



Facultat de Ciències Jurídiques  
i Econòmiques · **FCJE**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

---

**LEGISLACIÓN EN MATERIA DE MINORÍA DE EDAD. EL PAPEL DEL  
MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN LA ESFERA JURÍDICA Y  
DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL**

---

*Presentado por:*

**Maria Beatrice Dutescu**

*Tutor:*

**Javier Zaldívar Robles**

---

**Grado en Criminología y Seguridad**

Curso académico 2019/20

---

## ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	2
<b>EXTENDED SUMMARY</b> .....	3
<b>RESUMEN</b> .....	8
<b>ABSTRACT</b> .....	9
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	10
<b>2. EL MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y PENAL</b> .....	11
2.1. La Constitución de 1978 y sus directrices en materia de la minoría de edad.....	12
2.2. Referencia al Código Penal de 1995 y su propuesta acerca de la edad del menor.....	13
<b>3. ANTECEDENTES DE LA LORPM 5/2000 EN ESPAÑA Y SUS PUNTOS CARACTERÍSTICOS</b> .....	14
3.1. El modelo tutelar y sus reglas de juego.....	15
3.1.1. La inconstitucionalidad de los Tribunales Tutelares.....	16
3.2. Legislación en materia de protección de menores del 1996.....	17
3.3. Planteamiento y claves de la LORPM 5/2000.....	18
3.3.1. Interés del menor.....	19
3.3.2. Justicia garantista: desjudicialización y desinstitucionalización. ....	19
<b>4. EL ALCANCE INTERNACIONAL DEL SIGLO XX EN MATERIA DE LEGISLACIÓN DE MENORES</b> .....	20
4.1. Beijing y Reglas mínimas.....	21
4.2. Naciones Unidas y los derechos del niño.....	21
4.3. Breve referencia a Europa y sus recomendaciones sobre la delincuencia juvenil.....	23
<b>5. LA SITUACIÓN DE LOS MENAS EN ESPAÑA. ALCANCE JURÍDICO Y LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	24
5.1. Aproximación al término de menor extranjero no acompañado y su relación con la delincuencia.....	24
5.2. El paso del menor extranjero no acompañado por la justicia española: desde la entrada en territorio español hasta su posible expulsión.....	26
5.2.1. La importancia del interés superior del menor siendo este extranjero y no acompañado.....	26
5.2.2. La migración, ¿es un derecho fundamental? Análisis del artículo 10.1 de la CDN.....	27
5.2.3. La repatriación versus la expulsión. ¿Está prohibida la expulsión de los menores extranjeros no acompañados en España?.....	29

5.3. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS.....	30
5.4. Reacción del sistema español y sus prestaciones: tratamiento que recibe el menor en las instituciones públicas.....	32
5.4.1. La situación de desamparo y la de riesgo.....	33
5.4.2. Especial referencia al alojamiento en la Comunidad Autónoma de Madrid y Cataluña.....	34
5.4.3. Los menores extranjeros no acompañados “invisibles” para el sistema de protección.....	35
5.5. Extranjería y derechos fundamentales desde el punto de vista ético. El caso de Ceuta y Melilla.....	36
<b>6. NOVEDADES Y RETOS EN MATERIA DE JUSTICIA Y PROTECCIÓN DE MINORÍA DE EDAD. ESPECIAL ENFOQUE EN EL CASO DE LOS MENAS.....</b>	<b>38</b>
6.1. Los problemas más destacados en el sistema nacional de la infancia y las posibles soluciones.....	39
6.2. Vivir en un centro de internamiento. Entrevista al director de un Centro de menores.....	40
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....</b>	<b>45</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950
<b>CP</b>	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<b>LOEX</b>	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LORPM</b>	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
<b>LTTM</b>	Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de Junio de 1948
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo

## ***EXTENDED SUMMARY***

The juvenile justice has lately become a significant field of study especially in those countries that have a historical tradition in regularizing this aspect. The goal of this article starts with an explanation of juvenile justice in Spain from its origins and continues with the presentation of the real situation about the unaccompanied foreign minor in the justice and protection system.

During the 20th century, the Spanish legal system changed every time the Constitution was reformed. In the meantime, the Criminal Code experienced many changes concerning the age of immaturity. In some particular cases, minors were little differentiated from adults and justice was almost the same for both.

The solution to this problem has been given by the approval of the Organic Law 5/2000 Of 12 January Governing The Criminal Liability Of Minors with a clear orientation towards the education and reintegration of these young people. This is considered the overcoming of the Francoist decades and the insufficiencies of the existing courts in that period. This Law of 2000 follows the steps of the 1995 Criminal Code regarding the age<sup>1</sup> of a delinquent who can be punished according to it. Structurally, the Organic Law of 2000 represents an innovative guide to offer (to the minor who commits crimes) the deserved punishment, without disproportions and inadequate treatment.

The main keys of the mentioned Law are lead to a guaranteed juvenile justice, where the protagonists are the minors, whether or not they have Spanish nationality . That justice is configured as a flexible one which is something characteristic that differentiates the procedure of minors from that of majors (after eighteen years old).

Spain, as a civil and democratic state, as many others in Europe, ratified the United Nations Convention on the Rights of the Child and another European documents as shown below in this work. The Convention marks, in the first article, the definition of a child. Most compelling evidence of the importance of the Convention as a legal obligation for the Spanish country is presented in the second and third article of the United Nation text. The main idea of this it is the prohibition of discrimination in all areas related to the responsibility of those states that have ratified the documents to

---

<sup>1</sup> Art. 19 of Criminal Code of 1995: "Those under the age of eighteen years shall not be criminally accountable pursuant to this Code. When a minor under that age commits an offence, he shall be held accountable pursuant to the terms set forth in the law regulating the criminal accountability of minors".

ensure that a child cannot be treated differently because of his nationality, race, ethnicity or religion.

Hand in hand with law development for minors in Spain comes the migratory flow of them, especially of those who crossed the border without being accompanied by an adult. The public institutions face now challenges around how to manage the high number of unaccompanied minors in the country coupled with the respect of human rights. It is necessary to assume that children, because of their vulnerability, are the weakest victims of human rights abuses in both developing and more developed countries.<sup>2</sup>

To sum up, legislative works can play a critical role in covering human rights, including the rights of migrant children. The countries that prioritize these rights must find the means to cope with the migratory flow. Most of the problems arise when the interests of sovereignty and the political ones are mixed with the struggle for the rights of foreignness.

At this instant, it exists an increasing recognition in international law that the successful management of the migration flow requires a special attention and work for the implementation of those rights.<sup>3</sup>

This work will try to offer an overview of the early situation of unaccompanied foreign minors within the Spanish territory, situation related to the attitude of public institutions that deal with their protection in accordance with their best interest.

First of all, the best option to trot out a real vision of the migratory phenomenon of children in Spain is done by eliminating stereotypes. The Integrated threat theory relates the fact of being a foreigner with the commission of a crime. Thus, many of the unaccompanied minors are arrested more often by the police, although they are not guilty. This is explained by the human sciences, including the multidisciplinary science of criminology. But the reality is different. Statistics show that the majority of delinquents between fourteen and eighteen years old are Spanish and not from Central

---

<sup>2</sup>Suggested by Odello in ODELLO, M. (2007). Unaccompanied Minors: Rights and Protection. *International Journal of Refugee Law*, 19(4), 779-782.

<sup>3</sup> Suggested by Newland in NEWLAND, K. (2010) 'The Governance of International Migration: Mechanisms, Processes, and Institutions', *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 16/3: 331-43.

and South Africa, being these ones a part of the groups that usually suffer stigmatization.<sup>4</sup>

It is also essential, when dealing with these topics, to be clear on the understanding of some concepts that can cause confusion. For this reason, this piece of work will also mention the difference between risk and homelessness situation of the unaccompanied foreign minor. The difference is found in the Organic Law of Legal Protection of Minors of 1996 and in the Spanish Civil Code.

