

EL INMIGRANTE ANTE LA SANCIÓN PENAL

THE IMMIGRANT IN FRONT OF THE PENAL SANCTION

ROSA SALVADOR CONCEPCIÓN

Abogada y Doctora en Derecho

Resumen: Al analizar distintas cuestiones de importancia referentes al tratamiento legal de la inmigración en nuestro país una de las cuestiones de mayor envergadura que se plantea va a ser el régimen en el que se encuentran estos extranjeros ante un enjuiciamiento por la comisión de una infracción delictiva, siendo éste además diferente cuando el inmigrante es adulto o cuando es menor de edad.

Por este motivo en las siguientes líneas vamos a estudiar este tratamiento penal del inmigrante, primeramente cuando es adulto, para seguidamente detenernos en cuando es menor de edad; y finalmente realizaré unas consideraciones personales que espero inviten a la reflexión acerca de este tema tan controvertido y de tan difícil consenso.

Palabras Clave: Inmigrante, extranjero, infracción penal, delito, pena, medida.

Abstract: When we analyze various issues of importance concerning the legal treatment of immigration in our country one of the larger issues that arises will be the regime where are these aliens before a prosecution for the commission of a criminal offense being well it is different when the immigrant adult or when minor. For this reason in the following lines we will study the criminal treatment of immigrants, first as an adult, for then will stop in when you are a minor, and finally will realize some personal considerations that hopefully invite reflection on this topic as controversial and it so difficult for consensus.

Key Words: Immigrant, foreigner, criminal offense, crime, punishment, measure.

Recepción original: 06/02/2014

Aceptación original: 03/03/2014

Sumario: Introducción. 1. El inmigrante adulto ante la sanción penal. 2. El menor inmigrante ante la sanción penal. 3. Conclusión Personal. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El inmigrante es considerado sujeto imputable en nuestro código penal, y ello pese a que se pueda encontrar en situación irregular, de manera que si realizamos una acercamiento a distintas cuestiones de importancia en relación al tratamiento legal de la inmigración en nuestro país, una de estas cuestiones va a ser sin duda el régimen de estos inmigrantes en su enjuiciamiento por la comisión de una infracción delictiva, ya cuando este extranjero sea adulto, ya cuando sea menor de edad.

De manera que en las siguientes líneas analizaré estas singularidades según nuestro sistema represivo penal actual para posteriormente realizar una serie de conclusiones personales que entiendo pueden resultar interesantes al respecto. Espero que el resultado invite a la reflexión y el debate acerca de este tema tan controvertido.

Empecemos entonces abordando distintos aspectos -sociales, jurídicos y políticos- del tratamiento legal del infractor penal cuando éste es inmigrante y cuenta con una edad adulta, para seguidamente, en el Apartado correspondiente, detenernos en cuando éste es menor de edad.

1. EL INMIGRANTE ADULTO ANTE LA SANCIÓN PENAL.

El artículo 57.2¹ de la L. O 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social re-

¹ El artículo 57.1 de la L. O 4/2000 realiza una remisión expresa al artículo 53.1 del mismo texto para detallar las conductas que van a conllevar la expulsión del extranjero del territorio español. Seguidamente, en su Párrafo Segundo, añade que «Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»-Art. 57.2.

coge expresamente que será causa de expulsión que el extranjero² haya sido condenado por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, estableciéndose así la obligación de expulsar a aquellos extranjeros condenados con penas de cárcel de más de un año. De manera que esta medida va a tener gran incidencia en el inmigrante, más aún si tenemos en cuenta que si se encuentra en situación ilegal las posibilidades de subsistencia de muchos se va a reducir a trabajar en la economía sumergida o/y recurrir a la pequeña delincuencia patrimonial³ cuya condena habitualmente va a rebasar la pena indicada.

² El artículo 1.1 de la L. O 4/2000 identifica como extranjeros «a los que carezcan de la nacionalidad española», si bien fue necesario que la Fiscalía General aclarara posteriormente en la Circular Núm.2/06 -pág. 17- que, «El extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración». De forma que se matizó que podía «aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al art. 30 (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días) de Ley Orgánica Núm. 4/2000». En definitiva, solamente quedarán excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales y los extranjeros que residen legalmente en España, temporal o permanentemente (art. 30 bis LE y según pág. 7 de la citada Circular).

Pero al respecto no podemos ignorar la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece la sustitución por la expulsión difícilmente podría ser aplicada a un ciudadano comunitario, al establecer en el artículo 33 que el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad cuando dicha orden cumpla los requisitos del artículo 27, con lo que las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Por este motivo el artículo 28 del mismo texto dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Así mismo, el conocido *Acuerdo de Schengen*, ratificado por España en el 25 de Junio de 1991, tuvo el objetivo de crear una zona de libre circulación con la supresión de las fronteras comunes de los países firmantes, y mediante este acuerdo los Estados suprimieron los controles de las fronteras comunes, potenciando las fronteras externas a fin de obstaculizar la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea. Además los Estados se comprometieron a armonizar sus normativas sobre prohibiciones y restricciones, y a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad.

³ FERNÁNDEZ J. G., *La Criminalidad de los Inmigrantes. Aproximación Criminológica y Conciencia Social frente al Fenómeno*, en Revista Gallega de Seguridad Pública, 2006, pág.151.

Según el Apartado Séptimo del mismo artículo, también es posible incluso la sustitución por la expulsión cuando aún no ha recaído condena y el extranjero es imputado por la comisión de un delito que contemple la imposición de una pena privativa de libertad menor a 6 años, o pena de distinta naturaleza⁴, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión⁵. Así mismo, la imputación a la que se refiere el artículo puede alcanzar a penas distintas a la de prisión, al añadirse intencionadamente la expresión «o pena de distinta naturaleza», con lo que podemos afirmar que resultará igualmente posible la sustitución por expulsión también en juicios de faltas⁶ y en causas por delitos que lleven aparejada una pena no privativa de libertad⁷.

Para la interpretación de este último Apartado la Fiscalía General reconoce en la Circular Núm. 2/2006 que ante estos supuestos la medida de expulsión tiene un carácter más imperativo que facultativo⁸,

⁴ El legislador se refiere aquí a penas aisladas, pudiendo aplicarse la expulsión aunque sobre el extranjero pendieran varias penas y la suma de éstas superara los seis años, según criterio unánime de la Jurisprudencia tal y como se puede comprobar en la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 521/2010 de 26 de Mayo, citada a modo de ejemplo, donde en su Fundamento de Derecho Segundo se recoge, «*Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural («las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...») aboga por este criterio (STS 1400/2005) (vide, SSTS 901/2004, 1231/2006, 792/2008)*».

⁵ Tal y como establece el Apartado 7 del mismo artículo 57 que comentamos y por el que procederá la expulsión, «*Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación*».

⁶ RODRÍGUEZ J. L., *Las Expulsiones con Intervención Judicial en la Ley de Extranjería*, en Cuadernos Jurídicos Núm. 28, 1995, pág.9.

⁷ Así mismo, y en aplicación de este último Apartado, para el caso que el extranjero sufra distintas imputaciones cabe incluso la posibilidad de que se autorice la expulsión si cada una de las penas respeta el límite penológico establecido, con lo que cabría autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad.

⁸ Según se recoge literalmente en la página 5 de la citada Circular cuando se determina que, «*El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo*».

con lo que ha de primar la expulsión⁹ siendo la opción de continuación de la causa penal una excepción; con lo que podríamos cuestionarnos el efecto que puede conllevar el que la expulsión sea resuelta cuando el extranjero no ha sido aún condenado sino tan sólo imputado y si no se puede estar conculcando con esta estrategia el *principio de presunción de inocencia*, ya que previamente a su enjuiciamiento y a la resolución del proceso penal el extranjero sufre una consecuencia punitiva como es la expulsión, en muchos casos -no podemos negar- equiparable a la peor de las condenas penales. Más adelante en la misma Circular y de manera un tanto contradictoria se apunta a un criterio más igualitario al recomendar que, «*Si la declaración del extranjero constituye una prueba de descargo, el derecho a utilizar todos los medios pertinentes de prueba debe prevalecer, de modo que la autorización debiera, en todo caso, subordinarse a la preconstitución probatoria*»¹⁰ así como se recuerda de manera expresa¹¹ que «*la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio*».

