensa nacional en 2001, analizaba éstas y en ellas se atribuía el aumento de la criminalidad a la inmigración. Sin embargo en su elaborado trabajo WAGMAN disecciona las estadísticas del Ministerio del Interior, llegando a conclusiones bien diferentes: mientras que en la prensa se señalaba que el 50% de los detenidos eran extranjeros, sin embargo sólo el 28% lo eran por delitos o faltas y además de estos 40% eran extranjeros sí, pero que se trasladan a nuestro país con una clara intención delictiva, como son, por ejemplo, los correos de la droga, entre otros.

La justificación que se pretende dar a este trabajo, sin excedernos de los límites planteados inicialmente y ciñéndonos a los menores inmigrantes, parte del principio de intervención mínima que debería exigirse para el Derecho Penal. Sólo brevemente hacer

---

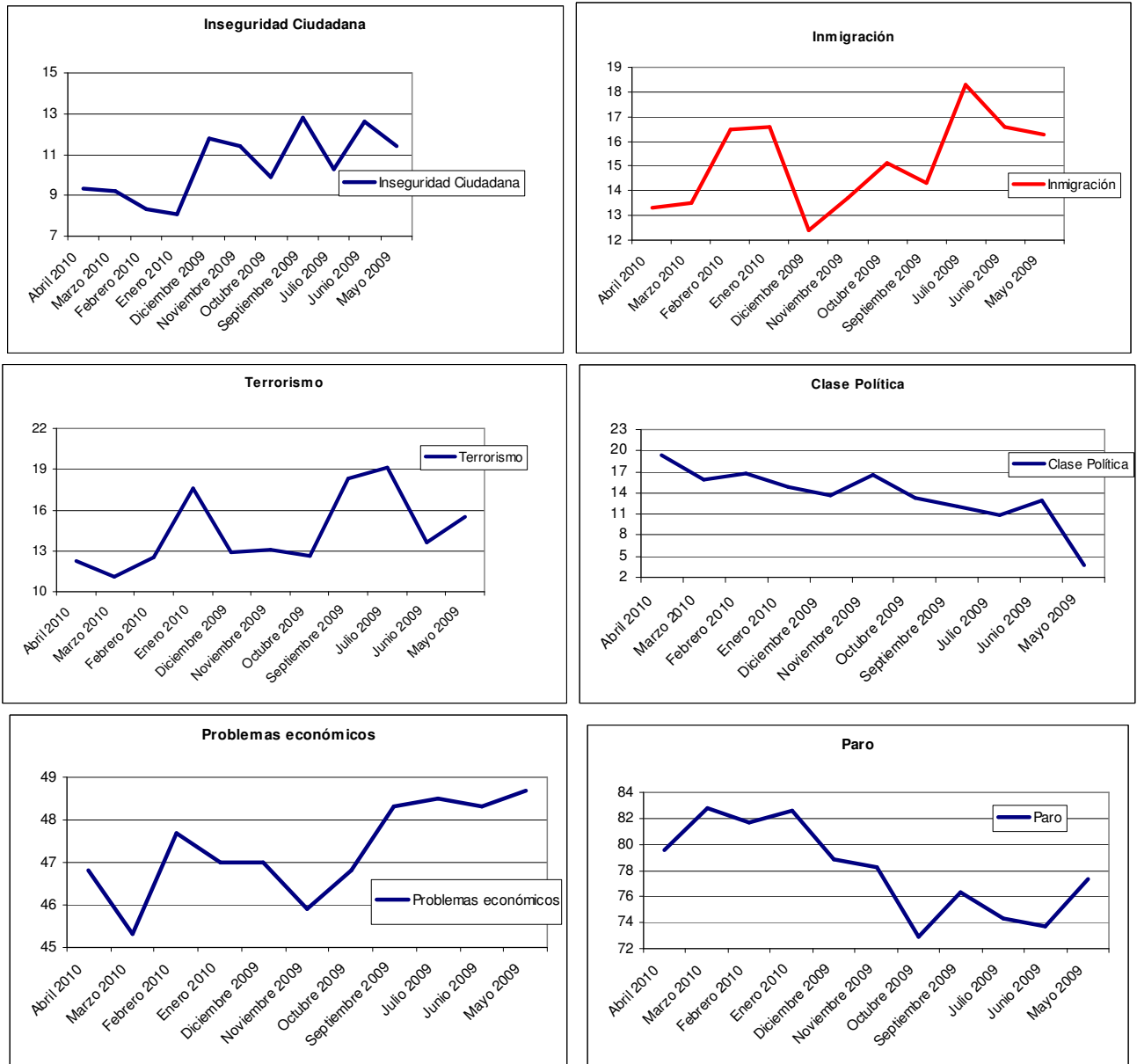
<sup>19</sup> En el estudio nº 2834 de Abril de 2010 del CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) Barómetro de abril, a la pregunta 7a: Principal problema que existe actualmente en España, un 2.4 % de los encuestados respondieron que la inmigración; y a la pregunta 8a: ¿Y cuál es el problema que a Ud., personalmente, le afecta más?, aquí los encuestados contestaron que era la inmigración en un 1.4 %. Los barómetros de meses anteriores dan resultados semejantes. Con lo que resulta evidente que éste no es un “problema” para el ciudadano.

<sup>20</sup> CORELLA SOLANES, Á., 2004: 405-418.

<sup>21</sup> WAGMAN, D., 2005.

una puntualización: dar lugar a que un precepto penal se utilice para controlar los flujos migratorios supone la calificación de una infracción administrativa como delito.

En diferentes estudios<sup>22</sup> se da por hecho que la inmigración se considera como una amenaza y para llegar a esta conclusión se parte de los barómetros del CIS. Sin embargo, analizada esta misma fuente añadimos a continuación los siguientes datos:



Fuente: CIS (Centro de Investigaciones Sociológica) Barómetro de Mayo de 2009 a Abril de 2010.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2008: 9.



Son claras las cifras: mientras en abril de 2010 el paro preocupa a un 80% de la población encuestada y los problemas económico a un 47%, la inmigración lo hace a algo más del 13% y la inseguridad ciudadana a un 9%.

Su estudio nos hace llegar al convencimiento que la inmigración, como tal preocupa, pero a mucha distancia de, por ejemplo, el paro y por supuesto no para como plantearlo como amenaza; además señalar otra anotación, la inmigración, tal y como se formula la pregunta en el cuestionario del CIS preocupa, sí, pero ¿quién nos dice que esta preocupación no es por el bien del propio extranjero? Prueba de esta “preocupación” es el inmenso número de asociaciones<sup>23</sup> que se dedican a la ayuda humanitaria del inmigrante.