Furthermore, another aspect where controversies are not lacking is the case of the expulsion of the minor, a word that is not synonymous with repatriation. The Spanish Constitution of 1978 was created at a time when the wave of immigrants has not begun to arrive in the country yet. In its text it is not found a ban preventing the expulsion of children from another states or of those who are unaccompanied. Even so, with the reference to international texts, it limits the expulsion of unaccompanied minors. The European Convention on Human Rights mentions, in two of its articles<sup>5</sup>, the prohibition of torture and the respect for family life, rights that cannot be infringed by expulsion. As for the repatriation, what Spain has to do is to identify the unaccompanied minor, contact his family and guarantee that returned minors will not be repatriated to conflict zones or risk situation.

Given these points, this article includes a brief description about the procedure followed by Spanish Public Institutions which establishes how the administration must act when is facing a case of an unaccompanied minor. One of the most difficult aspects has to do with the decision to apply the Action Protocol, since the age determination of the minor is often a ticklish problem.

Equally important is to empathise that the Autonomous Regions from within civil society operate in a different way regarding to migration. It is the case of Madrid and Barcelona, that adopt distinct strategies for institutions' tutelage. That is like an affirmation of competence of an Autonomous Community to regulate its internal legislation, all approved by the Constitution. It will be highlighted in this piece of work in terms of minors' lodging accommodation. If in Madrid foreign children receive a shared treatment, living in common spaces with other Spanish children in a situation of

---

<sup>4</sup> Ideas collected from Barbulescu, R., & Grugel, J. (2016). Unaccompanied minors, migration control and human rights at the EU's southern border: The role and limits of civil society activism. *Migration Studies*, 4(2),253-272.

<sup>5</sup> Art. 3 and 8 of the European Convention on Human Rights.

helplessness, in the Autonomous Community of Catalonia, things are different. The unaccompanied foreign minors are transferred to specific places, designed for their particular case. Grugel affirms that “the distinction between service-delivery civil society and independent organizations is a crucial one where human rights are concerned”.<sup>6</sup> This can serve as an argument for the criticisms of the child protection system that were made and that continue to be made in this country.

By now, even if Spain has already a tradition in signing international arrangements defending human rights, many problems of the protection system still unresolved. One of the current problems is the abandonment of protection services. It is known that if minors leave the system, their situation is no longer a topic of interest for the administration. The leading cause of abandonment is the breach of expectations. When children arrive in the country, the reality is very different from what they thought. Thereupon, reception centers are not the most appropriate spaces to fulfill dreams.

In this way, this work reflects the invisibility of these minors for the actions of the public authorities. They become visible again when they are going to be arrested for committing criminal acts or when other people will report their behaviour. Crime usually represents an easier way to get what they really want when they leave the country of origin.

Afterwards, another of the aspects that will be dealt with is the other side of the juvenile centers. It's important to mention UNICEF's work in the investigation of the living conditions of unaccompanied minors in the two autonomous cities of Spain. When Autonomous Regions have to rely on their own resources, problems do not stop appearing. The lack of coordination does not only affect the institutions, but also it affects the children whose rights remain confined in the shadow.

In 2019, UNICEF's study shows reality as it is: overpopulated youth centers, lack of basic resources, little or no education provided to these children and an absence of responsibilities in the investigation of their personal circumstances. In essence, for all this, UNICEF has a main recommendation. It is about the solidarity between the different regions of the country with the general support of the Spanish state.

---

<sup>6</sup> GRUGEL, J., & PERUZZOTTI, E. (2010). Grounding global norms in domestic politics: Advocacy coalitions and the convention on the rights of the child in argentina\*. *Journal of Latin American Studies*. Retrieved from de: <https://doi.org/10.1017/S0022216X10000040>

On the whole, some current system failures will be specified in this following work, in order to introduce the last point about the challenges of justice and child protection.

As for the juvenile justice system, the most important decisions are based on how the public institutions perceive the responsibility according to the minor's behaviour. That is why it is indispensable to know what are the personal and family circumstances of the child before arriving in the destination country. Many times, his previous situation is the motivation to commit criminal acts.

As for the protection system, if some of the problems about age determination have already been solved, there are still many difficulties. The system faces now with the minors transition to adulthood. Consequently, it is necessary to instill in them elementary values from the beginning. Values that have to be respected by those responsible for its implementation. For both justice and protection issues, UNICEF points out that one of the best options would be the creation of a national plan linked to system weaknesses, especially in cases of unaccompanied foreign minors. In other words, UNICEF's guide follows the steps of the United Nations Convention with an individual application to each case.

It's important to realize that in the age of widespread development, the legislation remains the same as decades ago. Under those circumstances, if the above problems still appear, something must be done from the central base. Neither the Organic Law of Legal Protection of Minors of 1996 nor the Organic Law Governing The Criminal Liability of Minors of 2000 regulate immigration as a separate issue. This is only mentioned as one of the existing circumstances. According to this, in both texts, some articles should be modified and also a wide reference to the phenomenon of foreigners should be made. Then, the next step would be the coordination between State and Autonomous Communities in ensuring an integral protection to the child, although he leaves the system.

Granted that, these changes suggested by UNICEF are focused from a long-term perspective and nowadays, some of the points of the plan do not seem to be achievable in the near future. That happens due to the lack of resources, the slowness of the legislative system and other aspects that remain unbeatable.

Therefore, this piece of work will focus on some aspects related by a person who has daily contact with minors, observing the development of them within the protection



system. All this in the hope that the future readers of this articles will build truthful thoughts about how is the life in some centers, far from stereotypes.

One of the major challenges of the juvenile system is the provision of some living conditions and care plans for those minors who live for months to years in juvenile centers. This challenge leads to another primary one: the integration of the child in that place taking into account the respect for their human rights. As has been noted, the debate on minors or children's rights has become a social phenomenon in many countries, including Spain, all with the greatest influence of the United Nations Convention of 1989 which is considered the main instrument of the global children's rights industry.<sup>7</sup> For this reason, the opinion of someone who tries, day by day, to make this possible is considered very important for the theme of this work. The final conclusions will mirror all the aspects mentioned so far.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como principal objetivo explicar, desde un enfoque jurídico, la figura del menor de edad dentro de la legislación, tanto de carácter nacional como internacional, como se indica en el título. En síntesis, se abordará una perspectiva acerca de la evolución de la legislación penal española que ha tenido una fuerte repercusión en la regulación de la minoría de edad por una ley individual y se explicará la influencia de los diferentes documentos internacionales sobre la motivación del legislador español de ofrecer un lugar especial al menor de edad dentro de sus escritos.

Después de clarificar el objetivo mencionado, se otorgará una gran importancia al fenómeno migratorio de la minoría de edad, especialmente de aquel menor que llega en el territorio español de manera irregular y sin acompañantes, denominado MENA.

En los últimos quince años, el flujo migratorio infantil ha aumentado y los países destino han necesitado elaborar una normativa que abarque el estudio del inmigrante, sus circunstancias de cualquier índole y las causas que motivan dicha inmigración. En ese contexto, en España, como uno de los países de destino desde hace dos décadas, se ha tenido que fomentar una actuación de los poderes públicos en línea con el interés superior del menor.

---

<sup>7</sup> Denomination by Reynaert in Reynaert, D., Bouverne-de-Bie, M., & Vandeveldde, S. (2009). A review of children's rights literature since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child. *Childhood*, 16( 4), 518-534.