La sustitución que comentamos viene también prevista en el Código Penal, en el vigente artículo 89¹², donde se recoge esta sustitución

⁹ Así recogido en la pág.63 de la mencionada Circular.

Seguidamente, en la pág.100, y al resumir las Conclusiones alcanzadas en la citada Circular, la Fiscalía General vuelve a citar como Conclusión Primera que, «*Los Sres. Fiscales, en los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, habrán de interesar como regla general la sustitución de las mismas por la expulsión*».

¹⁰ *Idem.*, pág.64.

¹¹ *Idem.*, pág.21.

¹² «*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 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.*

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el

de las penas menores a seis años, así como de las que resten por cumplir en penados que ya hubieran accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de su condena¹³; esto es, lo que algunos autores han criticado al entenderse que de esta forma la medida de expulsión más que sustitutivo de la pena lo va a ser de la libertad condicional¹⁴ e incluso que al haberse cumplido ya gran parte de la condena la expulsión no va a ser una medida sustitutiva sino acumulativa¹⁵. De manera que este tema ha resultado ser tan controvertido que tanto la jurisprudencia como la doctrina científica se han cuestionado repetidamente el alcance de estas disposiciones que reproducimos discutiendo la idoneidad de su aplicación y de su efecto criminológico y social.

Con todo ello, la corriente jurisprudencial más mayoritaria¹⁶ da por hecho la consecuencia inmediata de la aplicación de la expulsión, interpretando como excepcional la no aplicación de esta medida, mientras que una jurisprudencia más débil plantea esta sustitución que comentamos tan solo como una posibilidad, al interpretar que

caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código. 7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.»

¹³ Para el establecimiento de Grado Penitenciario, vease artículos 100 y ss. del Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

¹⁴ TERRADILLOS J. M., *Inmigración, «mafias» y Sistema Penal. La Estructura y la Pátina*, en RUIZ, L. R., *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*, Ed. Bomarzo, Madrid, 2006, pág.56.

¹⁵ Así recogido en al Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio.

¹⁶ A modo de muestra vease la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio que recoge en su Fundamento Jurídico Primero que el art. 89 es «una conminación legal dirigida al juzgador» y que «sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario».

está sujeta al criterio del juez actuante que habrá de justificar y razonar la idoneidad de la sustitución de la condena por la expulsión¹⁷.

Ante estas diferencias de interpretación podríamos petitionar *lege ferenda* que el legislador precise de manera más concreta y con mayor seguridad jurídica los criterios estrictos que habrá de seguir el juzgador para la aplicación o no de la medida de expulsión, ya que según vemos, la redacción actual atribuye al juzgador una facultad decisoria acerca de este extremo, recogida en la expresión «*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*», mientras que según lo reconocido por la propia Fiscalía y la jurisprudencia más común la inercia es resolver de manera más habitual con la sustitución de la condena por la expulsión. Y todo ello pese a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere que para la imposición de la expulsión deben ponderarse circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia, que la vida del extranjero pueda correr peligro, o el que el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸. Es por este motivo por el que insisto en la necesidad de que sean concretados de mejor forma los criterios que han de seguirse para la aplicación o no de la medida de expulsión.

Así mismo debemos observar que según la propia redacción del art. 89 C. P se pone el acento en la pena resultante, y no en la infracción penal cometida, de forma que será la determinación de la condena -ya habiéndose aplicado las posibles eximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, autorizado por las reglas penológicas- la que active la posibilidad de aplicar la sustitución por la expulsión. Además, según la modificación incorporada a este artículo por la Ley Orgánica Núm. 11/2003 de 29 de Septiembre se impone la obligación de sustituir por la expulsión las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, de manera que la reforma promovida por esta Ley Orgánica también se encaminó principalmente, y según lo que podemos interpretar incluso por la literalidad del precepto, a lograr que la expulsión

¹⁷ Esta naturaleza no automática sino discrecional de aplicación de la medida de expulsión es reconocida no sólo literalmente en el precepto de comentario -artículo 89 del Código Penal- sino que además es interpretada en este sentido por la jurisprudencia de manera unánime. Por la ilustración de su contenido veasé en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo Núm. 901/2004 de 8 de Julio, Núm. 1546/2004 de 21 de Diciembre y la Núm. 710/2005 de 7 de Junio.

¹⁸ «*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*».

constituyera la regla mientras que el cumplimiento efectivo de la pena fuera su excepción (Brandariz, 2007: 120). Más adelante la expulsión es revitalizada (Salinero, 2011:112) con la reforma promovida por la Ley Orgánica Núm. 5/2010 de 22 de Junio de la que el vigente artículo 89, tal y como lo hemos reproducido, es resultado¹⁹.

Pues bien, en relación a este asunto la jurisprudencia insiste de manera reiterada en la necesidad de que en la motivación del Tribunal se pondere no sólo la naturaleza del delito, sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender a la salvaguarda de derechos fundamentales²⁰ además de a razones de orden público. Y es que tenemos que recordar que además la medida de expulsión se va a magnificar si apreciamos que la misma llevará aparejada la imposición de la prohibición de regresar a España durante un plazo de 5 a 10 años -un tiempo que en algunos supuestos será superior a la propia pena privativa de libertad sustituida-, así como que la aplicación de la medida conllevará el archivo de cualquier procedimiento administrativo en curso para la obtención por el extranjero de permiso de trabajo o residencia²¹, con la posible afec-

¹⁹ De las modificaciones que introdujo esta reforma tenemos que destacar: en primer lugar el que se mencionara expresamente en el Apartado Quinto el término «cualquier pena privativa de libertad», expresión que aunque pasó inadvertida -vease CORCOY, M. y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág.229- tras la misma se interpreta que se sustituirán tanto las penas de prisión como aquellas otras privativas de libertad, localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad o responsabilidad personal subsidiaria; lo que no ha dejado de levantar críticas acerca de una manifiesta desproporcionalidad punitiva y la posible conculcación de un obligado criterio de proporcionalidad en el castigo penal.

En segundo lugar, también podemos destacar el que se incorporara expresamente en su Párrafo Primero y Quinto la necesidad, antes de disponer la sustitución por la expulsión, de realizar audiencia al penado y a las demás partes personadas tanto cuando se dispusiera la sustitución para un condenado como de aquel que hubiera accedido al tercer grado o tuviera cumplidas las tres cuartas partes de su condena, satisfaciéndose de esta forma la crítica generalizada que se realizó a la antigua redacción del precepto donde sólo se aludía a la necesidad de realizar audiencia al Ministerio Fiscal sin ser oídos ni las partes ni el propio extranjero. Esta necesidad de audiencia está consolidada en la jurisprudencia siendo reiterado el argumento de la necesidad de garantizar un auténtico «debate contradictorio» recogido en Sentencias como SSTS 901/2004, 906/2005, 710/2005, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 25/2011, citadas a modo de ejemplo.

²⁰ Así enunciado en muchas Resoluciones, por citar un ejemplo, vease el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 366/2006 de 30 de Marzo.

²¹ Y ello pese a que, no deja de resultar curioso que por otro lado el artículo 31.4 de la L. O 4/2000 estableciera que «Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como

ción, entiendo, del derecho a la tutela judicial efectiva al impedirse el acceso del interesado a obtener una resolución administrativa; esto es, lo que ya algún autor ha definido como la supeditación del ordenamiento penal al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora²² y que ha conllevado una fuerte crítica realizada desde un amplio sector doctrinal que califica que la medida que comentamos conduce a una clara instrumentalización del Derecho Penal²³. Más aún si la expulsión no va a ser obstáculo para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, con lo que la medida de expulsión no impedirá que además se lleven a cabo la traba oportuna de bienes del extranjero al efecto de satisfacer esta responsabilidad.

Por último no podemos olvidar que según el contenido ya reproducido del Párrafo Cuarto del artículo 89, en caso de intento de quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada si el extranjero es sorprendido en la frontera será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, y en cambio, si está ya en el interior de España deberá cumplir las penas privativas que le fueron sustituidas.