Por tanto la relación que se ha querido observar entre la inmigración irregular e inseguridad ciudadana son fruto de una falta de capacidad de ejecutar políticas coherentes de inmigración. Así lo demuestran estudios<sup>24</sup> rigurosos que justifican la débil relación que existe entre inmigración y delincuencia, atribuyendo ésta a discursos políticos sesgados. Como también a medios de comunicación que sabiendo juegan un papel mediático importante lanzan estos titulares<sup>25</sup>, con lo que el reclamo periodístico es manipulado, cuando no tergiversado. Los medios de masas contribuyen a configurar una imagen de la delincuencia estereotipada al reproducir las noticias sobre hechos delictivos, prestando más atención a los más violentos y graves, con lo que ofrecen la sensación de ser habituales y frecuentes<sup>26</sup>.

Es preciso añadir –sin querer justificar la delincuencia porque en ningún caso está justificada– que las diferencias culturales de los países de origen<sup>27</sup>, la exclusión

---

<sup>23</sup> Por poner algún ejemplo citamos las siguientes: APDHA. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Asociación de Ayuda al Inmigrante Asain-Valladolid, Asociación de niños/as y jóvenes inmigrantes Mirando hacia el futuro, Cáritas Española, CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, COMRADE. Comité de Defensa de los Refugiados, Asilados e Inmigrantes en España, Cruz Roja Española, Federación de Asociaciones de SOS Racismo, Mundo Acoge, OMI. Organización Multicultural Servicios Para la Integración de Inmigrantes en Cataluña y el Mundo, Red Acoge. Federación de Asociaciones pro inmigrantes, RESPECT Refugiados, UNICEF.

<sup>24</sup> RUBIO PARDO, M., 2004; AJA, E.; CARBONELL, F.; COLECTIVO IOÉ; FUNES, J.; VILA, I., 2000.

<sup>25</sup> AIERBE, P., 2005; WAGMAN, D., 2005.

<sup>26</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 29-31.

<sup>27</sup> Existe un interesante artículo de J. AVILÉS, que trata de relacionar inmigración y seguridad ciudadana, en el que se señalan diversas teorías criminológicas para explicar la delincuencia entre la población inmigrante: \* Teoría del conflicto de culturas, según la cual los conflictos surgen cuando entran en contacto valores y normas diferentes, en los ciertos hechos no son considerados delitos que en el país de destino sí lo son. Esta teoría tiene poca aceptación ya que en la mayoría de los países existe consenso en cuanto a la consideración de delito. \* Teoría de la privación relativa, de acuerdo con la cual el inmigrante

social e incluso la internacionalización de la delincuencia organizada<sup>28</sup> podrían ser factores que expliquen la comisión de determinados delitos<sup>29</sup>. Frente a esto queda la opción de actuar para evitarlo: en primer lugar desde la esfera del apoyo social; en la propia estructura cognitiva del menor, y con la eliminación de las denominadas “*oportunidades de delinquir*”<sup>30</sup>.

En el comentario de texto incluido en el apartado anterior, utilizando las palabras de J. M. LACRUZ<sup>31</sup>, la modificación que en el Código Penal habría añadido la Ley de Extranjería se calificaba “...*confuso, sobredimensionado e ineficaz...*”, coincidiendo plenamente con estos términos, decir que esta ley se convierte en el instrumento de una dudosa política de inmigración, con la que los cierres rigurosos e indiscriminados de las fronteras provocan un incremento de muertes en la misma y un auge de las mafias que se dedican al tráfico de seres humanos desde sus países de origen.

En España, en un informe presentado por el Defensor del Pueblo, aportaba la cifra de un aumento del 10,48 % de los detenidos menores de edad en 2001. De estos, el 16,48 % eran extranjeros. Las circunstancias que llevan a delinquir no se deben por tanto a la diferencia de nacionalidad, sino a una serie de casos sociales: familias desestructuradas, marginales o desarraigadas. Ante estos datos la sociedad se siente “*inerme, impotente e indefensa*”<sup>32</sup>.

---

siente frustración entre las aspiraciones y lo conseguido, lo que le lleva a cometer delitos. \* Teoría del control social, conforme a la cual los inmigrantes cuanto más integrados se encuentran en la sociedad de destino menos propensión a delinquir presentan. AVILÉS, J., 2001: 7-8. Una propuesta similar llevan a cabo R. Martínez y M. T. Lee que distinguen tres teorías: estructura de oportunidades vitales, enfoques culturales, desorganización social. MARTÍNEZ, R.; LEE, M. T., 2004: 4-7.

<sup>28</sup> “*La Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Segovia resalta cómo sigue detectándose la presencia de una delincuencia protagonizada por menores extranjeros que no residen en la provincia y que se desplazan, con un deliberado propósito delictivo, desde la limítrofe provincia de Madrid. Muchos de estos menores son de nacionalidad rumana y tienen edades inferiores a catorce años, lo que permite inferir que están al servicio de una trama delictiva que los dirige, organiza y asigna destinos o tareas*” Informe Anual de la Fiscalía General del Estado. Año 2009, p 839.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ-PACHECO, G., 2004: 446.

<sup>30</sup> SAN JULIÁN, C.; OCÁRIZ PASSEVANT, E., 2009: 137.

<sup>31</sup> ABARCA JUNCO, P.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LÓPEZ, J.M.; MARTÍN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., 2010: 417.

<sup>32</sup> De la ROSA CORTINA, J. M., 2003: 21-23.

## 2. Política criminal y Derecho Penal de Menores

La política criminal se encuentra expuesta a los vaivenes del partido político que en determinado momento esté en el poder. Así, un grupo político puede mostrarse muy crítico con una reforma penal que tuviera como consecuencia un endurecimiento de las penas y sin embargo, cuando llega al Gobierno se postula como precursor de esa reforma; así ha ocurrido con la legislación vigente. Se han señalado<sup>33</sup> unas líneas maestras de la política criminal migratoria: primera, evitar la inmigración ilegal; segunda, para conseguir la anterior, debe utilizarse el Derecho penal; y tercera, resulta más fácil expulsar a los inmigrantes que hacerle cumplir la pena y expulsarlo después.