Por consiguiente, en el presente estudio se dilucidarán algunos aspectos que provocan confusión acerca de los derechos del menor extranjero no acompañado y, análogamente, se presentarán casos de actualidad y reales que explican mejor el tratamiento de éste por los encargados de su protección.

Para terminar, se tratará de ofrecer una visión de futuro sobre el papel que ocupa el centro de internamiento en la reinserción del menor en la sociedad, desde el punto de vista de un profesional y, adicionalmente, se plantearán las nuevas propuestas del Gobierno sobre la tutela de menores extranjeros no acompañados.

**Palabras clave:** legislación penal, menor, MENA, países destino, flujo migratorio, interés superior del menor, derechos del menor, centro de internamiento, reinserción.

### **ABSTRACT**

The main objective of this article is to explain, from a legal perspective, what does the minor represent for both national and international legislation, as indicated by the title. By way of summary, it will be addressed a perspective on the evolution of Spanish criminal legislation that has had a strong impact on the regulation of minority by an individual law, with the mention of different international documents. These legal documents explain the motivation of the Spanish legislator to offer a special place to the minor within his writings.

After clarifying the aforementioned objective, great importance will be given to the migratory phenomenon of the minors, especially that minor who arrives in the Spanish territory irregularly and unaccompanied known as unaccompanied foreign minor.

In the last fifteen years, the migration flow of children has increased and the destination countries have had to develop regulations that embrace the study of immigrants, all kinds of circumstances and the reasons that motivate them to immigrate. In that context, in Spain, as one of the destination countries for two decades, it has been necessary to encourage the acting of public authorities according to the best interests of the child.

Consequently, in the present study, it will be tried to clarify some aspects that cause confusion about the rights of the unaccompanied foreign child and, similarly, some real and current cases that explain better the treatment of this child by the people responsible for his/her protection.

In the end, from the point of view of a professional, it will be tried to offer a future vision of the role of the detention center in the reintegration of the minor into society

and, furthermore, it will be raised the New Government proposals on the guardianship of unaccompanied foreign minors.

**Keywords:** criminal legislation, minor, unaccompanied foreign minor, destination countries, migration flow, best interests of the minor, rights of the minor, detention center, reintegration.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La minoría de edad, en España, es un tema que a partir del año 2000 ha evolucionado dentro del aspecto legal y práctico de las instituciones cualificadas para tratar con los sujetos que reúnen esas características en cuanto a la edad. Aún así, en la Edad Contemporánea, donde el foco de acción ha de consistir en el pleno respeto a la eticidad, siguen ocurriendo, sobre todo en el ámbito de la extranjería e inmigración, casos que denotan que no se han superado los pensamientos del pasado.

La elección del presente tema para la realización del trabajo de final de grado en criminología, viene motivada por la necesidad de conocer como se ha desarrollado, paso a paso, la legislación para los menores de edad que siglos anteriores se les otorgaba un tratamiento similar que a los adultos, independientemente de sus características. En adición, la elección del tema se dirige también por la importancia destacada de la situación creada por los movimientos migratorios en el territorio español, situación que desvela muchas secuelas existentes en la legislación de menores, causadas por los descuidos del sistema de protección en materia de la vinculación con las normas internacionales.

En este tenor, el objetivo primordial del trabajo consiste en ofrecer un enfoque deductivo, de naturaleza jurídica, desde la aproximación a la normativa española hasta las últimas novedades en materia de protección de los menores (estudios Unicef), especialmente de aquellos en situación de desamparo e inmigrantes, tratando de encontrar posibles soluciones a los fallos despóticos del sistema. Los principales puntos, entre otros, sobre los que se va a trabajar son los siguientes:

1. La anterior inconstitucionalidad de las instituciones de menores hasta la realidad actual.
2. El aumento del número de menores inmigrantes en el país y la reacción del sistema.
3. Las soluciones para superar los fracasos de las instituciones para los menores aspirantes al “sueño europeo” en España.

Además del enfoque en los tres puntos anteriores, es muy importante y actual describir el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, de aquí en adelante MENAS, protocolo elaborado en España en el año 2014, según el que se han de guiar las instituciones encargadas de la protección de los ya mencionados. Tal descripción se realizará en el presente cuerpo del trabajo y, por esta razón se presentará, de manera sucinta, la situación actual en dos de las CCAA más pobladas de España.

En las primeras páginas del trabajo, el lector podrá observar lo influyentes que son los documentos internacionales ratificados por España, ya que, a partir de ellos, el legislador español elabora, en el año 2000, tras muchas otras iniciativas fallidas, el texto de una Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM). De modo semejante, a esta elaboración de la ley contribuyen otros textos de la legislación interna del país que se comentarán en el trabajo.

Comprender el alcance que tiene el tema de la minoría de edad en la actualidad no es una labor fácil y, en efecto, en la segunda parte del presente trabajo académico se intentará ofrecer una aproximación tanto al fenómeno migratorio, cuyo papel protagonista lo detienen los jóvenes menores de edad (desde perspectivas legislativas) como también a la transición de este menor a la vida adulta.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, para finalizar, se hará una descripción de las iniciativas que tiene Unicef en cuanto al sistema de la infancia en España y se plantearán las novedades y recomendaciones para poder superar las lacras existentes en la actualidad.

## **2. EL MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y PENAL.**

El ámbito legislativo de la sociedad española ha tenido, en el transcurso de los años, varias trascendencias dadas las modificaciones en materia penal que han existido, destacándose, en cada una de las modificaciones, algún enfoque hacia la minoría de edad. Los códigos penales españoles han tenido influencia directa, desde los más antiguos códigos hasta el CP operante hoy en día, de las constituciones que se han ido cambiando según las ideologías, de las nuevas doctrinas y de los problemas que se planteaban en la sociedad. En los siguientes subapartados se presentarán, en primer lugar, las directrices constitucionales provenientes de la CE de 1978 que son fuentes de inspiración de la posterior LORPM. En segundo lugar, se explicará la mención que se hace en el Código Penal de 1995 en cuanto al criterio de la edad del menor y la remisión a una ley independiente que regule las respectivas medidas aplicadas a los delincuentes menores de edad. En la ley penal mencionada se mejoran ciertos aspectos conflictivos que existían en los códigos penales españoles anteriores, ya que la minoría de edad ha sido, durante décadas, un campo infravalorado para la legislación.

### **2.1. La Constitución de 1978 y sus directrices en materia de la minoría de edad.**

El texto de la CE de 1978 representa un marco de principios y garantías, marco que ha de reorientar todo el ordenamiento jurídico español y, por tanto, también lo relacionado a los menores. Dicha Constitución aparece en un contexto de profundos cambios en la legislación internacional. Si bien es cierto, once años después de la aprobación de la CE se promulga, desde las Naciones Unidas, una de las fuentes principales de inspiración de lo que será en adelante una ley propia para los menores de edad, siendo ésta la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. A pesar de que la CE no se ha reformado para alcanzar los aspectos que preveía la CDN, hay artículos en ella que parece que sigan la línea trazada por la normativa extranjera. En efecto, estos artículos son los arts. 12 y 39.4 CE, con referencia a la mayoría de edad y, respectivamente, a la protección de los niños y sus derechos que han de ser respetados.

Ahora bien, los principios constitucionales chocaban profundamente con la organización, la competencia y los procedimientos seguidos por los Tribunales

Tutelares de Menores, aún existentes en la sociedad española en el año 1978.<sup>8</sup> El carácter primordial del principio de unidad jurisdiccional, con regulación en el artículo 117 de la CE, se reafirma en la LOPJ de 1985, considerándose que la justicia de menores ha de gozar de autonomía dentro del Poder Judicial<sup>9</sup>.