Por lo anterior y dada la intensidad e importancia de estas medidas aparejadas a la medida principal de expulsión sustitutoria es por lo que la jurisprudencia de manera unánime y con rotundidad ha apuntado que previamente a la expulsión es necesario realizar de manera oportuna la audiencia al extranjero, sometiéndola a los relevantes principios de contradicción y defensa²⁴, de forma que se garantice

rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar los permisos a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena»; aquellos otros que sí hubieran sido titulares de una Autorización de Residencia tendrán alguna posibilidad de renovarla en virtud de la discrecionalidad que señala este artículo.

²² MONCLÚS, M., *La Gestión Penal de la Inmigración. El Recurso al Sistema Penal para el contra de los Flujos Migratorios*, Ed. Del Puerto, Barcelona, 2008, pág.422.

²³ CANCIO, M., *La Expulsión de Ciudadanos Extranjeros sin Residencia Legal*, en el *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, pág.191; FLORES, F., *La Expulsión del Extranjero en el Código Penal Español, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág.97; CERES, J. F., *Las Reformas Penales en la Fase de Ejecución de Sentencias Penales*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm.3, 2005, pág. 302.

²⁴ A modo de muestra y por su contenido ejemplar, hagamos referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 901/2004, de 8 de Julio y por la que «*Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se*

que el extranjero tenga ocasión de argumentar su situación personal y su posible arraigo con objeto de evaluar el efecto que la expulsión vaya a causarle a nivel personal y familiar.

Y es que en definitiva, la justificación de este precepto 89 redundará en cuestiones de prevención general por el efecto que puede tener para el delincuente potencial la expulsión por la expectativa que va a generar de causar un temor colectivo social que provoque la disuasión y la abstención de la realización del ilícito penal. En referencia a este extremo una fuerte corriente doctrinal²⁵ cuestiona ese posible efecto preventivo reconociéndole incluso el efecto contrario y encontrando en su motivación más bien razones de política penitenciaria enmarcada en una política general de lucha contra la inmigración²⁶ que de política criminal²⁷, por entenderse que la intención del legislador ha sido *a priori* la desmasificación de las cárceles²⁸ más que la consecución de un efecto preventivo general.

A este tenor debemos observar que aunque no hay un reconocimiento expreso de esta intención del legislador, en la Exposición de Motivos de la L. O 11/2003 de 29 de Septiembre se sintetizaban los objetivos perseguidos por la reforma del artículo 89 mencionándose que «... se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto», con lo que

estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia -art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución».

Con el mismo criterio veasé las SSTs Núm. 710/2005 de 7 de Junio y la Núm. 274/2006 de 3 de Marzo.

²⁵ CEREZO, J., *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág.207; MANZANARES, J. L., *Perspectivas de Futuro: Arresto de Fin de Semana y Multa por Cuotas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Núm.9, 1993, pág.171; SÁNCHEZ, I., *El Sistema de Penas*, La Ley, Núm. 4012,, 1996, pág.2.; y GRACIA, L., *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.2.

²⁶ RODRÍGUEZ, C., *Los Extranjeros en Prisión*, en Derecho y Prisiones Hoy, Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, pág.179.

²⁷ IZQUIERDO, F. J., *Naturaleza Jurídica de la Sustitución Prevista en el Artículo 89 del Código Penal*, en La Ley, Núm.4403, 1997, pág.1862; NAVARRO, F., *Expulsión «Penal» de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal «Simbólico» y Derecho Penal del «Enemigo»*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Núm. 17, 2006, pág.4.

²⁸ JIMÉNEZ, E., *Extranjeros en Prisión*, en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Núm.7, 1994, pág.139; PEITERADO, P., *La Ejecución de las Condenas Privativas de Libertad*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, pág.91.

podemos deducir que en efecto en esta regulación ha prevalecido la política de extranjería sobre la política penal²⁹.

Aún así durante el año 2012 los Fiscales españoles solicitaron esta medida en un total de 6.194 ocasiones y emitieron un total de 2.255 informes favorables a la sustitución del proceso penal por la expulsión de extranjeros imputados en causas penales, así como las expulsiones de ciudadanos extranjeros imputados en causas penales que se encontraban en situación de prisión preventiva durante el año 2012 ascendieron a la cifra de 127, observándose en este ámbito de las expulsiones de preventivos un importante incremento sobre las cifras de los dos años precedentes³⁰.

A mi juicio sí que considero que la sustitución que comentamos tiene un efecto preventivo general, aunque también comparto la valoración que apunta a la necesidad de proporcionalidad para un adecuado funcionamiento de la prevención general porque si no se corre el riesgo de que se vean frustradas estas funciones de prevención ge-

²⁹ Ahora bien, el conflicto entre estos dos ámbitos, el administrativo y el penal, saca a colación el que nos podamos cuestionar, como ya lo ha hecho un amplio sector doctrinal -vease RODRÍGUEZ, M. J., *La Expulsión del Extranjero en el Ordenamiento Jurídico Español. Una Valoración Crítica*, en *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág.267-, un posible incumplimiento del Principio Non Bis In Idem -No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos ya sancionados. Ante este extremo la jurisprudencia se manifiesta unánime en la defensa de que esta medida de expulsión en su concurrencia con la condena penal no incumple este conocido Principio al argumentarse que los fundamentos de ambas medidas son distintos, ya que el Bien a proteger con su adopción es distinto también, dado que para la expulsión lo es una política de extranjería mientras que la condena penal responde a una política criminal.

Como muestra de este criterio podemos citar un extracto del Fundamento de Derecho Sexto del Auto del Tribunal Constitucional Núm. 331/1997 de 3 de Octubre que afirma que, «*La condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes. Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado*».

Aunque a mi entender con esta interpretación esta corriente jurisprudencial reconoce tácitamente que en efecto, la intención del legislador no fue alcanzar con la expulsión fines preventivos sino penitenciarios.

³⁰ Según consta en la pág.350 y 351 de la Memoria de la Fiscalía General de 2013.

neral³¹, así como entiendo incuestionable el que la mayor parte de los extranjeros afectados por estas expulsiones, dada la situación de pobreza de la mayoría de sus países de origen, van a asumir con mayor temor si cabe la medida de expulsión que la condena a prisión, más aún si esta medida va acompañada de la imposibilidad de entrar a España durante al menos 5 años así como el archivo de cualquier proceso de legalización en curso.

En cambio este efecto preventivo sí que parece indiscutible si atendemos al Apartado 7 de este artículo 89 cuando se recoge que ante los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 313 (simulación de contrato) y 318 bis (tráfico ilegal de personas) no será de aplicación la sustitución de la condena por la expulsión, y ello precisamente por su sentido de cara a evitar la continuidad delictiva que casi con toda seguridad se daría si ante estos delitos la pena privativa de libertad se sustituyese por la expulsión del territorio nacional³². La razón es que los delitos contenidos en los preceptos indicados se orientan a la represión de conductas relativas a la promoción del tráfico de personas, de manera que entiendo que con esta limitación el legislador persigue que tales infracciones por su especial relevancia no encuentren un beneficio en la aplicación de la expulsión como sustituto a la condena de cárcel, asegurándose así el cumplimiento de la misma en estos casos en los que las infracciones cometidas afectan, podríamos decir, a un ámbito más colectivo³³.

Ahora bien, en lo que respecta a su función preventiva especial resulta indiscutible que con la expulsión se pierde la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas³⁴ y ello pese a estar esta función consagrada en el artículo 25.2 de nuestra Constitución. Y es que en

³¹ LUZÓN, D. M., *Curso Derecho Penal. Parte General*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, pág.85.

³² MUÑOZ, J., *La Expulsión del Extranjero como Medida Sustitutiva de las Penas Privativas de Libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm.2, 2004, pág.424.

³³ En este sentido hay autores –veasé GUIASOLA, C., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág.136- que han manifestado además la necesidad de incluir dentro de este Apartado el delito contenido en el artículo 177 bis acerca de la trata de seres humanos, crítica que comparto ya que este delito penaliza actuaciones de especial repulsa al estar íntimamente vinculadas a algo tan relevante como el tráfico ilegal de seres humanos y para el que no se puede permitir que la expulsión sea tan siquiera una opción para su condena.