Con respecto al régimen jurídico de los menores, éste destaca por su elevado grado de descoordinación y una “pretendida” lucha contra la criminalidad a golpe de endurecimiento de las penas, alegando para ello a la seguridad ciudadana y la alarma social que causan determinados delitos.

La juventud es una etapa en la vida de la persona en la que ésta se encuentra a la búsqueda de su identidad, y dado que la persona es un ser social por naturaleza que se desarrolla dentro del grupo es también por lo que su proceso de madurez se produce dentro de éste; diferenciando su grupo familiar del grupo de amistades. Son estas amistades las que actuarán como modelos de la futura conducta de niños y adolescentes. Así, un menor en un grupo con conductas antisociales y delincuenciales acabará actuando igual para no sentirse discriminado y excluido. Estos grupos encontrarán en las actividades delictivas una forma de identificación; identificación que ha sido calificada ésta como una delincuencia expresiva e instrumental donde el menor busca satisfacer su deseo aunque de manera dañosa<sup>34</sup>.

Cabe señalar que la primera legislación referida al ámbito estricto de los menores, su protección y el tratamiento de la delincuencia juvenil data de finales del siglo XIX.

El aumento de la delincuencia juvenil y las condiciones en las que estos cumplían las penas, hizo necesaria una regulación específica. Tras varios proyectos que

---

<sup>33</sup> MIRÓ LLENARES, F., 2008: 26-27.

<sup>34</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 37-38.

no prosperaron se aprobó en 1918 una Ley de Bases por la que se autorizaba al Gobierno a publicar una ley sobre la organización de los Tribunales para niños, que se materializó en el Real Decreto de noviembre de 1918. Los Tribunales creados mediante esta ley ejercían funciones reformadoras, represivas y protectoras; y el Juez imponía una medida de carácter educativo y moral<sup>35</sup>.

Actualmente se encuentra vigente la Ley de Responsabilidad Penal del Menor<sup>36</sup> que según se detalla en su Exposición de Motivos, tiene una naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa.

En cualquier caso, la teoría de las leyes y la práctica jurídica resulta cuando menos contradictoria. Por un lado, se exige de las Administraciones Públicas la tutela de los menores que se encuentran en situación de desamparo y por otro se insta en documentos administrativos internos<sup>37</sup>, a que se proceda al retorno de estos menores a sus países de origen si de estos, mayores de 16 años, se presume su emancipación<sup>38</sup>.

#### a) La inmigración infantil/juvenil

Los textos jurídicos que recogen los derechos de los menores son: la Ley de Protección Jurídica del Menor<sup>39</sup> y la mencionada con anterioridad, la Ley de

---

<sup>35</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 285-286.

<sup>36</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000. En adelante Ley penal del menor.

<sup>37</sup> Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003 sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

<sup>38</sup> Atendiendo a los textos legales que la regulan en nuestro país, señalar que el artículo 314 del Código Civil apunta en qué circunstancias se obtiene la emancipación: por mayoría de edad, por matrimonio del menor, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad y por concesión judicial. Más adelante en los artículos 317 y 318 del mismo texto legal, se señalan las exigencias de la misma, habiendo de ser otorgada en escritura pública o comparecencia ante el Juez encargado del Registro y siendo imprescindible su inscripción en el Registro Civil no produciendo efectos con anterioridad. Con lo cual, se queda descartada la presunción de emancipación. Sin embargo, la emancipación, al igual que la nacionalidad, se rige por la ley nacional, a pesar de esto, tal y como señalaba el Defensor del Pueblo de la Comunidad de Madrid en su Informe de 2003, los menores que han llegado hasta nuestras fronteras con evidentes signos de desamparo no cabe presumirse la emancipación de los mismos; por lo que habrá que examinar esta situación caso por caso. LÁZARO GONZÁLEZ, I., 2007: 154.

<sup>39</sup> Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996. En adelante Ley del Menor.

responsabilidad penal del menor. Ambas tienen como referencia tanto la Constitución Española de 1978, como la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño<sup>40</sup>.

Esta es la legislación aplicable a los menores inmigrantes, independientemente de su nacionalidad, ya que debe primar “*el interés superior del menor*”. Sin embargo, su condición de extranjero es tenida en cuenta por encima de su condición de menor, con lo que se le aplica la vigente Ley de Extranjería. Aunque si bien les es de aplicación la legislación general, contiene unas consideraciones especiales dirigidas a garantizar que al menor no se le asignen los mecanismos sancionadores prescritos para los adultos. De ahí la obligatoriedad de ponerlos bajo la protección de los servicios de menores y dar cuenta de ello al Ministerio Fiscal.

Nos preguntamos cómo son los niños que migran. Son chicos a los que el mismo hecho de la migración les ha hecho madurar anticipadamente y convertirse de golpe en adultos. Entre ellos están los que han migrado con sus padres o familiares, pero también tenemos los que emprenden la aventura solos, sin tener edad para obrar, en circunstancias normales se les incapacitaría para decidir sobre ellos mismos, sin familiares conocidos que se encarguen de ellos, convirtiéndolos, sin haberlo sido antes, en niños de la calle.

#### b) Menores inmigrantes no acompañados: su régimen jurídico

En España, país que tiene una legislación garantista y protectora hacia los menores, existen casos en los que por diversas razones no solo no se reconocen, sino que se infringen con carácter sistemático los derechos hacia algunos menores; se trata de los menores extranjeros, y especialmente los no acompañados.

Como hemos visto, cuando un menor<sup>41</sup> se encuentre en nuestro territorio en situación de desamparo<sup>42</sup>, habrá de ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes de la Comunidad Autónoma donde se encuentre,

---

<sup>40</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención BOE núm. 313/1990, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>41</sup> Siendo considerados como tales todos los que cuenten con menos de 18 años después de la derogada Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2003.

<sup>42</sup> La situación de desamparo conlleva: incumplimiento de los deberes de protección de quien tiene la guarda del menor, un inadecuado ejercicio de los deberes tutelares y una privación al menor de la necesaria asistencia moral y material.

siendo trasladado a un Centro de Acogida de Menores para asumir la tutela del menor por ministerio de la ley.

Los servicios de protección de menores de las diferentes Comunidades Autónomas asumen pues la tutela legalmente, lo que implica velar por el respeto de los derechos fundamentales del menor y actuar siempre en interés del mismo y a partir de entonces toda su vida ha de ser plasmada en un expediente administrativo. Desde el momento de esta resolución todas las decisiones y actuaciones administrativas que afecten al menor se irán trasladando a su expediente, comenzando así una nueva vida bajo el sistema público de protección<sup>43</sup>.