Aún con la aprobación de la CE en 1978, el legislador español no se ha mostrado preocupado acerca de las garantías penales de los menores de edad, ya que tardaron muchos años para consolidar un sistema legal específico para los menores, es decir, ofrecer a éstos una legislación propia que gestione y regule su responsabilidad y protección.<sup>10</sup> Ciertamente es que, la nueva legislación en materia de menores se consolidará desde el reconocimiento de todas las garantías constitucionales que se derivan del texto de 1978, con especial referencia, entre otras, a las siguientes directrices: la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el derecho a utilizar pruebas pertinentes para la defensa, el derecho a un proceso debido y los principios de legalidad penal, de proporcionalidad y el acusatorio. Lo que se ha logrado, mediante la CE, ha sido la formulación de críticas al sempiterno texto legislativo de 1948<sup>11</sup>, que regulaba la figura de los Tribunales Tutelares en España, cuya inconstitucionalidad será abordada en el primer subapartado del apartado tercero del presente trabajo.

## **2.2. Referencia al Código Penal de 1995 y su propuesta acerca de la edad del menor.**

Una vez aprobada la CE y declarada la inconstitucionalidad de los Tribunales Tutelares de Menores tras la Sentencia del TC del año 1991, se promulgó el CP de 1995, como necesidad de reforzar la democracia en un momento de crisis política en España. Como se refiere Cuello Contreras, “la LORPM es el fruto tardío de la reforma democrática constituida por el Código Penal del 1995”<sup>12</sup>. Tardío porque, en el momento

---

<sup>8</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. (2007). Comentarios a la ley penal del menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006. Madrid: lustel.

<sup>9</sup> Artículo 97 de la LOPJ 1985: “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.” Texto recuperado del BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

<sup>10</sup> DOLZ LAGO, M. J. (2007). *Comentarios a la legislación penal de menores: Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch, recoge con mayor detalle los comentarios acerca de la responsabilidad penal del menor y la normativa al respecto.

<sup>11</sup> La Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948.

<sup>12</sup> CUELLO CONTRERAS, J. (2000). El nuevo derecho penal de menores. Madrid: Civitas, cit. p.11.

de la aprobación de dicho texto legislativo, el delincuente juvenil pasaba por ser desapercibido por el sistema de justicia, ya que no se le había dado la nomenclatura que necesitaba, es decir, no existía un Derecho Penal de menores con su respectiva regulación.

Ahora bien, la propuesta que, hoy en día, se sigue manteniendo desde la aprobación del CP de 1995, es la relacionada con su artículo 19 del capítulo que regula las eximentes, donde se establece que el límite máximo de la minoría de edad es de 18 años y también la remisión, si comete delitos previstos en dicho Código, a una ley diferente, con otras finalidades y guiada por otros principios. Se ha de recordar que, los límites de la minoría de edad cambiaban de un código a otro en los siglos anteriores, sin encontrarse una solución exacta por parte del legislador para fijar un marco cronológico de la responsabilidad penal.<sup>13</sup> En cuanto a esto, la situación del artículo 19 CP en el capítulo de las eximentes no significa que el CP de 1995 exime de cualquier tipo de responsabilidad al menor de edad, sino que le exime de las consecuencias previstas en éste, es decir, de las penas que corresponden a los actos delictivos cometidos por adultos, mayores de 18 años.

Aún así, se seguía manteniendo la influencia de los anteriores códigos en cuanto a la atenuante de ser el culpable mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años. Aunque la propuesta dada por el CP 1995 carecía de un límite de edad mínima, ha marcado la diferencia de los otros textos penales, ya que, en una de sus disposiciones transitorias, se mencionaba la necesidad de un informe psico-social de carácter previo al enjuiciamiento, de los menores de 18 años. Se tenía en consideración, de esta manera, las circunstancias personales, familiares y educativas del menor por parte del juez, a la hora de valorar su conducta.<sup>14</sup> Seguidamente, el régimen legal de responsabilidad de los menores se consolidará con la entrada de vigor de la LORPM, respondiendo a aquellas cuestiones planteadas desde la aprobación del CP 1995.

Por tanto, se pasa del Derecho Penal de naturaleza retribucionista, a otro tipo de Derecho Penal, el de menores, preventivo y resocializador, cumpliendo taxativamente con el Código Penal 1995.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> LANDROVE DÍAZ Díaz, G. (2001). *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>14</sup> LANDROVE DÍAZ, G. (2001). *Derecho penal de menores*, cit. p. 51.

<sup>15</sup> CUELLO CONTRERAS, J. (2000). *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas.

### **3. ANTECEDENTES DE LA LORPM 5/2000 EN ESPAÑA Y SUS PUNTOS CARACTERÍSTICOS.**

En este apartado, se trata de abarcar aquellos aspectos que han servido de origen para las reformas legislativas en materia de menores en la jurisdicción española. Desde instituciones antiguas, como es la del Padre de Huérfanos, nacida en Valencia en el siglo XIV, hasta los Tribunales Tutelares para niños del siglo XIX, se va definiendo lo que es hoy en día el Derecho Penal para menores de edad, con una mejora considerable de la situación que existía en el pasado histórico y jurídico.

#### **3.1. El modelo tutelar y sus reglas de juego.**

El modelo de los Tribunales Tutelares es, tal como lo afirma Cuello Contreras: “un modelo paternalista, autoritario y clerical”. En España, el primer Tribunal Tutelar de Menores tiene origen en el año 1919 en Bilbao y después en 1923, en Valencia y Almería, llegando a expandirse en todo el territorio español. Desde el año 1919 han existido varias modificaciones en la materia, hasta que, en el año 1948, se aprobó el texto refundido de la LTTM por el Decreto de 11 de junio 1948, que ha sido la legislación vigente durante 44 años.<sup>16</sup>

Como “reglas de juego”, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 actuaba desde una triple intervención: en los menores de 16 años que cometen delitos, en los menores víctimas de delitos cometidos por mayores de edad e incluso abarcaba lo que los propios padres requerían de la actuación de estos Tribunales por dificultades de naturaleza económica. Dicho en otros términos, se consolidaba un tipo de “jurisdicción voluntaria”, fuera de la legislación penal y que se guiaba por sus propias reglas.<sup>17</sup>

En cuanto a la aplicación de las medidas, existía un abuso de las de amonestación, en los casos que se necesitaba un plus de actuación de la justicia y, también de las medidas de internamiento, sin considerar la flexibilidad según la gravedad de los hechos y las demás circunstancias del menor y sin determinar la duración de éstas en el tiempo.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> DOLZ LAGO, M. J. (2007). *Comentarios a la legislación penal de menores: Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>17</sup> CUELLO CONTRERAS, J. (2000). *El nuevo derecho penal de menores*. cit. p.18.

<sup>18</sup> GIMÉNEZ- SALINAS i COLOMER, E., & Espanya. Consejo General del Poder Judicial. (1999). *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*. ( No. 18). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.



También se caracterizaban los Tribunales Tutelares por un carácter arbitrario en la decisión de si un menor obraba con o sin discernimiento, interesando más a los Jueces la corrección de éstos que el delito que ha sido cometido y en qué circunstancias, con independencia de la mayor o menor gravedad del acto delictivo. Los niños, al ser juzgados ante un tribunal, no necesitaban la figura del abogado para su defensa, ya que los propios Tribunales en sí, se encargaban de ese aspecto y tampoco se permitía la presencia del público. En resumidas palabras, la institución representada por la LTTM, era dotada de una amplia libertad en las fases del proceso penal, sin respetar los principios de éste, además de estar presidida por jueces legos, no por jueces de la carrera judicial.