³⁴ SOUTO, E. M., *Algunas Notas sobre la Función del Derecho Penal en el Control de los Flujos Migratorios: especial referencia a la medida de expulsión*, en *Derecho Penal de Excepción: terrorismo e inmigración*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág.311; MUÑOZ, F. y GARCÍA, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág.567.

principio la expulsión no es considerada una pena como tal, al no venir incluida dentro del catálogo de penas que recoge en el artículo 32 y ss. del Código Penal, aunque algún autor³⁵ equipare esta medida con la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, así como otros, en tanto en cuanto la impone un juez penal en una sentencia condenatoria, la consideran más bien como una sanción administrativa revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito³⁶. Hacia este extremo lo que resulta indiscutible, independientemente a su ubicación formal, es que la expulsión como medida sustitutiva sí que va a tener un contenido conminatorio para el extranjero afectado, agudizado más aún con la prohibición de entrada posterior y con el archivo de los permisos en trámite.

Así mismo, también podríamos plantearnos si no va a existir un trato desigualitario para el extranjero que es condenado a más de un año de cárcel sin llegar a alcanzar los dos años y al que le es impuesta esta medida de expulsión, si lo comparamos con la situación de una nacional que habiendo sido condenado por penas de cárcel de hasta dos años y no teniendo antecedentes penales va a quedar en libertad condicional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 80 y 81 del Código Penal. Por este motivo el mismo artículo 89 en su Párrafo Sexto-Segundo³⁷ se adelanta a esta cuestión, y gracias a la reforma del artículo introducida por la ya mencionada L. O 5/2010, recogiendo expresamente que dispuesta la sustitución por la expulsión si ésta no puede llevarse a cabo se ejecutará la condena pudiendo aplicarse entonces los criterios de sustitución y suspensión legalmente establecidos, en contraposición a su anterior redacción que excluía esa posibilidad³⁸.

Al respecto el mismo Tribunal Constitucional se ha llegado a pronunciar estableciendo de forma reiterada que la posibilidad de susti-

³⁵ IZQUIERDO, F. J., *Naturaleza Jurídica de la Sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal*, en La Ley, Núm. 4403, 1997, pág.1862.

³⁶ ASÚA, A., *La Expulsión del Extranjero como Alternativa a la Pena: Incongruencias de la Subordinación del Derecho Penal a las Políticas de Control de la Inmigración*, en Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág.66.

³⁷ «En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código».

³⁸ En el artículo 89.1. Párrafo Tercero, según la reforma que introdujo la L. O 11/2003, se recogía que «la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal».

tución o suspensión de las condenas penales se ha de aplicar de manera igualitaria entre los condenados de nacionalidad española que a los extranjeros³⁹. De manera que si la finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo, esta finalidad quedaría frustrada con la expulsión trazándose un trato desigual si se entendiera que el penado extranjero -no residente legalmente en España y condenado a una pena corta privativa de libertad cuya expulsión no resultara posible ejecutar- se va a ver obligado a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena sin la posibilidad de que le sean aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales correspondientes.

Por todo ello es difícil no apreciar el efecto punitivo de la expulsión y el que la misma va a resultar harto perjudicial para el extranjero, e imagino que es éste el motivo por el que la jurisprudencia de manera mayoritaria⁴⁰, así como algunos autores, interpretan que la expulsión que comentamos provoca un utilitarismo del Derecho Penal al servicio de la represión de la inmigración irregular⁴¹ ante una manifestación del Derecho Administrativo, Procesal y Penal que califican *del enemigo*⁴². Y teniendo en cuenta el sometimiento del Derecho Penal a estas transformaciones de la política de extranjería se ha de exigir entiendo, que la resolución de sustitución por la expulsión esté fundamentada para lograr la adecuada ponderación y salvaguarda de los derechos más fundamentales, siendo imprescindible un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar; más aún si analizamos la proporcionalidad o no de la medida de expulsión a la luz del artículo constitucional Núm. 13, y que no podemos olvidar, garantiza que «los extranjeros gozarán en España de las

³⁹ Como ejemplo veasé el Auto Núm. 132/2006 de 4 Abril del Tribunal Constitucional.

⁴⁰ Por su contenido ejemplar, veasé el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 366/2006 de 30 de Marzo y por su interés la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 706/2006 de 24 de Octubre; la Núm. 258/2007 de 25 de Enero; o la Núm. 3725/2010 de 4 de Junio.

⁴¹ MARTÍNEZ, M., *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar*, en Indret, Núm.3, 2009, pág.40, en *indret.com*.

⁴² PORTILLA, G., *El Derecho Penal y Procesal del «enemigo»*. *Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros Internos-Externos*, en Dogmática y Ley Penal. Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo, Vol. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág.696; NAVARRO, F., *Expulsión «Penal» de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal «Simbólico» y Derecho Penal del «Enemigo»*, cit., pág. 9.

libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

La jurisprudencia más reiterada⁴³ viene exigiendo esta valoración individualizada, no sólo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de justicia material y respeto al principio de igualdad en cuanto que la infracción delictiva cometida pueda aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal o es de nacionalidad española.

Entonces podemos deducir que lo que pretende evitarse con esta interpretación jurisprudencial son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria se aplica de forma automática y sin cumplir los cánones constitucionalmente consagrados de cumplimiento del derecho de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación. De forma que tan sólo encontramos alguna resolución de carácter más aislado que equipara la expulsión a la impunidad, cuando se contempla que la expulsión después de cumplidos unos meses de prisión preventiva en delitos como los realizados contra la salud pública supone un favorecimiento o promoción del tráfico de drogas por ciudadanos extranjeros, creándose, según se afirma, una situación generalizada de impunidad⁴⁴, acudiendo esta corriente incluso a criterios de prevención general y especial del delito, y de resocialización del delincuente para justificar la necesidad de cumplimiento de la condena de cárcel.

Esta línea interpretativa se apoya en el argumento de que tal situación de impunidad no sólo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal, sino que además generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves⁴⁵.

Y si bien es cierto que existe un riesgo de que al sustituir entonces la pena por la expulsión se podría facilitar lo que algunas resolucio-

⁴³ Para su ilustración veasé a modo de muestra la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 706/2006 de 24 de Octubre; la Núm. 258/2007 de 25 de Enero; o la Núm. 3725/2010 de 4 de Junio.

⁴⁴ Fragmento del Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 1546/2004 de 21 de Diciembre.

⁴⁵ Extracto del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo Núm.1400 /2005 de 23 de Noviembre.

nes apuntan como una *cuasi-impunidad*⁴⁶ de la conducta quedando de esta forma comprometido la función de prevención general de la pena, no podemos obviar tampoco que en determinadas situaciones de pobreza y necesidad⁴⁷ en aquellos países de los que en muchos casos, podríamos decir, que se huye⁴⁸, podemos encontrarnos que el efecto verdaderamente preventivo sea causado con la aplicación de la expulsión, por el temor del extranjero a verse abocado no sólo a su repatriación, sino como hemos comentado a la imposibilidad de conseguir los permisos administrativos pendientes de resolución por su inminente archivo, y a la imposibilidad de volver por la aparejada prohibición de entrada.

En relación a esto último no podemos pasar por alto el reiterado argumento que apunta a que no hay que confundir criminalidad con inmigración⁴⁹, así como mencionar que resulta incuestionable la corriente que propugna la identificación de la delincuencia con el colectivo marginal y no con los sujetos integrados socialmente⁵⁰ en un contexto social con salarios cada vez más bajos, vertebrado por cambalaches y delitos, sin que una frontera de distinción se interponga entre éstos⁵¹ 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.

De otro lado tampoco podemos obviar el que el extranjero expulsado por aplicación de la sustitución no va a ser sometido a ningún tratamiento ni va a ser resocializado, siendo abandonado a su suerte⁵² sin aplicarse medida alguna para la mejora de su reintegración. Es por lo que considero que tenemos que insistir en la importancia de la fundamentación de estas resoluciones de expulsión, así como el que en las mismas se priorice las razones preventivo especial y resociali-

⁴⁶ Tal y como es mencionado en Sentencias como la del Tribunal Supremo Núm.61/2005 de 6 de Mayo en su Fundamento Jurídico Segundo o la Núm. 6859/2004 de 28 de Octubre en su Fundamento Primero.

⁴⁷ SÁEZ, R., *Inmigración Clandestina, «Mafias» y Luchas contra los Pobres. Un Tipo Penal Indecente*, en Revista Jueces para la Democracia, Núm.54., 2005, pág.19.