Cuesta decir, sin embargo que, pese a este sistema garantista, son muchos<sup>44</sup> los casos de los menores no acompañados que interceptados en las fronteras, son retornados “*si no reúnen los requisitos legales*”<sup>45</sup>. Como flagrantes son los casos<sup>46</sup> de los menores inmigrantes de Ceuta y Melilla a los que se expulsa sistemáticamente sin un proceso legal adecuado y sin un estudio en profundidad de la situación familiar en origen, vulnerando sus derechos fundamentales<sup>47</sup>, alegando para ello el derecho del menor a vivir en familia. Pero, y ¿cuándo este derecho va en contra del interés del menor?<sup>48</sup>. Se han constatado datos de menores retornados a familias con problemas, a los que ninguna institución acogió y que quedaron en la calle<sup>49</sup>.

Parece clara la contradicción existente. Por un lado son extranjeros, con lo cual, como a un inmigrante más, se les aplica la ley de extranjería. Por otro, en aplicación de la extensa legislación sobre protección de menores y según se deriva de la firma de los textos internacionales sobre Derechos de la Infancia, estamos obligados a atenderlos y acogerlos. Así, al ser niños se les conceden todos los derechos, al ser menores y estar

---

<sup>43</sup> UNICEF, 2009: 96-97.

<sup>44</sup> Decimos “muchos” porque aunque la cifra pueda ser pequeña, son demasiadas si con ello se ha frustrado la esperanza y los derechos de un menor. Y decimos “muchos” porque desde diversas ONGs dedicadas a la protección de menores extranjeros se ha intentado recabar datos sobre el retorno de los menores y no se han obtenido cifras oficiales. FEDERACIÓN SOS RACISMO, 2004: 23.

<sup>45</sup> Es preciso destacar el hecho de que no exista en la Ley de Extranjería un régimen especial que mencione a los menores de edad siéndoles de aplicación el régimen jurídico de los mayores, tal y como se recoge en el art. 25 de la LO 4/2000.

<sup>46</sup> Denunciados por numerosos organismos internacionales como Amnistía Internacional, SOS Racismo, Médicos sin Fronteras.

<sup>47</sup> FEDERACIÓN SOS RACISMO, 2004: 29.

<sup>48</sup> Pueden encontrarse dos ejemplos reales de esta situación en ARCE JIMÉNEZ, E. 2006.

<sup>49</sup> FEDERACIÓN SOS RACISMO, 2004: 21.

solos se asume su tutela porque están desamparados y con su lógica se les interna en centros. Todo ello sin preguntar al interesado.

Estas contradicciones se reflejan en el abandono por parte de los menores de los centros, con lo que los chicos prefieren volver a la calle, aún a riesgo de convertirse en posibles sospechosos delincuentes. Las políticas seguidas se han limitado a crear centros donde recluirlos, en algunos casos hacinados<sup>50</sup>, sin pensar que esto provoca en ellos un rechazo que les hace escapar a la calle, aunque con ello se conviertan en objeto de prejuicios y marginación.

Una nueva contradicción, que es fruto a veces de la descoordinación, es el hecho de las políticas de inmigración corresponden al Ministerio del Interior y la protección de menores a los Ministerios de Educación o Servicios Sociales<sup>51</sup>.

La Administración está obligada a conceder un permiso de residencia al menor que se encuentre bajo su tutela y la Ley del Menor<sup>52</sup> impone, a las entidades públicas encargadas de la guarda o tutela de un menor, la obligación de facilitarles la documentación acreditativa de su situación. Además, si esto no se lleva a cabo, el menor tiene la posibilidad de dirigirse al organismo competente y solicitar la residencia sobre la base del tiempo que ha residido en España bajo la tutela de la Administración sin ser documentado<sup>53</sup>. Pero seamos sinceros, esta falta de diligencia de la Administración no supone para el menor una barrera más difícil de salvar de lo que lo fue la patera o los bajos de un camión.

Y hablando de contradicciones, vuelve a producirse una más: el menor que con una autorización de residencia temporal alcanza la mayoría de edad y con ella su situación de irregularidad se transforma en irregular y así el peligro de caer en la delincuencia y la marginalidad como forma de vida.

El Reglamento de ejecución de la Ley 8/2000 prevé la concesión del permiso de residencia permanente a todos los menores que llegados a la mayoría de edad puedan

---

<sup>50</sup> AIERBE, P., 2009.

<sup>51</sup> AJA, E.; CARBONELL, F.; COLECTIVO IOÉ; FUNES, J.; VILA, I., 2000: 139-141.

<sup>52</sup> En su artículo 10.4.

<sup>53</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S., 2004: 441-442.

acreditar tres años de tutela de una entidad pública española. Si esta vía no fuera posible cabría también la posibilidad de pedir una prórroga por razones humanitarias.

Los retrasos de las Administraciones Públicas han sido denunciados desde diferentes organismos, como SAVE THE CHILDREN<sup>54</sup>, ya que éste sobre todo si el menor está próximo a alcanzar la mayoría de edad puede dar lugar a que los menores salgan del ámbito de protección y se vean también dirigidos a la irregularidad. De igual manera se pronuncia el Defensor del Menor<sup>55</sup> de la Comunidad Autónoma de Madrid en su Informe de 2008 con respecto al retraso intencionado en la entrega de documentación a estos menores, señalando que como consecuencia “...se verán imposibilitados para una incorporación al mercado de trabajo y para ganarse la vida honradamente, viéndose abocados a la delincuencia, la marginalidad y, en el mejor de los casos, a la economía sumergida”.

### 3. Inmigración y delincuencia juvenil

Las contradicciones a las que anteriormente aludíamos se reflejan en frustraciones tanto de los menores inmigrantes como de los miembros de seguridad encargados de que no deambulen por las calles; recogidos de las mismas y trasladados a los centros de menores, estos “*escapan*” antes incluso de que el policía haya terminado la diligencia de entrega. Como estos chicos escapan de centros de menores las siguientes actuaciones se trasladan a la esfera penal, y con ello se les “presumen” delincuentes.