Por tanto, las “reglas de juego” del sistema tutelar han sido, en la praxis, las mismas en todo el mundo occidental. Desde que el Estado asume ese rol de padre, hasta el amplio poder discrecional, el modelo tutelar consideraba que el ideal rehabilitador que, sin lugar a duda, se realizaba por el bien del menor, no tenía énfasis en el castigo, sino en la corrección, trabajo y disciplina.<sup>19</sup>

De esta manera, se han formulado múltiples quejas a la legislación española sobre menores, no solamente desde el punto de vista normativo, sino también de la organización de las instituciones tutelares y de sus representantes. La solución a dichos problemas se desarrollará en el siguiente subapartado.

### **3.1.1. La inconstitucionalidad de los Tribunales Tutelares.**

La especialidad de dichos Tribunales eminentemente protectores no seguía los principios que, de manera genérica, se consolidaron con la aprobación de la CE de 1978. Los Tribunales Tutelares de 1948, no representaban una unidad jurisdiccional, regulada también en el texto legislativo postconstitucional de la LOPJ de 1985, sino que seguían cumpliendo tres funciones: la de protección, la de enjuiciamiento y la reformadora. Quedaba claro que un mismo órgano no puede realizar funciones que no tiene encomendadas por el Ordenamiento Jurídico y que tampoco podría actuar a espaldas de los preceptos de la Constitución. De esta manera, el Tribunal Constitucional plantea la inconstitucionalidad de la LTTM e 1948, una ley que ha permanecido y ha resistido durante muchos años de cambios en la legislación.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, & BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2018). *Justicia de Menores*. Madrid: Editorial Síntesis, S. A.

<sup>20</sup> LANDROVE DÍAZ DÍAZ, G. (2001). *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, cit. pp. 81- 89.

Por tanto, en la sentencia 36/1991, de 14 de febrero, el TC declara la inconstitucionalidad de uno de los artículos de la LTTM, art. 15, que regulaba el procedimiento de los Tribunales Tutelares de Menores y las facultades otorgadas a éstos, inconstitucionalidad dada por la falta de vinculación con el artículo 24 de la CE. Esto significa un abandono al carácter sin referencia de lo penal de los Tribunales Tutelares de Menores, ya que sus principios del proceso penal han de aplicarse, de igual manera, a la jurisdicción para menores.<sup>21</sup>

La sentencia y la decisión de declarar nulo el artículo 15 de la LTTM deja sin procedimiento a la legislación de menores. La laguna legislativa formada se pudo cubrir, únicamente, con la reforma urgente de la legislación de menores, sucediendo en el año 1992, pero con carácter “provisional”, hasta el año 2000, cuando se aprueba, finalmente, la LORPM. A partir de 1992, el sistema que regula el procedimiento y la competencia de los juzgados de menores se ha inclinado más por la parte penal que por aquella educativa y protectora.

### **3.2. Legislación en materia de protección de menores del 1996.**

Una de las influencias más destacables en la actual legislación de menores tiene punto de partida en el año 1996, un año después de la reforma del CP, y abarca aquella protección del menor de edad transmitida por varias vías, tanto desde el texto de la Constitución Española, como de los matices existentes en las leyes internacionales y en los Tratados que España ratifica<sup>22</sup>.

De esta manera, la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 se constituye como una gama amplia de garantías para el menor, con respeto a los derechos garantizados a éste por parte de la Convención de Derechos del Niño de 1989. En su exposición de motivos, la LOPJM recalca la importancia del interés del menor en cuanto a su especial protección por parte de las entidades públicas, que serán las que se van a ocupar de este aspecto del que se ocupaba, antiguamente, los Tribunales Tutelares.<sup>23</sup> También se explica en los motivos de la LOPJM la importancia de que todo lo relacionado a los menores se ha de realizar al amparo de la Constitución

---

<sup>21</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. (2007). *Comentarios a la ley penal del menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. Madrid: Iustel.

<sup>22</sup> Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE).

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2005). *Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores: Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, cit. pp.31-40.

Española, con la mención a la protección de la familia y, dentro de ella, especialmente del menor, tal como se encuentra expresado en el artículo 39 CE.

Siguiendo con las previsiones articuladas por la LOPJM, su artículo 11.2 configura una guía de actuación a los poderes públicos, con la ineludible referencia al interés del menor, su mantenimiento en la familia, salvo si no es conveniente que siga en el medio familiar, su integración en la sociedad, la prevención de cualquier situación perjudicial para su desarrollo, la sensibilización de la población ante el menor indefenso, la promoción de la solidaridad y de la participación de la sociedad y, últimamente, las tres claves del sistema jurídico que han de permanecer cabalmente en la justicia juvenil, siendo estas la objetividad, la imparcialidad y la seguridad jurídica en la actuación protectora.<sup>24</sup>

En cuanto a competencias, la LOPJM abarca en el desarrollo de sus motivos a las Comunidades Autónomas, que han de encargarse, mediante las Entidades Públicas de aquellas, de dos supuestos situacionales del menor, siendo el primero relacionado con el riesgo en que se encuentra el menor, es decir, aquellas circunstancias desfavorables del ámbito de éste, que no permiten un normal desarrollo social o personal. El segundo supuesto situacional es el desamparo del menor, con mención al Código Civil<sup>25</sup> donde se encuentra regulado, característico de aquellos supuestos cuando se produce una falta de adecuación en los deberes orientados a la protección del menor.

### **3.3. Planteamiento y claves de la LORPM 5/2000.**

Anteriormente a la aprobación definitiva de la LORPM, ha existido una amplia ambigüedad en los proyectos de la ley, siendo difícil de superar lo que había significado la Ley que regulaba los Tribunales Tutelares. Algunas de las iniciativas descartaron la naturaleza penal, con preferencia únicamente de la sancionadora-educativa y otras se configuraron en torno a la naturaleza preventiva-general. Lo que ha significado la LORPM para este siglo y para la legislación española

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2005). *Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores: Especial análisis de la reparación del daño*. cit. p. 40.

<sup>25</sup> Art. 172.1 del Código Civil: "Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria." En: Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

ha sido, indudablemente, transmitir una idea de sobre cómo ha de configurarse el Derecho Penal del menor, partiendo del hecho de que es Derecho Penal, sin eludir de dicha naturaleza formalmente penal<sup>26</sup> y se basa, en cierta medida, en la teoría psicosocial para establecer la edad límite del menor. Dicho esto, la ley representa el alivio legislativo a muchos problemas existentes dado el anonimato de la minoría de edad en el entorno jurídico. En los siguientes subapartados se analizarán las principales ideas que nutren la LORPM 5/2000, partiendo con el aspecto más destacable en la normativa: el interés del menor.

### **3.3.1. Interés del menor.**

Ahora bien, siguiendo la estructura de la LORPM, desde la exposición de motivos, hasta el desarrollo de los artículos que de ella forman parte, todo se configura en estricta relación con el interés superior del menor de edad, que prima ante cualquier intento sancionador y también en el proceso de otorgar una medida u otra. Dicho interés, destacado en varios matices del procedimiento de menores, no es sino que la exigencia legislativa que se ha de aplicar particularmente si se trata de sujetos activos menores de edad y cuya finalidad básica es la reeducación de dichos menores infractores, sin obviar las circunstancias de tipo familiar, social y personal de éste, interés aplicable, de igual manera, en los casos de menores extranjeros.<sup>27</sup> Con el otorgamiento de carácter primordial del interés del menor en todo el sistema de justicia juvenil español, la LORPM cumple con las directrices de la CDN. La razón de esto, de manera muy diferente a la legislación para adultos, donde no se habla del interés del delincuente mayor de edad, se explica por las necesidades especiales y personales de la población infantil y de los adolescentes, que requieren una especialización en todos los ámbitos, desde el mismo sistema, hasta la adaptación de las instituciones y centros a esas características. Asimismo, solamente si el menor siente que se le protege su interés, se irá fomentando en éste el respeto que ha de acordar a los derechos de los demás.