⁴⁸ NAVARRO, F., *Expulsión «Penal» de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal «Simbólico» y Derecho Penal del «Enemigo»*, cit., pág.18.

⁴⁹ SERRANO, A., *Delincuencia Juvenil y Movimientos Migratorios*, en Actualidad Penal, Núm.16, 2002, pág.399.

⁵⁰ GARCÍA, M., *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.31.

⁵¹ SALAS, D., *La Delinquencia des Mineurs. Problèmes Politiques et Sociaux*, en Problèmes Politiques et Sociaux- La Documentation Française, Núm.812, 1998, pág.80.

⁵² SERRANO, M., *Especial Monográfico del Código Penal: Comentarios y Notas*, Ed. Trivium, Madrid, 1996, pág.98.

zadoras en los mismos términos y con igual carácter al que se utiliza con los infractores nacionales; y ello en atención al claro sentido de rehabilitación social que la Constitución otorga a la pena.

En definitiva no soy contraria de la automatización de la sustitución de la condena por la expulsión porque ésta nos hace encontrar-nos ante un Derecho penal deshumanizado que no atiende a razones de prevención especial positiva cuando se encuentra ante un extranjero, y que olvida el necesario carácter resocializador y reintegrador que la condena ha de tener para este inmigrante.

Pero en este argumento incidiré en las Conclusiones Personales que expondré más adelante. Ocupémonos ahora de las cuestiones que se presentan cuando el infractor penal es un inmigrante menor de edad.

2. EL MENOR INMIGRANTE ANTE LA SANCIÓN PENAL.

Los texto legales internacionales⁵³ destinados a tratar la delincuencia juvenil apuntan a un modelo de justicia de menores de procedencia norteamericana al que se conoce como de las «4D»: despenalización, desinstitucionalización, desjudicialización y debido proceso -o justo proceso⁵⁴. 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*», y 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*»⁵⁵.

⁵³ 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.

⁵⁴ GARCÍA, O., *La Reforma de 2006 del Sistema Español de Justicia Penal de Menores*, en *Política Criminal*, Núm.5, 2008, pág.25.

⁵⁵ 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*».

Por su parte nuestra legislación nacional nos remite al artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores –LORPM- que recoge las medidas restrictivas de derechos a imponer al menor infractor, así como en el 7.3 se recuerda que en el momento de elegir la medida o medidas a adoptar se debe atender a las circunstancias familiares y sociales, y a la personalidad e interés del menor⁵⁶, donde hay que destacar 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 forma que como vemos la prioridad absoluta 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 juvenil⁵⁷.

⁵⁶ 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.*
- 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.»*

⁵⁷ ABEL SOUTO, M., *Los Menores, el Principio Acusatorio y la Proporcionalidad Penal en la Ley Orgánica 5/2000*, en *Actualidad Penal*, Núm.43, 2002, pág.1077.

Sobre 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 duración⁵⁸; pues sobretudo 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 donde la finalidad de la misma es más sancionadora que reintegradora. Esta corriente doctrinal que secundo 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, y a la más que posible estigmatización del delincuente y a la fijación de su propia imagen negativa como la de un criminal⁵⁹; y es por estos motivos por los que es reiterada la necesidad de cautela en la adopción, sobretudo, de la medida de internamiento⁶⁰.

Y el asunto al que nos referimos no es baladí ya que en nuestro país la delincuencia juvenil no ha conseguido manifestar un detrimento que podemos calificar de apreciable y positivo en los últimos años⁶¹. A mi juicio sigo la tesis que prioriza la educación y rehabilitación del menor infractor con una clara intención preventiva más que general, especial, para lo que es cierto que se hace necesaria eso sí, una interpretación generosa de la LORPM que garantice este efecto⁶². Y es que los preceptos a los que aludimos tratan al menor

⁵⁸ THOMAS, G., *La Intervención del Juez Penal en el Internamiento Preventivo del Extranjero*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Núm. 97, 1994, pág.97; GARCÍA, M., *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.238.

⁵⁹ GABAUER, M., *La Justicia de Menores entre las Tendencias Europeas*, en Vargas, D. (coord.), *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil*, Vol. I Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pág.310.

⁶⁰ FEIJOO, B., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág.108.

⁶¹ Así la Memoria de la Fiscalía General de 2013 señala que si bien en años anteriores los sucesivos decrementos de diligencias preliminares reflejaban una tendencia a la baja de la delincuencia juvenil -así, en el año 2011 se incoaron 102.885 preliminares, frente a las 105.879 del año 2010, en 2009 se incoaron 110.212 y en 2008 fueron 114.776. En el año 2012 se han incoado 97.817 preliminares, lo que supondría un descenso porcentual del 4,92 por 100. Pero si se tiene en cuenta lo antes glosado, ese descenso no puede identificarse con una paralela disminución de la criminalidad juvenil; pág.408 y 409 de esta Memoria.

⁶² FEIJOO, B., *Sobre el Contenido y la Evolución del Derecho Penal Español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 4, 2001, pág.31.

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 y con la finalidad de reeducarle y reinsertarle en la sociedad⁶³; esto es lo que algún autor ha definido como la naturaleza formalmente penal de la medida pero materialmente sancionadora-educativa⁶⁴.

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. Para justificar el endurecimiento implícito del 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 podríamos encontrar un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos⁶⁵. 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.

También se publicó la Circular de la Fiscalía General Núm. 1/2007 donde se reiteraban los motivos que tenían que darse para la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado y donde po-

⁶³ URBANO, M. E., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág.95.

⁶⁴ VIANA, C., *La Responsabilidad Penal del Menor: naturaleza y principios informadores*, en *Revista Penal*, Núm.13, 2004, pág.151.

⁶⁵ CANO, M. A., *¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV, 2002, pág.294.

demos comprobar, de manera significativa, que 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^{66 67 68}.

De manera que podemos señalar que esta reforma potenció unas exigencias de prevención general positiva y negativa más propias de un Derecho Penal de adultos⁶⁹, realizando un evidente refortalecimiento de la posición de las víctimas en el proceso de menores⁷⁰. Su dictado no es casual ya que responde a una clara tendencia europea hacia el Derecho Penal de la seguridad⁷¹ donde el eje protector se establece más en la sociedad como víctimas potenciales, dado que tam-

⁶⁶ Al señalarse que para disponer el internamiento: 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 perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

⁶⁷ Pág.28 de la citada Circular.

⁶⁸ De manera que 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 -según Feijoo, B., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, cit., pág.165- y reiterado en exceso, conllevará para su justificación una investigación exhaustiva de su concreta situación personal y familiar -veasé Altava, M., *Concepto y Reconocimiento del Interés Superior del Menor en la Legislación Española*, en Cuerva, M. L. y González, J. L.(coords.), *Estudios sobre la Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Universidad Jaime I, Castellón, 2006, pág.44.

Al respecto 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*».

⁶⁹ DOMÍNGUEZ, E. M., *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*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág.100.

⁷⁰ PRITTWITZ, C., *La Justicia Penal de Menores en Alemania*, en Anarte, E. (dir.), *Tendencias de la Justicia Penal de Menores*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág.24.

⁷¹ MARAFIOTI, L., *El Proceso Penal de Menores en Italia*, en Anarte, E. (dir.), *Tendencias de la Justicia Penal de Menores*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pág.38.

bién se trata de facilitar una protección judicial específica⁷² que justifica la necesidad de tratar al menor infractor como un delincuente en aras de conseguir un mayor efecto intimidatorio de la LORPM y el refortalecimiento de su carácter disuasorio.

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 negativa 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. Debemos tener en cuenta además que con la reforma que comentamos se incluyó una nueva causa de adopción de medidas cautelares conformada por el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y acerca de la misma distintas voces han apuntado que ante este tipo de medidas no estamos ante una medida cautelar sino ante una pena anticipada por entenderse que esta circunstancia resulta muy difícil de compatibilizar con la presunción de inocencia⁷³ ⁷⁴, mientras, por otro lado, el todavía elevado índice de criminalidad entre los jóvenes ha justificado con gran respaldo social la consolidación de la reforma.