El fracaso de estos programas<sup>56</sup> dan lugar a la formación de falsos mitos<sup>57</sup> sobre los menores inmigrantes: que son niños de la calle en sus países de origen antes de haber emigrado. Esto no siempre es correcto. No siempre la migración del menor

---

<sup>54</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., 2007: 158-159.

<sup>55</sup> Citado en UNICEF, 2009: 104.

<sup>56</sup> Desde la Fiscalía de Menores de Bilbao “*apunta cómo cuando el sistema de protección no es capaz de proporcionar respuestas adecuadas a los menores extranjeros no acompañados, el sistema penal adquiere una importancia central, de forma que un importante porcentaje de internamientos cautelares se aplica a menores nacidos en Marruecos y acogidos en pensiones, hoteles o centros en los que no es posible cubrir sus necesidades más básicas*”. Informe anual del Fiscal General del Estado correspondiente al año 2008, p 729.

<sup>57</sup> PLATAFORMA CIUTADANA EN DEFENSA DELS MENORS IMMIGRATS DESEMPARATS, 2000: 14-16.



supone la escapada o la aventura del adolescente; en muchos casos ésta es fomentada por la familia que ve en ella una forma de acceder después todos ellos al país de destino. Por tanto el hecho de migrar conlleva un apoyo –tanto económico como emocional en la mayoría de los casos– por parte de su familia, imprescindible para afrontar la dureza de una inmigración clandestina.

Al hablar de los menores, sobre todo los norteafricanos y procedentes de otros países de este continente, es curioso el fuerte apego que sienten por los lazos familiares; para que tuviera lugar su migración –hecho tan tradicional de la sociedad de la que provienen– ha contribuido toda la familia, con lo que el menor, a pesar de la distancia mantiene un vínculo con su sistema familiar de procedencia<sup>58</sup>. Desde muchos ámbitos profesionales que trabajan con integración de menores inmigrantes<sup>59</sup>, incluso se niegan a llamarles chicos de la calle dada la provisionalidad de esta circunstancia.

Otro mito, y quizá el más peligroso por sus consecuencias, es la criminalización de estos menores. Es preciso reconocer la comisión de delitos por jóvenes inmigrantes, sin embargo estas cifras no destacan sobre el conjunto de delitos cometidos por los jóvenes autóctonos. Incluso cabe señalar que estas no serían apreciadas por la sociedad si no fuera por el hecho de que los medios de comunicación las recogen amplificando el conflicto.

Por último mencionar igualmente como mito, el considerar a los menores como resistentes a la acción educativa. Estos chicos, –que ya han demostrado su autonomía aunque esto, por supuesto, no quiere decir que queden exentos del derecho de protección–, tienen claros sus objetivos y sus expectativas laborales por lo que la estancia en un centro de menores que no cubra sus perspectivas laborales a corto plazo serán percibidas como reclusión y pérdida de tiempo; con lo que la huida será la opción elegida por el menor.

La delincuencia protagonizada por los menores en nuestro país es un tema que preocupa cada vez más a nuestra sociedad. Además, la gravedad de determinados delitos hace que los medios de comunicación se ocupen de ello desde las portadas; con lo que la delincuencia de los menores genera una discusión mediática permanente.

---

<sup>58</sup> AIERBE, P., 2009.

<sup>59</sup> Citado en PLATAFORMA CIUTADANA EN DEFENSA DELS MENORS IMMIGRATS DESEMPARATS, 2000: 14.

Desde algunos ámbitos se da por hecho que criminalidad e inmigración están relacionadas, también para justificar estos datos se basan en los problemas de asimilación y aculturación que tienen la mayoría de inmigrantes adultos, así como la tendencia a encontrar residencia en barrios marginales<sup>60</sup>. Además de estas circunstancias, para los menores se añade el hecho de la heterogeneidad étnica y la preponderancia entre esos grupos de jóvenes de los varones<sup>61</sup>.

El aumento de la delincuencia juvenil cabría atribuirlo a la sociedad de consumo en la que estamos inmersos, por no hablar de la pérdida de valores que parece imperar en el siglo XXI y la impunidad con que las bandas organizadas del tráfico de drogas parecen actuar en nuestros pueblos, gracias igualmente a la relajación de las normas<sup>62</sup>. Los comportamientos, costumbres y normas sociales del grupo influyen en la conducta del niño, que se desarrolla en procesos de aprendizajes sociales e interpersonales. La delincuencia infantil y juvenil tiene su origen en procesos defectuosos del aprendizaje social.

Se tiene conocimiento de las cifras oficiales de delincuentes a través de las estadísticas de la policía; éstas pueden ser consultadas en los Anuarios del Ministerio del Interior. Pero estas cifras oficiales no son las reales, ya que habría que añadir las infracciones que por su escasa relevancia no llegan a ser detectadas por los organismos. A esta cantidad se la conoce como cifra negra o zona oscura de la delincuencia juvenil<sup>63</sup>.

Es erróneo relacionar el aumento de las detenciones<sup>64</sup> efectuadas a menores inmigrantes, como algún autor<sup>65</sup> ha querido hacer, con el aumento de delincuencia porque si bien los datos estadísticos están ahí, la causa de la detención de los menores inmigrantes se debía a encontrarse en una situación irregular en nuestro territorio y no a

---

<sup>60</sup> MARTÍNEZ, R.; LEE, M. T., 2004: 2.

<sup>61</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 80.

<sup>62</sup> En estos términos se pronuncia el Defensor del Pueblo en el Informe Anual a las Cortes Generales correspondiente a 2009: *“El Defensor del Pueblo, sin perjuicio de considerar necesaria la apertura de un debate en la sociedad española por la pérdida de valores que se está generando y que lleva a que se produzcan hechos como los relatados, considera, en principio, inoportuna la modificación de la citada norma (referido a la Ley de responsabilidad penal del menor), en primer lugar porque entiende que las leyes tienen una vocación de generalidad que no debe romperse por hechos aislados, por muy lamentables y condenables que éstos sean.”* p 232.

<sup>63</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 8-14.

<sup>64</sup> En primer lugar ya hemos visto que a las cifras oficiales hay que añadirle la zona oscura, y segundo también hemos comentado que los inmigrantes son más vulnerables a la hora de una detención.

<sup>65</sup> Serrano Gómez, A., citado en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 28.

la comisión de un delito o falta<sup>66</sup>. Evidentemente tener una situación administrativa irregular no implica ser un delincuente.