---

<sup>26</sup>Exposición de motivos de la LORPM 5/2000: “la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad”. Texto obtenido del BOE-A-2000-641.

<sup>27</sup> ALTAVA LAVALL, M. G. (2002). *El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes, en Justicia Penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. J. L. González Cussac, J.M. Tamarit Sumalla y J. L. Gómez Colomer (coordinadores). Valencia: Tirant lo Blanch.

En cuanto a las medidas impuestas al menor, han de ser útiles a la hora de obtener la finalidad anteriormente mencionada, y dicha utilidad tiene que respetar, fielmente, el superior interés del menor, dejando de tener el sentido que el legislador quiere otorgar a la ley, si se ejecuta de manera contraria a dicho interés.

### **3.3.2. Justicia garantista: desjudicialización y desinstitucionalización.**

Otra de las claves que, a parte del interés del menor, se aplica a la legislación de menores es la justicia reparadora y garantista. Sin generar ambigüedades, la justicia reparadora se genera en aquellos casos donde se le deja actuar y donde es viable. No se trata de absolver al menor de cualquier responsabilidad, sino que se refiere a un cambio en dicha reparación, cambio que supone una posible conciliación con la víctima, con la aceptación de ella y, como ha de ser, con el compromiso de reparar el daño ocasionado, haciéndolo sea de manera directa o indirecta. Así, la desjudicialización del procedimiento representa un adelanto en materia de legislación en España, ya que se distancia claramente del sistema penal tradicional, donde la víctima no tenía ningún vínculo con el delincuente, buscando, en la medida de lo posible, un equilibrio en cuanto a la finalidad que tiene la ley tanto para el autor, como para la víctima.<sup>28</sup>

En cuanto a la desinstitucionalización, afirma Bernuz que el planteamiento que hacían los textos internacionales no era sólo evitar la privación de libertad, sino también reducir su duración al menor tiempo posible. De esta manera, lo que se pretendía, sobre todo desde los planteamientos de las Naciones Unidas, era recurrir a la privación de libertad como último recurso. Así, la LORPM adoptó este modelo de desinstitucionalización, encaminado en orientar las estrategias de control de la delincuencia juvenil hacia unas respuestas de integración en la comunidad, no hacia la privación de libertad y restricción de derechos. Y, aunque estas dos características mencionadas en el presente apartado son comunes del modelo de bienestar que ha sido desbordado por no cumplir con las expectativas, el modelo español, mediante la LORPM, cumple con estas dos previsiones pero no renuncia a la intervención de carácter penal.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> COLOMER, E. G. S. (2001). Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores. En Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos (pp. 31-56). País Vasco: Ararteko

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, & BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2018). *Justicia de Menores*. Madrid: Editorial Síntesis, S. A.

#### **4. EL ALCANCE INTERNACIONAL DEL SIGLO XX EN MATERIA DE LEGISLACIÓN DE MENORES.**

En el siglo XX, se ha dado alcance, a nivel internacional, a un movimiento de reestructuración de la justicia juvenil, es decir, del tratamiento que las diferentes leyes, en los diferentes países, otorgan al menor de edad cuando es autor de un hecho delictivo. Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son los protagonistas de la doctrina internacional que configura el Derecho Penal juvenil, con la principal nota definitoria de que, los actos delictivos y la sanción de éstos cuando los cometen los menores, no pueden recibir el mismo tratamiento por parte de la justicia que los adultos. A continuación, se presentarán las primeras influencias del exterior que marcan las decisiones del legislador español en cuanto al desarrollo de la LORPM y de otras leyes en la materia de minoría de edad.

##### **4.1. Beijing y Reglas mínimas.**

Los criterios para la administración de la justicia de los menores de edad se adoptan por la Asamblea General de las Naciones Unidas, bajo la denominación de “Reglas de Beijing”. Mediante estas reglas del año 1985, en un número de treinta, se adelantaba lo que, posteriormente, se realizó con la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, con una influencia de los 10 principios de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Estructuralmente, las reglas se dividen en 6 partes, empezando con unos principios fundamentales que marcan los objetivos de la justicia de menores, siguiendo con el desarrollo de las partes de un proceso y, finalizando con el tratamiento idóneo para los menores y la planificación y evaluación de las políticas en la materia.<sup>30</sup>

Del contenido de las reglas, se destaca, entre muchas otras cosas, la referencia que se hace al paso por el sistema judicial del menor infractor, que no se ha de realizar de manera perjudicial, evitándose, si es posible y proporcional a la gravedad de su conducta, el contacto con la justicia.

Ahora bien, el catálogo de las denominadas “Reglas mínimas” subyace el bienestar del menor y de la familia (regla 1.1), la imparcialidad en la aplicación de las citadas

---

<sup>30</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. (2007). *Comentarios a la ley penal del menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. Madrid: Iustel.

reglas, sin distinciones por razones de raza, color sexo, idioma, etc. (regla 2.1) y la proporcionalidad de la sanción a las circunstancias del delincuente y del delito.<sup>31</sup>

#### **4.2. Naciones Unidas y los derechos del niño.**

Abordar el tema de la infancia y de los derechos, ha sido, indudablemente, uno de los temas prioritarios de la legislación de las Naciones Unidas, manifestándose en varias ocasiones, mediante las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas para la protección de los menores privados de libertad y, como culminación del reconocimiento de los derechos del niño, mediante la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas del año 1989, ratificada por el Estado Español un año después.

En línea con la Constitución Española, que establece una guía para la totalidad del ordenamiento jurídico, la ratificación válida de un Tratado por parte de España, convierte a dicho Tratado en una parte del ordenamiento interno, es decir que, el respeto al contenido de la CDN es obligatorio.<sup>32</sup>

En lo concerniente a las ideas de la CDN, se remarca, desde el primer artículo, la definición del niño, siendo éste todo ser humano menor de 18 años, con remisión a la ley que se le aplica. Los derechos del menor han de tener cobertura por parte de la administración de justicia de menores, tal como se sugiere en el artículo 40 de la CDN, cuya referencia se hace acerca del tratamiento del menor antes de desvirtuarse la presunción de inocencia y, también en el artículo 37, con una orientación a la privación de libertad y a la humanidad de dicho proceso.<sup>33</sup> A partir de esto, la CDN enfatiza la preocupación por la discriminación y por la igualdad de trato al menor, sea este nacional del país de origen, sea extranjero, con la mención explícita del interés superior del niño y de sus derechos fundamentales, que no son objeto de actuaciones

---

<sup>31</sup> Reglas recogidas en General, A. (1985). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Resolución, 40(33), 28.

<sup>32</sup> Arts. 10.2 y 96.1 de la CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” y “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.” (BOE, enlace: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229))

<sup>33</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., & Espanya. (2001). Derecho penal de menores: Comentarios a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Barcelona: Bosch.

arbitrarias de los poderes públicos. Se le reconocen al menor, por tanto, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, es decir derechos de primera y segunda generación. A todo esto, España se ha mostrado disconforme con el artículo 37 de la CDN, donde se establece la edad de quince años para participar en actividades bélicas. La razón de tal disconformidad es la edad demasiado temprana de los niños y niñas para llegar a combatir en un conflicto bélico, ya que a los quince años están en pleno desarrollo, tanto físico como psicológico.<sup>34</sup>

### **4.3. Breve referencia a Europa y sus recomendaciones sobre la delincuencia juvenil.**

En lo relativo a Europa, también se ha manifestado acerca del tema de la justicia juvenil, mediante resoluciones del Consejo de Europa, tanto en el año 1978, como 1987. Ambas requieren una concienciación de los Gobiernos de los Estados miembros para orientar sus investigaciones en el estudio de los efectos de las medidas privativas de libertad de los menores en el ámbito de la familia y, de igual forma, en la vertiente personal de ellos.<sup>35</sup>

Por una parte, las recomendaciones del año 1978 parten de la idea de que la juventud y la reinserción de los menores de edad que cometen infracciones penales no son solamente temas de interés de las instituciones judiciales, sino que también, de mayor envergadura, de la política social. Así, la recomendación principal del Consejo de Europa es crear instituciones pequeñas, con enfoque en el colectivo, facilitando en cada momento la asistencia a los jóvenes en peligro, cuyo tratamiento ha de ser el mismo que el de los otros jóvenes y por ello, han de disfrutar de las mismas oportunidades.