A este tenor 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 conductual⁷⁵, y reconoce que

⁷² VÁZQUEZ, C., *La Justicia Penal Juvenil en Europa: convergencias y divergencias*, en Vargas, D. (coord.), *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil*, Vol. I, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pág. 314.

⁷³ Teniendo en cuenta además que en sistemas penales como el italiano el internamiento preventivo sólo se acuerda en casos de *extrema ratio* -Marafioti, L., *El Proceso Penal de Menores en Italia*, cit., 44.

⁷⁴ BARONA, S., *Derecho Jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.462.

⁷⁵ 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. Pero a pesar de todas las dificultades, estos menores tendrán mayores posibilidades de integrarse en la sociedad porque tienen una familia o personas de apoyo de la que adolecen los menores inmigrantes no acompañados -según refieren autores como Serrano, M. D., *Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal: el caso de inmigrantes*

la inmigración en condiciones de precariedad es un factor determinante de marginalidad y que los riesgos son mayores aún para los menores extranjeros no acompañados⁷⁶ que carecen de un marco familiar de referencia^{77 78}.

Resulta evidente la inspiración proteccionista que caracteriza a este articulado^{79 80} por la posibilidad de que menores retornados a

menores de edad penal en España, en Ravetllat, I. y Villagrasa, C. (coords), Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Ed. Ariel, Madrid, 2006, pág.250.

⁷⁶ En relación con estos menores no acompañados la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 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 estos 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.

⁷⁷ Págs. 939 y 953 de la citada Memoria de la Fiscalía General de 2012.

⁷⁸ Sin embargo, según datos del Instituto Nacional de Estadística de 2012 -último año del que existen datos oficiales en el momento de realización de este trabajo- la mayoría de los menores condenados fue de nacionalidad española (76,9%), si bien la proporción de extranjeros aumentó hasta el 23,1%, frente al 20,9% del año anterior - así recogido en las Notas de Prensa correspondientes al año 2012, pág.6.

⁷⁹ 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 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*».

⁸⁰ Además durante el año 2012 la Fiscalía General ha participado activamente en los trabajos preparatorios del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados que están siendo coordinados por la Secretaria General de Inmigración y Emigración. Este Protocolo Marco regulará en plenitud todas las etapas que debe superar

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 acreditada posibilidad de devolver al menor a un entorno favorable de convivencia familiar. Aunque también tenemos que mencionar que un fuerte corriente doctrinal apunta de manera singular que esta reunificación no es otra cosa que una excusa para quitarse el problema de encima⁸¹.

De manera que si centramos 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, pero, pese a ello, atendiendo a la nacionalidad del infractor actualmente se observa que en términos relativos la medida de internamiento en régimen cerrado o semiabierto recae con más frecuencia entre los menores extranjeros (un 5,2% y 15,9 %, respectivamente, del total) que entre los menores españoles (que afecta a un 1,9 y un 10,8%)⁸². Hacia este extremo es comúnmente admitido que los menores más problemáticos y de peor pronóstico son los que suelen sufrir este tipo de medidas⁸³, 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 severas⁸⁴; aunque hacia este hecho también podríamos encontrar la justificación de 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. Con lo que podemos comprobar que estos datos responden al argumento de que los me-

un menor desde su localización, su identificación mediante la correspondiente reseña policial e inscripción registral, la determinación de su edad, la puesta a disposición de la Entidad Pública de protección de menores, la asunción de la tutela, la petición de asilo –en su caso– y, por fin, su documentación. De manera que son muchos y relevantes los aspectos comprendidos en este borrador del Protocolo; según consta en págs.360 y 361 de la Memoria de la Fiscalía General de 2013.

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- págs.1085 de esta Memoria.

⁸¹ CUESTA, J. L.y San Juan, C., *Menores Extranjeros Infractores en la Unión Europea*, Ed. Universidad País Vasco, Bilbao, 2006, pág.83.

⁸² Según datos del Instituto Nacional de Estadística obrantes en las *Notas de Prensa* de 2012 -pág.9- último año del que encontramos datos publicados en el momento de realización de este trabajo.

⁸³ FEIJOO, B., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, cit., pág.165.

⁸⁴ CUESTA, J. L.y San Juan, C., *Menores Extranjeros Infractores en la Unión Europea*, cit., pág.24.

nores con más necesidades de integración son a los que se les impone de manera más asidua la medida de internamiento, lo que se ha definido ya como la *sobre-representación*⁸⁵ de los menores extranjeros entre los receptores de las medidas más severas previstas en el ordenamiento jurídico español.

Esta mayor tendencia al internamiento entre las medidas impuestas a los menores inmigrantes puede ser una muestra de la falta de creencia general en las posibilidades de un tratamiento reeducativo y reintegrador para estos jóvenes. Por todo ello la problemática que abordamos no es una cuestión pacífica y la relación entre delincuencia juvenil e inmigración está presente en nuestro sistema, hasta el punto 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 penal⁸⁶ al manifestar una indiscutible mayor vulnerabilidad⁸⁷.

Acerca de este criterio la Fiscalía General afirma con rotundidad en la Memoria de 2012 que resulta frecuente que en un contexto de pobreza o marginalidad surja la delincuencia juvenil⁸⁸ al encontrarse el menor ante un conflicto de carácter cultural, social, y en un entorno hostil que funciona como factor de riesgo al que se exponen en mayor medida los menores extranjeros. Podríamos afirmar entonces que ante estos factores estos menores a su vez son víctimas también de la situación que les obligó a cometer el delito⁸⁹, y que en muchos casos su criminalidad es consecuencia de la situación de desprotección absoluta en la que se encuentran, lo que incluso también favorece que existan mafias que se aprovechen de la situación y

⁸⁵ *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, y de forma preventiva sufren este tipo de internamiento -veasé Cuesta, J. L. y San Juan, C., *Menores Extranjeros Infractores en la Unión Europea*, cit., pág.33.

⁸⁶ SERRANO, A., *Delincuencia Juvenil y Movimientos Migratorios*, cit., pág.413.

⁸⁷ VÁZQUEZ, C., *La Justicia Penal Juvenil en Europa*, cit., pág.91.

⁸⁸ Pág.1077.

⁸⁹ GALATSOPOULOU, F., *Delincuencia Juvenil y Discriminación de Menores*, en Vargas, D. (coord.), *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil*, Vol. I, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla 2008, pág.396.

utilicen a estos menores para cometer delitos, sobre todo contra el patrimonio⁹⁰.

Esta relación del delito con la precariedad y necesidad económica⁹¹ vuelve a ser aludido cuando se afirma que, pese al manifiesto 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 últimamente⁹². 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, los trastornos disociales, así como el abuso en el consumo de drogas tóxicas y estupefacientes⁹³.

En relación con este problema un 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 persona⁹⁴, y es por este motivo por el que entiendo que desde los tribunales se debería de reforzar aquellas medidas que no imponen al menor un aislamiento familiar y de su entorno.

Pero esta tendencia al internamiento entre las medidas impuestas a los menores extranjeros, y la consecuente falta de creencia que se pone de manifiesto hacia las posibilidades de un tratamiento reeducativo y reintegrador para estos jóvenes, va a ser uno de los argumentos

⁹⁰ SERRANO, M. D. y VÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Juvenil*, Ed Dykinson, Madrid, 2007, pág.12.

⁹¹ 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 -veasé Bernuz, M. J., *La Justicia de Menores entre las Tendencias Europeas*, en Vargas, D. (coord.), *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil*, Vol. I, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pág.303.

⁹² Memoria de las Fiscalía General del Estado de 2012, pág.954.

⁹³ *Idem.*, pág. 955.

⁹⁴ CARRERAS, R., *La Familia como Contexto de Desarrollo*, en Navarro, J. I. y Ruiz (coords.), *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág.391.

que voy a reproducir en las Conclusiones Personales que para terminar voy a exponer en el siguiente Apartado.

3. CONCLUSIÓN PERSONAL.

A modo de conclusión considero que el *principio de igualdad* 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, y que éste resida legalmente o no en España.

a) Para empezar y si aludimos a los adultos, independientemente de que podamos tener mayor o menor esperanza en el efecto resocializador de la condena⁹⁵ y a que no podamos ignorar el cuestionado efecto reintegrador de una condena penal para quien está en situación irregular⁹⁶, no considero correcto dar por hecho *a priori* la imposibilidad de reinserción social para un extranjero.