Existen estudios rigurosos<sup>67</sup> que evidencian la falta de relación entre ambas y que además exhiben tasas de delincuencia menor que los autóctonos. Sin embargo, en las estadísticas policiales se observan un aumento de las detenciones de estos, circunstancia que se debe a la mayor situación de vulnerabilidad de estos menores<sup>68</sup>. Esto nos lleva a considerar los mitos y falsedades, ya mencionados, que se dan sobre los jóvenes inmigrantes<sup>69</sup>.

Es un hecho aceptado que la conflictividad y la delincuencia de los menores inmigrantes está vinculada a las políticas de acogida seguidas desde las instituciones. Una intervención tardía o la que no llega, hace más vulnerable a estos menores, refuerza los comportamientos antisociales y contribuye a enquistar estos problemas. Ha sido denunciado<sup>70</sup> un “tratamiento excepcional” practicado en la Comunidad Autónoma del País Vasco y dirigido a “deshacerse” de ellos; se trata de hacer un discurso demagógico frente a la opinión pública, así se presenta desde dos perspectivas: por un lado a algunos de ellos se les devuelve porque son irrecuperables<sup>71</sup> y a los demás porque suponen una carga excesiva para sus presupuestos. Sin la posibilidad siquiera de establecer intervención personal alguna, ni labor educativa que pueda socializarlos.

---

<sup>66</sup> GARCÍA ESPAÑA, E.; PEÑA JIMÉNEZ, F. (2004): *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: análisis e interpretación de las estadísticas oficiales*. Coedita Fundación El Monte-Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Málaga, p 131.

<sup>67</sup> Citados en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 91.

<sup>68</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.), 2007: 91.

<sup>69</sup> PLATAFORMA CIUTADANA EN DEFENSA DELS MENORS IMMIGRATS DESEMPARATS, 2000: 14.

<sup>70</sup> AIERBE, P., 2009.

<sup>71</sup> Con el calificativo de Menores irrecuperables se denomina a los menores inmigrantes que cometen delitos y cuya única alternativa es salvar los obstáculos legales que impiden la devolución a los países de origen. Desde SOS Racismo Guipúzcoa se denuncia en su Informe de 2010 el que no se intente con estos menores un análisis sobre el efecto que puede tener el sistema y las condiciones de los recursos que se establecidos en las conductas de algunos de estos menores, antes de criminalizarlos y crear alarma social con esta calificación. AIERBE, P.; TAULATAS, A.S.; MANZANI, L. LUCIANI, S., 2010: 8.

#### 4. Víctimas o victimarios, sujetos activos o pasivos en la comisión del delito

El panorama que venimos dibujando presenta una situación en la que la presencia inmigrante es cada vez mayor; en una época de crisis como esta en la que estamos inmersos en 2010, estos extranjeros que pueden parecer, o incluso ser sujetos de delincuencia, se convierten en objeto de la misma, estos son utilizados por la delincuencia organizada, como decimos, en objeto de esa delincuencia y donde estos quedan como excluidos sociales y la trasgresión como medio de subsistencia. Las figuras de víctima y victimario terminan confundándose.

Desde teorías victimológicas<sup>72</sup> se precisa que el comportamiento de la víctima es de gran importancia, ésta aprende del victimario, o de personas de su entorno, su rol de víctima; al final del proceso de degradación y estigmación, adopta una visión de sí misma como víctima. En esta situación la víctima tiende a cometer ella misma delitos como medio de defensa del agresor; su desengaño le hace cambiar su rol de víctima por el rol de victimario.

Retomando al inmigrante como centro de este trabajo, señalar que el legislador adopta una política criminal tremendamente represiva frente a la inmigración ilegal y protege al colectivo inmigrante de quienes mediante este tráfico pretenden menoscabar su dignidad y derechos fundamentales sin que sea preciso acreditar que existe un perjuicio para el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva estaría plenamente justificada la utilización del Derecho penal, la protección de las personas extranjeras, víctimas del tráfico ilegal de personas y de actividades ilícitas en las que se ven explotadas.

Sin embargo estos extranjeros víctimas de mafias que los explotan son a la vez víctimas de la legislación, que de manera desproporcionada, aparecen como sujetos del delito. Tal como se ha señalado<sup>73</sup>, resultaría más factible que esta circunstancia se sancionara por vía administrativa con multas y sanciones similares, y para la vía penal se reservaran actuaciones como el tráfico ilegal de personas, u otros actos que pusieran en peligro bienes jurídicos protegidos.

---

<sup>72</sup> SCHNEIDER, H. J., 1994: 850-851.

<sup>73</sup> MIRÓ LLENARES, F., 2008: 31.

La LO 4/2000 prevé como falta grave<sup>74</sup> encontrarse irregularmente en territorio español y como sanción administrativa la expulsión<sup>75</sup>. Pero la expulsión también se ha convertido en una medida de carácter penal cuando éste es el sujeto activo del delito. Desde diversos sectores doctrinales<sup>76</sup> se ha justificado ésta con distintas razones. Sin embargo, esta medida impide la reeducación y la reinserción de los inmigrantes, lo que ha sido cuestionado desde el Tribunal Constitucional<sup>77</sup>. Así, este inmigrante sujeto activo del delito se convierte en sujeto pasivo de una discriminación; por no hablar del verdadero incentivo para las mafias organizadas extranjeras, a las que la comisión de determinados delitos suponen, como mucho, la devolución al país de origen<sup>78</sup>. Resulta evidente la clara desproporcionalidad que existe entre la pena impuesta y la infracción cometida; con esta actuación tan solo se consigue, como dice la profesora Martínez Escamilla<sup>79</sup>, “...una muy preocupante devaluación del Derecho penal...”.

Nuestra sociedad dispone de los mecanismos suficientes para hacer frente a numerosas situaciones sin necesidad de judicializarlas; se ha producido un exceso de judicialización en la vida diaria, llevando a los tribunales cuestiones que debieran resolverse en otros ámbitos más informales. Sin pretender cuestionar la labor de la Justicia, la búsqueda de soluciones intermedias como la mediación<sup>80</sup>, es un recurso que aporta más beneficios para todas las partes implicadas a corto y largo plazo<sup>81</sup>. No obstante, no parece ético dar prioridad al interés público por encima del interés particular; más que nada, porque la comunidad en concreto constituye el contexto sociocultural donde van a desarrollar sus actividades los menores allí ubicados, y es de interés general poder disfrutar de unas relaciones positivas.

<sup>74</sup> Artículo 53. “*Infracciones graves*. 1. Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. ...” LO 4/2000.