Por otra parte, la segunda referencia al Consejo de Europa, la del año 1987, abarca las recomendaciones acerca de las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Se menciona una estrecha relación con las ideas que promueve la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, con el principal énfasis en la educación, como objetivo fundamental de un Derecho Penal de menores justo. Además, las recomendaciones se refieren al modelo de desjudicialización, mencionado en el apartado anterior y a la mediación. Así, Landrove Díaz se refiere en su libro "Derecho Penal de menores" a una justicia que emana desde el Consejo de Europa como a una

---

<sup>34</sup> LANDROVE DÍAZ Díaz, G. (2001). *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>35</sup> cit. anteriormente.



justicia rápida y eficaz, reforzando la posición, por encima de todo, del interés del menor.

Resumiendo lo dicho en este apartado, las convicciones y los planes evidenciados en la gama de textos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, han servido como soporte para la creación, por parte del sistema español, de unas instituciones públicas que se han distanciado, considerablemente, de la época pasada y, asimismo, de una legislación reguladora de la responsabilidad de menores (la LORPM) que respeta, en toda su composición, los derechos que se les reconocen a todos los seres humanos.

## **5. LA SITUACIÓN DE LOS MENAS EN ESPAÑA. ALCANCE JURÍDICO Y LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Después de hacer el análisis a varios puntos importantes en cuanto a los pasos que se han seguido en España en materia de minoría de edad, con referencias del exterior, se llega a plantearse, en el presente trabajo, el caso del menor extranjero no acompañado en el territorio español. El enfoque que se dará a continuación abarca la explicación a la confusión de términos en cuanto a la denominación de éste y su situación a la llegada en el país, el marco legal que define cómo se ha de actuar en estos casos, las causas de la inmigración y el tratamiento que recibe por parte de la Entidad Pública que vela por su protección. Además, se abordará el aspecto del interés superior del menor como regla fundamental de cualquier procedimiento cuyo protagonismo lo tiene el MENA, aunque, en algunos casos, tal como se presentará a continuación, este interés no tiene la misma valoración por parte de diferentes instituciones autónomas del país, cuyas intervenciones son muy dispares en materia de la inmigración de la minoría de edad. Para finalizar el presente apartado, se comentará la situación de aquellos menores invisibles tanto para las estadísticas como para el sistema y se expondrá qué sucede, actualmente, en las ciudades autónomas de España.

### **5.1. Aproximación al término de menor extranjero no acompañado y su relación con la delincuencia.**

Para una comprensión de la denominación de menor extranjero no acompañado, en primer lugar, se ha de distinguir de otras situaciones que pueden causar confusión. Así, el menor extranjero en situación regular, que viaja a un país se distingue del

menor que entra a un país de manera irregular, sea acompañado de otros adultos o familiares, sea de manera solitaria. Este último caso es lo que actualmente se conoce en España como menor extranjero no acompañado con el acrónimo MENA, cuya definición se encuentra en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de Europa<sup>36</sup>. Además, con la influencia de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Unicef elabora un informe, en el año 2009, cuyo tema es la infancia del menor inmigrante y también de aquel no acompañado.

Ahora bien, la nomenclatura que se le otorga a estos menores puede ser considerada como negativa, ya que aumenta la exclusión de los ámbitos de la sociedad del menor que se encuentra en esa situación. Las palabras “inmigrante” e “indocumentado” conllevan, nada más mencionarlas, a un trato diferente a estos menores de los menores nacionales, indiferentemente de si delinquen o no.

En España, la definición a los MENAS se realiza en el Real Decreto<sup>37</sup> por el que se aprueba la LOEX, en su artículo 189, destacando de tal definición la referencia a la situación de desprotección de aquel menor que “llegue al territorio español sin venir acompañado”.

Con respeto a la relación entre la delincuencia y la extranjería, ha sido objeto de estudio de varias ciencias, destacándose, entre estas, la criminología. El hecho de que un menor sea extranjero no le convierte, automáticamente, en delincuente, pese a que ésta es la opinión mayoritaria de la sociedad hoy en día. Según las fuentes de investigación de la criminología, los menores inmigrantes cometen menos delitos que los nativos españoles, aunque sus necesidades básicas, en muchas ocasiones, se encuentran en una desfavorable satisfacción. En la misma línea está García España, refiriéndose a los inmigrantes como a unas personas que, en la actualidad, no son las que causan todos los problemas de delincuencia o los más excepcionales que hay y que tampoco condicionan la seguridad de los demás.<sup>38</sup> De manera contraria, cierto es que los menores inmigrantes son más propensos a ser denunciados por parte de los adultos, pudiendo ser la causa de esto la confusión entre el inmigrante y el delincuente. Sin embargo, Bernuz cita en su libro intitulado “Justicia de menores” la teoría de la amenaza simbólica, como causa de la mayor detención de los MENAS que

---

<sup>36</sup> Véase el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

<sup>37</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>38</sup> GARCÍA ESPAÑA, Elisa. (2001). Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico. Valencia: Tirant lo Blanch.

de los menores españoles, explicada por el hecho de que ser extranjero supone, de entrada, un riesgo más alto para delinquir. Dicha amenaza que, supuestamente, representa el MENA para la seguridad, se está convirtiendo, actualmente, en tema de algunos discursos políticos, sin pensar en la protección que se le ha de ofrecer y a la especial atención.<sup>39</sup>

Acerca de los delitos cometidos por los MENAS según las estadísticas, se encuentran, con un gran porcentaje, los delitos del Título XIII del CP, especialmente aquellos delitos de hurto (más de 40%) y robo con violencia e intimidación (más de 30%), donde el protagonismo lo tienen los MENAS de origen marroquí.<sup>40</sup>

## **5.2. El paso del menor extranjero no acompañado por la justicia española: desde la entrada en territorio español hasta su posible expulsión.**

El fenómeno migratorio de los menores, cada vez más destacable en el territorio español, empieza en los años ochenta en Europa y, particularmente, en la segunda mitad de los noventa en España. La causalidad de este fenómeno viene explicada por diversas razones, entre ellas, las más obvias siendo: la búsqueda de una vida mejor dada la situación de crisis en diversos países, el encuentro de mayores oportunidades de índole económica, la trata de seres humanos y la persecución del menor por la justicia del país de origen.<sup>41</sup> Cuando el menor llega al país de destino, su caso será abordado por la legislación vigente y con el respeto a los documentos internacionales de referencia. A continuación, se explicarán cuales son los derechos reconocidos a los MENAS y en qué manera se podría llegar a una vulneración de dichos derechos, las situaciones de expulsión y los límites constitucionales y, finalmente, el alcance de la jurisprudencia sobre los casos que se han dado desde el comienzo del flujo migratorio de la minoría de edad en España.