A mi juicio no podemos trazar un patrón común, ya que los países de origen de los extranjeros ilegales y sus circunstancias económicas y sociales son de lo más diversas, de forma que en algunos supuestos la expulsión no puede ser considerada una sanción sino más bien un beneficio, mientras que para otros, cuyo país de origen presenta situaciones de extrema pobreza y necesidad, la expulsión tiene un efecto sumamente perjudicial. En definitiva, lo que para uno puede resultar un premio, la evitación del ingreso en prisión, para otro puede suponer un castigo aún mayor que la prisión; y es cierto que no resulta claro qué clase de ponderación se exige al tribunal, si acordar la expulsión cuando aflige más o cuando aflige menos la prisión⁹⁷.

Por ello considero que ante una actuación delictiva tendría que acudirse a un criterio común entre nacionales y extranjeros que imponga el cumplimiento de las condenas, independientemente además, a que en su ejecución pudieran ser de aplicación los beneficios legal-

⁹⁵ Ya que algunos autores -veasé, García, M., *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi Pamplona, 1997, pág.238; o Thomas, G., *La Intervención del Juez Penal en el Internamiento Preventivo del Extranjero*, cit., pág. 97- cuestionan el efecto resocializador de las condenas de corta duración a tenor de que no hay margen temporal para el tratamiento penitenciario y exponen al interno a la contaminación, sobrecargando además los establecimientos penitenciarios.

⁹⁶ ASÚA, A., *La Expulsión del Extranjero como Alternativa a la Pena*, cit. pág.20.

⁹⁷ TAMARIT, J. M, *La Victimización de los Inmigrantes*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Núm.13, 2011, pág.14.

mente establecidos para la sustitución o suspensión de condena. Una corriente doctrinal halla incluso un efecto criminógeno si se sustituye imperativamente y como regla general la prisión por expulsión⁹⁸, por conllevar la expulsión una pérdida inmediata del efecto disuasorio de la pena⁹⁹, y coincido con esta valoración para el caso que apuntábamos del extranjero que no proviene de un país sumergido en la pobreza y para el que la decisión de emigrar ha sido más bien un opción para mejorar que una huída por necesidad extrema. A este respecto no puedo dejar de estar de acuerdo con la Fiscalía General cuando afirma en su Circular Núm.5/2011 que no debería de proceder la sustitución por la expulsión cuando la gravedad del delito elimine el efecto disuasorio de la condena penal provocando que el extranjero entienda que con la expulsión su infracción quedará sin castigo¹⁰⁰. En cambio, el carácter conminatorio de la pena que ya hemos reconocido estaría más presente que nunca en aquellos casos en los que la emigración se plantee por cuestiones de necesidad, en los entiendo que el carácter preventivo general de la expulsión que estará garantizado.

Es por lo que para evitar la posibilidad de que ante la comisión de un mismo hecho si el sujeto es extranjero sin residencia legal sea expulsado y si es nacional o residente legal sea llevado a prisión, y sin poder determinar de una manera homogénea para los afectados por esta expulsión si la misma va a suponer un castigo o un beneficio -con la consecuente intensificación del efecto preventivo general para el primer caso y la inevitable pérdida de ese efecto para el segundo; desde estas líneas apunto la necesidad de un sometimiento igualitario al sistema punitivo tanto para el español como para el extranjero¹⁰¹.

⁹⁸ ASÚA, A., *La Expulsión del Extranjero como Alternativa a la Pena*, cit. pág.55.

⁹⁹ CUGAT, M., *La Expulsión de Extranjeros. Política Migratoria y Funciones de Derecho Penal*, en *Derecho y Proceso Penal*, Núm.6, 2001, pág.27.

¹⁰⁰ Según se recoge la pág. 93 de la citada Circular Núm.5/2011, «No procederá la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza y gravedad del delito, conduzca a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen».

¹⁰¹ Y ello independientemente eso sí, de la posible aplicación de los artículo 5 y ss. del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas realizado en Estrasburgo el 21 de Marzo de 1983, ratificado por España el 18 de Febrero de 1985, siendo un instrumento de auxilio en la cooperación judicial penal al tener por objeto el traslado de extranjeros hacia su país de origen para el cumplimiento de una condena privativa de libertad; o de cualquier otro Convenio de aplicación suscrito con el país de origen que permitiera el cumplimiento de la condena en el país del que es nacional el extranjero.

En definitiva considero que el Derecho Penal debe ser incompatible con el sometimiento de este Derecho a fines más relacionados con la política de extranjería y de administración penitenciaria, y por este motivo coincido cuando se apunta que el Derecho Penal es incompetente para la resolución de problemas de origen sistémico¹⁰². A mi juicio cualquier otra solución no deja de aportar un trato desigualitario ante los tribunales que no encuentro justificado ni siquiera por razones de política carcelaria, y también a la conculcación de las garantías que han de inspirar el Derecho Penal tanto para los procesados como para las víctimas, como más allá, para la sociedad en general y los Bienes Jurídicos protegidos por ese Derecho.

Cuando como hemos visto se equipara la imputación penal a la expulsión a mi entender se está fomentando la visión de que el inmigrante ilegal, en cuanto individuo a controlar por el Derecho Penal, es criminal y sus hechos son crímenes¹⁰³, así como a la identificación de la delincuencia con el colectivo marginal y no como a sujetos integrados socialmente¹⁰⁴.

Y es por lo que *lege ferenda* apuesto por un proceso penal igualitario en el trato a los imputados haciendo que esa equidad trascienda al cumplimiento de las condenas correspondientes y a la recuperación de la confianza en el efecto reintegrador de las penas, independientemente a la evolución también de los procesos administrativos correspondientes, siendo en este último ámbito administrativo donde considero que la medida de expulsión tendría que recuperar su total proyección.

b) En lo referente ahora a las medidas a imponer al infractor penal extranjero cuando es menor de edad no encontramos prescripción legal alguna que apunte de manera expresa hacia la necesidad de imponer a estos menores 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.

¹⁰² NAVARRO, F., *Expulsión «Penal» de Extranjeros: Una Simbiosis de Derecho Penal «Simbólico» y Derecho Penal del «Enemigo»*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Núm. 17, 2006, pág.3.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, M. J., *El Sistema Penal ante el Reto de la Inmigración Clandestina. Funciones Instrumentales y Simbólicas*, en Serta In Memoriam Alexandri Baratta, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág.843.

¹⁰⁴ GARCÍA, M., *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pág.31.

Al respecto considero 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. Así mismo entiendo indiscutible que, en la correcta aplicación de todos los preceptos estudiados, se imponga con más asiduidad la medida de internamiento en aquellos menores extranjeros siempre que esta elección responda a que en efecto este internamiento es lo mejor para sus intereses.

Por todo lo anterior a la hora de analizar el entorno del menor y sus posibilidades de reintegración social 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 menores nacionales. En este 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 ayuda 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 asegura 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 es el que verdaderamente 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.

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 acudir 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 cár-

cel¹⁰⁵, en el caso de los menores, entiendo que antes de elegir la medida sancionadora hay que analizar el entorno del menor y si la medida propuesta resulta válida para su recuperación, utilizándose además los mismos parámetros entre los menores infractores nacionales y los no nacionales. Tengamos en cuenta que excluida la posibilidad de utilizar la expulsión como medida sancionadora para el menor, aún queda por plantearnos la idoneidad de la medida de internamiento. A mi juicio, 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 penal¹⁰⁶, 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, e independientemente claro está, a la evolución también de los procesos administrativos correspondientes cuyo ámbito legal no creo que deba mezclarse con el ámbito penal que nos ocupa.

En definitiva coincido cuando se apunta 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 crímenes¹⁰⁷. Más concretamente para el caso de los menores, independientemente de su nacionalidad, valoro la importancia de la educación, de un proyecto personal y del refortalecimiento de la familia y de su entorno cercano como marco de referencia, como estrategias esenciales para su tratamiento como infractores.

¹⁰⁵ 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*».

¹⁰⁶ 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 - según ASÚA, A., *La Expulsión del Extranjero como Alternativa a la Pena*, cit., pág.55.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ, M. J., *El Sistema Penal ante el Reto de la Inmigración Clandestina*, cit. pág. 843.