<sup>75</sup> Artículo 57. “*Expulsión del territorio*. 1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. LO 4/2000.

<sup>76</sup> Ampliamente detallado en MIRÓ LLENARES, F., 2008: 22-24.

<sup>77</sup> Auto del Tribunal Constitucional 106/1997.

<sup>78</sup> MIRÓ LLENARES, F., 2008: 22-23.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2008: 20.

<sup>80</sup> La mediación es un instrumento que a través del diálogo se ofrece para la resolución de todo tipo de conflictos.

<sup>81</sup> AIERBE, P.; TAULATAS, A.S.; MANZANI, L. LUCIANI, S., 2010: 14.

En un proceso convencional no sólo no se atiende a las necesidades de las partes. La mediación como forma de arreglar el conflicto directamente entre las partes, resulta mucho más beneficiosa tanto para el menor infractor como para la víctima. Este tipo de sistema hace hincapié en la prevención y evitación del delito y por ende en el tratamiento y la inserción social de los infractores. Resulta un modelo idóneo por su escaso alcance estigmatizante, alto valor pedagógico y menor represión.

El planteamiento de esta solución extrajudicial es el reconocimiento de la conducta infractora y es preciso señalar que, pese a tratarse de un procedimiento informal, no queda eximido del mantenimiento de las garantías procesales exigidas en el proceso penal de menores. Ahora bien, la mediación en el Derecho penal de menores, podría plantear dudas acerca de la quiebra del principio de la presunción de inocencia, y para evitar el riesgo de que se produzcan irregularidades, se exige en el proceso un escrupuloso desarrollo de verificación de los hechos admitidos por el menor<sup>82</sup>, y además la conformidad de participar en una conciliación no debe equivaler a la confesión formal de la comisión del delito en los términos en que se recoge en la acusación.

## 5. A modo de conclusión

Las migraciones internacionales se han mundializado y el mundo entero está surcado por rutas migratorias que conectan un punto del globo con cualquier otro. Sin embargo esta globalización no ha supuesto la supresión de los obstáculos, sino el surgimiento de otras fronteras con graves costes, donde la libre circulación es la excepción, y el control y la restricción la norma general. Además el producto igualmente de esa mundialización se ha generalizado a todos los países receptores. Pero estas políticas de control traen consecuencias no deseadas: tragedias humanas; creación de una “industria” alrededor de la migración clandestina; y un aumento de los inmigrantes irregulares, de lo que se derivan otros resultados no deseados, una falta de integración que parece interesar que exista, aunque traiga como consecuencia la delincuencia y la alarma social. Así las luces que constituyen la experiencia de quien aspira a una mejora de vida se enturbia. Además están los países de origen, donde “no

---

<sup>82</sup> CRUZ MÁRQUEZ, B., 2005: 14.

*todo son luces en el tema de las consecuencias de la migración*”<sup>83</sup>, tal como señala la profesora MARTÍNEZ ESCAMILLA, hay también sombras y las hay sobre todo para los que sufren consecuencias de su gran pérdida de capital humano.

En un Informe<sup>84</sup> de Naciones Unidas sobre Desarrollo Humano se proponía como modelo a adoptar para la consecución de los objetivos del Programa, la liberalización de la inmigración y la facilitación de trabajadores de países en vía de desarrollo hacia los países ricos. Es evidente que si bien a corto plazo, este proyecto puede parecer incoherente a largo plazo se ve realista y viable. Desde un planteamiento reflexivo se propugna una libertad de circulación en el marco de la Unión Europea porque limitar a este territorio y excluir a los de fuera, porque no hacer una libertad de movimientos mundializada. Con esta actuación quienes saldrían peor parados serían quienes se dedican a traficar con personas para escapar de los controles de las fronteras.

La delincuencia juvenil es el resultado de la degradación que ha ido sufriendo la educación, bien es cierto que en las familias que tienen como forma de vida el “delito” seguirán el “negocio familiar”. Pero de igual manera toda generalización es errónea y estigmatizadora, por lo que es necesario exigir su individualidad. La delincuencia en los menores inmigrantes es consecuencia del fracaso en las políticas de integración. Estos menores han demostrado que poseen recursos para hacer frente a la exclusión y marginación a que son expuestos, pero es que además las instituciones van por detrás de los acontecimientos. Sin embargo lo que no saben, ni pueden hacer frente es a una administración que los considera protagonistas de situaciones conflictivas y comportamientos antisociales, o a una sociedad en la que se ha creado artificialmente una alarma social para que los rechace. Y además con frecuencia la realidad social es mucho más compleja que los instrumentos legales existentes para regularla.

## 6. Bibliografía

ABARCA JUNCO, P.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LÓPEZ, J.M.; MARTÍN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2010): *Inmigración y extranjería*. Colex. Madrid.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2008: 11.

<sup>84</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano. Informe sobre Desarrollo Humano de 2005. Obtenido en <http://hdr.undp.org>.

AIERBE, P. (2005): “Inmigración delincuentes, una creación mediática”, en *Revista Virtual MUGAK, Sos Arrazakeriaren Ikarketa eta Documentación Cunea*, nº 19. País Vasco en <http://revista.mugak.eu/articulos/show/211> obtenido el 15 de abril de 2010.

AIERBE, P. (2009): “Menores migrantes en riesgo” en *Revista Virtual MUGAK, Sos Arrazakeriaren Ikarketa eta Documentación Cunea*, nº 47. País Vasco en <http://revista.mugak.eu/articulos/show/426> obtenido el 15 de abril de 2010.

AIERBE, P.; TAULATAS, A.S.; MANZANI, L. LUCIANI, S. (2010): Menores en riesgo: Prácticas excepcionales de las Administraciones. SOS Racismo Gupuzkoa. Donosita.

AJA, E.; CARBONELL, F.; COLECTIVO IOÉ; FUNES, J.; VILA, I. (2000): *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos*. Colección de Estudios Sociales. Núm. 1. Fundación “La Caixa”. Barcelona.

ARCE JIMÉNEZ, E. (2006) “Menores inmigrantes: derechos que no se cumplen” en *Revista Abogacía Española*, nº 40. Ed. CGAE. Madrid, pp 6-10.

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (2001): “Los niños de la calle en Ceuta: Racismo y desamparo”, en *Revista Virtual MUGAK, Sos Arrazakeriaren Ikarketa eta Documentación Cunea*, nº 16. País Vasco en <http://revista.mugak.eu/articulos/show/160> obtenido el 15 de abril de 2010.