Es cierto que 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 LORPM¹⁰⁸.

Por estos motivos coincido con 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 educativos¹⁰⁹. Incluso valoro que lo más probable es que cuanto más intensa sea la intervención jurídico penal, más negativa puede ser dicha influencia¹¹⁰.

De forma que no puedo dejar de estar de acuerdo con Prittwitz cuando afirma que *mínimo Derecho penal de menores: el mejor*¹¹¹, 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 conducen hacia el delito, potenciando para ello las medidas alternativas al internamiento y recuperando la confianza perdida en la prevención especial positiva y en la recuperación del menor y de su contexto social y familiar, llegándose así a la raíz del problema que nos ocupa y a la eliminación real de las causas que motivan la delincuencia juvenil.

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 por el marcado componente de desarraigo e inestabilidad, ese tratamiento y la imposición de medidas habría además de realizarse con especial atención hacia las cir-

¹⁰⁸ CERVELLÓ, V. y COLÁS, A., *Novedades Legislativas del Derecho Penal del Menor*, en Vargas, D. (dir.), *Actas del II Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil*, Vol. II, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pág.80.

¹⁰⁹ *Idem.*, pág.77.

¹¹⁰ FELJOO, B., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, cit., 165.

¹¹¹ PRITTWITZ, C., *La Justicia Penal de Menores en Alemania...*, cit., pág.35.

cunstancias 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 que este tiene para los jóvenes. Teniendo en cuenta además la 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.

Pero en tanto en cuanto 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 de los adultos, y más acorde con el ámbito social y pedagógico que motiva esa delincuencia, es necesario 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 recurso hacia el internamiento, deberá apostar por la aplicación de aquellas otras medidas legalmente establecidas que puedan intervenir directamente sobre las carencias que conducen a estos jóvenes hacia la delincuencia.

A mi entender el tratamiento de los menores infractores debería alejarse de un modelo penal y acercarse a un modelo puramente asistencial y educativo con el que la sociedad tome conciencia y se involucre en la resolución de aquellos problemas juveniles en los que germina la delincuencia ya que ante estos menores adquiere una significación esencial la importancia de la educación, de un proyecto personal y del refortalecimiento de la familia y de su entorno cercano como forma de potenciar un fructífero marco de referencia. En cambio la respuesta de nuestro 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 forma 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 que el derecho juvenil va perdiendo especificidad y se aleja del ideal educativo que en su origen inspiró la LORPM¹¹².

Resumidamente para mí la intervención penal sobre los menores está desproporcionada, consiguiéndose así una judicialización del sistema que interviene en el tratamiento de sus infracciones cuando

¹¹² Según refieren autores como CERVELLÓ, V. y COLÁS, A., *Novedades Legislativas del Derecho Penal del Menor*, cit., pág. 80.

verdaderamente lo que se requeriría sería la imposición de medidas de carácter pedagógico que prioricen la corrección de los posibles procesos defectuosos de aprendizaje social del infractor, y con ésto, su correcta integración en la sociedad. Aunque independientemente a este debate, sin lugar a dudas de mayor calado, lo que resulta indudable es que la elección del régimen sancionador a aplicar al menor infractor debería ser el mismo ya éste sea nacional, ya sea extranjero, por la necesidad de un cumplimiento escrupuloso del *principio de igualdad* ante los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- AMARIT, J. M. (2011). *Comentarios al Código Penal Español*. Pamplona: Aranzadi.
- 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», en *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.
- BRANDARIZ, J. A. (2007). «Política Criminal de la Exclusión». *El Sistema Penal en Tiempos de Declive del Estado Social y de Crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares.
- 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.

- CANCIO, M. (2005). *La Expulsión de Ciudadanos Extranjeros sin Residencia Legal*. En el Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas.
- CANO, M. A. (2002). «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV, 285-317.
- (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.
- CERES, J. F. (2005). «Las Reformas Penales en la Fase de Ejecución de Sentencias Penales». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3.
- CEREZO, J. (1993). *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*. Madrid: Tecnos.
- 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.
- CORCOY, M. y MIR PUIG, S. (2011). *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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», en *Derecho y Proceso Penal*, 6.
- 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.
- (2007). «Retribución y prevención general». *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 20, 87-110.

- (2008). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ, J. G. (2006). «La Criminalidad de los Inmigrantes. Aproximación Criminológica y Conciencia Social frente al Fenómeno». *Revista Gallega de Seguridad Pública*.
- FLORES, F. (2002). *La Expulsión del Extranjero en el Código Penal Español, Inmigración y Derecho Penal. Bases para un Debate*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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.
- GRACIA, L. (1996). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUISASOLA, C. (2010). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- IZQUIERDO, F. J. (1997). «Naturaleza Jurídica de la Sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal». *La Ley*, 4403.
- JIMÉNEZ, E. (1994). «Extranjeros en Prisión». *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 7.
- LUZÓN, D. M. (1996). *Curso Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Universitas.
- MANZANARES, J. L. (1993). «Perspectivas de Futuro: Arresto de Fin de Semana y Multa por Cuotas». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 9.
- 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.

- MARTÍNEZ, M. (2009). «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar», en *Indret*, 3. Indret.com.
- MONCLÚS, M. (2008). *La Gestión Penal de la Inmigración*. «El Recurso al Sistema Penal para el contra de los Flujos Migratorios». Barcelona: Del Puerto.
- MUÑOZ, J. (2004). «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.
- MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 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.
- PEITERADO, P. (2000). *La Ejecución de las Condenas Privativas de Libertad*. Madrid: Edersa.
- PORTILLA, G. (2004). «El Derecho Penal y Procesal del “enemigo”. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros Internos-Externos», en *Dogmática y Ley Penal*. Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo, I. Madrid: Marcial Pons.
- 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, C. (2003). «Los Extranjeros en Prisión», en F. DE LEÓN, *Derecho y Prisiones Hoy*. Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha.
- RODRÍGUEZ, J. L. (1995). «Las Expulsiones con Intervención Judicial en la Ley de Extranjería». *Cuadernos Jurídicos*, 28.
- RODRÍGUEZ, M. J. (2004). «El Sistema Penal ante el Reto de la Inmigración Clandestina. Funciones Instrumentales y Simbólicas», en Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- (2006). «La Expulsión del Extranjero en el Ordenamiento Jurídico Español. Una Valoración Crítica», en *Inmigración y Sistema Penal. Retos y Desafíos para el Siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- SÁEZ, R. (2005). «Inmigración Clandestina, “Mafias” y Luchas contra los Pobres. Un Tipo Penal Indecente». *Revista Jueces para la Democracia*, 54.
- SALAS, D. (1998). «La delinquente des mineurs. Problèmes politiques et sociaux», en *Problèmes politiques et sociaux- La documentation française*, 812, 78-84.
- SALINERO, S. (2011). «La expulsión de extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una Posibilidad en Chile». *Política Criminal*, 6-11.
- SÁNCHEZ, I. (1996). «El Sistema de Penas». *La Ley*, 4012,2. SERRANO, A. (2002). «Delincuencia juvenil y movimientos migratorios». *Actualidad Penal*, 16, 399-413.
- SERRANO, M. (1996). *Especial Monográfico del Código Penal: Comentarios y Notas*. Madrid: Trivium.
- 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.
- SOUTO, E. M. (2007). «Algunas Notas sobre la Función del Derecho Penal en el Control de los Flujos Migratorios: especial referencia a la medida de expulsión», en *Derecho Penal de Excepción: terrorismo e inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- TAMARIT, J. M (2011). «La Victimización de los Inmigrantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 1-22.
- TERRADILLOS, J. M. (2006). «Inmigración, “mafias” y Sistema Penal. La Estructura y la Pátina», en L. R. RUIZ, *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*. Madrid: Bomarzo.
- THOMAS, G. (1994). «La Intervención del Juez Penal en el Internamiento Preventivo del Extranjero», en *Extranjeros. Cuadernos de Derecho Judicial*, 97.
- URBANO, M. E. (2001). *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Navarra: Aranzadi.
- VÁZQUEZ, C. (2008). «La justicia penal juvenil en Europa: convergencias y divergencias», en Vargas, D. (coord.). *Actas del II Sympo-*

sium 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.