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA (2006): *El sistema de protección del menor: visión crítica de la APDHA*. Obtenido en [www.apdha.org](http://www.apdha.org) el 15 de abril de 2010.

AVILÉS, J. (2001): “Inmigración y seguridad ciudadana en España”, en *Análisis nº 17*. Grupo de Estudios Estratégicos GEES.

AVILÉS, J. (2003): “Inmigración y delincuencia”, en *ARI nº 103/2003*. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estrategias.

CALVO, M.; GASCÓN, E.; GRACIA, J. (2002): “La incidencia de la inmigración en el ámbito de la Administración de Justicia”, en *Inmigración y Justicia*. Laboratorio de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.



CARBALLO ARMAS, P. (2006): “Inmigración y derechos fundamentales en la Unión Europea: una aproximación a los elementos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 5. Ed. Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional. Granada, pp 279-296.

COLECTIVO IOÉ (2000): “La inmigración extranjera en España, 2000”, en Aja, E. Carbonell, F.; Colectivo Ioé; Funes, J.; Vila, I., *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos*. Colección de Estudios Sociales. Núm. 1. Fundación “La Caixa”. Barcelona, pp 13-68.

CORELLA SOLANES, Á. (2003): “La paradoja del principio de control de flujos migratorios”, en Miraut Martín, L. (Ed.), *Justicia, Migración y Derecho*. Dykinson, S.L. Madrid, pp 405-418.

CRUZ MÁRQUEZ, B. (2005): “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: conciliación y reparación del daño”, en *RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-14. <http://criminet.ugr.es/recpc>, obtenido el 18 de abril de 2010

De la ROSA CORTINA, J. M. (2003): “El fenómeno de la delincuencia juvenil: Causas y tratamientos” en *Encuentros Multidisciplinares*, vol. 5, nº 13. Edita Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, pp 21-35.

DELPINO GOICOCHEA, M. A. (2007): *La inserción de los adolescentes latinoamericanos en España: Algunas claves. Observatorio de la infancia. Nº 4*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Madrid.

DÍAZ AGUILERA, J. (2001): *Miradas sobre el menor*. Congreso de Servicios Sociales de Atención Primera. Murcia.

FEDERACIÓN SOS RACISMO (2004): “Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos” en [www.mugak.eu/ef\\_etp\\_files/view/Informe\\_menores\\_retornados.pdf?packge\\_id=9185](http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?packge_id=9185), obtenido el 15 de noviembre de 2008.

FERNÁNDEZ-PACHECO, G. (2004): “Delincuencia e inmigración. Una reflexión sobre la realidad y el mito del tandem delincuencia/inmigración”, en López García, B.; Berriane, M. (Directores), *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Universidad Autónoma de Madrid, pp 446-447.

GARCÍA ESPAÑA, E. (2004): “Detenidos y reclusos: Marroquíes y argelinos en el sistema penal”, en López García, B.; Berriane, M. (Directores), *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Universidad Autónoma de Madrid, pp 448-449.

GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2004): “El régimen jurídico del menor inmigrante”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 8*. Edita Universidade da Coruña: Servicio de Publicaciones. A Coruña, pp 423-450.

HUMAN RIGHTS WATCH (2007): *Responsabilidades no bienvenidas*. Volumen 19, NO 4 (D). New York. [www.hrw.org](http://www.hrw.org)

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (2007): “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, en *Prolegómenos: Derechos y valores, año/vol. X, número 019*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. Colombia, pp 149-162

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008): “¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular?”, en *RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-06*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, obtenido el 18 de abril de 2010.

MARTÍNEZ, R.; LEE, M. T. (2004): “Inmigración y delincuencia” en *REIC Revista Española de Investigación Criminológica NI-01-04 N° 2*, <http://www.criminologia.net/revista>, obtenido el 18 de abril de 2010.

MIRÓ LLENARES, F. (2008): “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, en *RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-05*. <http://criminet.ugr.es/recpc>, obtenido el 18 de abril de 2010

PELÁEZ FERNÁNDEZ, P. (2008): “La campaña de la uva en Valdepeñas: repercusión legal de la mano de obra inmigrante”, en *Cuadernos de Estudios Manchegos N° 33*. Edita Instituto de Estudios Manchegos-Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid , pp 245-260.

PELÁEZ FERNÁNDEZ, P. (2009): “El impacto de la inmigración: Las soluciones de la nueva Ley de Extranjería”, en *Revista Universidad Abierta*. Nº 28. Edita Centro Asociado UNED Valdepeñas, pp 49-151.

PLATAFORMA CIUTADANA EN DEFENSA DELS MENORS IMMIGRATS DESEMPARATS (2000): *Informe de situación. Los menores y los jóvenes inmigrados desamparados*. Edita PCDMID. Barcelona.

RUBIO PARDO, M. (2004): “Inmigración irregular y crimen organizado en España”, en *Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*: [www.uned.es/investigacion/IUISI\\_publicaciones.htm#mayo04](http://www.uned.es/investigacion/IUISI_publicaciones.htm#mayo04) obtenido el 18 de abril de 2010.

SAN JULIÁN, C.; OCÁRIZ PASSEVANT, E. (2009): *Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de Menores en la CAPV*. Ed. Departamento Justicia País Vasco. Vitoria-Gasteiz

SAVE THE CHILDREN, (2009): *Protección de la Infancia en Emergencias*. Alianza Internacional Save the Children España.

SCHNEIDER, H. J. (1994): “Temas principales y deficiencias en el actual pensamiento victimológico”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 4. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, pp 845-867.

SETIÉN, M. L.; BARCELO, F. (2007): “La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco. Modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida”, en *Actas del Coloquio Internacional La Migración de menores extranjeros no acompañados en Europa*. Poitiers.

UNICEF (2009): *Ni invisibles, ni ilegales. Informe 2009*. Coedición UNICEF-CGAE Consejo General de la Abogacía Española-Banesto. Barcelona.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRREGA, M. D. (Ed.) (2007): *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson. Madrid.

WAGMAN, D. (2005): “Estadística, delito e inmigrantes”, en *Revista Virtual MUGAK, Sos Arrazakeriaren Ikarketa eta Documentación Cunea*, nº 19. País Vasco en <http://revista.mugak.eu/articulos/show/211> obtenido el 15 de abril de 2010.