---

<sup>39</sup> Eva Saiz. (27 de enero de 2020). La Fiscalía del Supremo estudiará si las palabras de Rocío Monasterio sobre menores extranjeros son delito de odio. El País. Extraído de: [https://elpais.com/politica/2020/01/27/actualidad/1580133927\\_987548.html](https://elpais.com/politica/2020/01/27/actualidad/1580133927_987548.html)

<sup>40</sup> Véase la estadística del Ministerio del Interior. (2018). Portal Estadístico de Criminalidad: DETENCIONES E INVESTIGADOS MENORES POR TIPOLOGÍA PENAL, NACIONALIDAD Y SEXO. Consultado en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Tabla.htm?path=/Datos3//10/&file=03003.px&type=pcaxis&L=0>

<sup>41</sup> Véase el informe de Unicef y CGAE (2009): “Ni ilegales ni invisibles”. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España. Madrid: Unicef.

### **5.2.1. La importancia del interés superior del menor siendo este extranjero y no acompañado.**

El paso por la legislación del menor extranjero no acompañado en el territorio Español no es el mismo que el de un adulto. Mientras que para una persona que ha cumplido los dieciocho años y entra de manera ilegal en España se le aplica una grave sanción por la Ley de extranjería en cuestión, el menor de edad, es decir, la persona que tiene menos de dieciocho años, no recibe el mismo tratamiento, ya que lo que se pretende obtener es la repatriación. Como se ha mencionado en apartados anteriores, tanto la LORPM como los textos internacionales en materia de menores han abordado la protección de la minoría de edad, principalmente, desde el principio del interés superior del menor y, de igual manera, la LOEX menciona dicho interés en su artículo 35.5, cuando explica el procedimiento de repatriación.<sup>42</sup> De esta manera, en la LOEX se manifiesta una nota distintiva del concepto legal de repatriación, con otros conceptos que podrían crear confusiones, tal como son: la expulsión forzosa del menor y las medidas de alejamiento.

Por tanto, los MENAS representan un grupo vulnerable, cuyos principios regulados en la CDN han de ser respetados por parte de los poderes públicos que tratarán con esos grupos. De estos principios, se recalcan los siguientes: la prohibición de trato discriminatorio en función del origen nacional (art. 2.1 CDN), el interés superior del niño en las actuaciones del Estado (art. 3 CDN), la preservación de la nacionalidad (art. 8 CDN) y, finalmente, la reunión del menor con su familia, tal como se deduce del artículo 9.1 del CDN.<sup>43</sup> Dado el carácter fundamental de la CDN, el interés del menor ha de primar en todas las actuaciones de los poderes públicos, con independencia de ser estos de nacionalidad distinta y no acompañados por familiares. De igual manera, como se ha mencionado, el respeto al interés superior del menor ha de coexistir junto con la prohibición de los tratos discriminatorios, ya que todos los menores de edad, con independencia de su origen nacional, tienen que disfrutar de los mismos derechos que el menor de aquel país de origen.

---

<sup>42</sup>RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit. pp. 3-7.

<sup>43</sup>Véase el escrito de Unicef. (1989) que recoge la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

### 5.2.2. La migración, ¿es un derecho fundamental? Análisis del artículo 10.1 de la CDN.

La esencia de la democracia, en un país como España, viene dada por el respeto a los derechos fundamentales y, por consiguiente, a la Constitución Española, con la deducción que ofrece el artículo primero, apartado primero de la ley fundamental.<sup>44</sup>

En consideración a los derechos fundamentales analizados en el presente subapartado y respaldados por la CE, su pleno ejercicio se concede según el criterio de madurez. Es preciso señalar que la falta de madurez en el caso del menor de edad, siendo éste nacional o extranjero, afecta al ejercicio de los derechos fundamentales y no a la titularidad de éstos. De esta manera, el TC, en alguna de sus sentencias, como es la STC 184/2008 FJ 3, se ha referido al caso del menor extranjero, y concretamente a su capacidad procesal ya que, a partir de los dieciséis años, se puede considerar que el menor tiene juicio suficiente, pudiendo gozar de la gama de derechos del artículo 24 de la CE.<sup>45</sup> De manera análoga, la LOEX, concede a los menores que se encuentran en la franja de edad entre dieciséis y dieciocho años, “la capacidad para actuar en los procedimientos de repatriación”<sup>46</sup>.

Ahora bien, los derechos fundamentales son los mismos para todos los extranjeros, sin que la CE incorpore algún dato específico para la minoría de edad extranjera. El artículo 39.4 de la CE opera como una norma en blanco, ya que remite el estudio del carácter de protección de los menores a los acuerdos internacionales. Por tanto, no existe tipificado el derecho de inmigración del menor extranjero en el territorio español. Hay que resaltar, en cuanto a la duda de si la migración es o no un derecho fundamental, el artículo 10, apartado primero de la CDN. En el citado artículo se explica, aunque de una manera tácita, la voluntad de la soberanía de un Estado para seguir controlando la entrada de una persona, en el presente caso menor de edad y no acompañado, en el país. Además, a pesar de la atención “positiva, humanitaria y expeditiva” que ha de suponer para el Estado la entrada de un menor de edad, en la CDN solamente se hace hincapié a la situación migratoria dada por la reunión de

---

<sup>44</sup>Art.1.1. CE: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>45</sup> RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*, cit. pp. 34-37.

<sup>46</sup> Véase el art. 35.6 de la LOEX.

dichos menores con sus respectivas familias, tal como afirma Legazpi en su libro intitulado “La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales”.

De este modo, queda excluido de la regulación dada por la CDN, el caso del menor extranjero no acompañado que entra en un país diferente del suyo sin la finalidad de reunirse con su familia. Dicho en otras palabras, la CDN no reconoce el derecho migratorio del menor, dejando la regulación de tal aspecto al legislador de los Estados Partes. En la misma línea con la CDN, otros textos internacionales, como es la Carta Europea de Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992 y el Convenio sobre el ejercicio de Derechos del Niño, de 20 de enero 2006, tampoco regulan un derecho subjetivo de los menores extranjeros inmigrantes que pueda eliminar la potestad del Estado en cuanto a la regulación de la inmigración.<sup>47</sup>

### **5.2.3. La repatriación versus la expulsión. ¿Está prohibida la expulsión de los menores extranjeros no acompañados en España?**

Con la Constitución Española de 1978 se han podido curar muchas lacras en la legislación, pero poco se ha mencionado a la extranjería dentro de su desarrollo. Esta idea responde a que en su época, en el año 1978, la inmigración no se había manifestado con la misma fuerza que veinte años después. Aún así, en los años posteriores, la legislación española ha tenido que acomodarse a las previsiones que se ofrecían por parte de la normativa internacional, también en el caso de las expulsiones de los extranjeros. Es necesario destacar el papel que tiene en este contexto el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, ya que no se puede hablar de expulsión sin tener en cuenta los derechos que se pueden o no vulnerar con dicha actuación.

Ahora bien, en cuanto a la repatriación, se considera que últimamente se ha convertido en una especie de expulsión, pero con una denominación diferente, que se lleva a cabo sin tener en cuenta ciertas garantías. Actualmente, según la Memoria de la Fiscalía<sup>48</sup>, se conoce que en el año 2018, esta figura polémica de la repatriación se ha llevado a cabo con éxito en tres casos, en la ciudad de Murcia, Almería y Castellón.

En la legislación española no se precisa expresamente una prohibición a la expulsión de los menores extranjeros no acompañados, pero lo que se hace es, desde

---

<sup>47</sup> RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*, cit. p.41.

<sup>48</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado en el enlace: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

la Constitución y su artículo que protege la infancia<sup>49</sup>, la remisión a la normativa internacional en cuestión para clarificar cuáles son los derechos que podrían verse vulnerados por una expulsión irregular. En este contexto, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos se configura como uno de los más importantes instrumentos cuando de la expulsión se trata. Tal como afirma Ruíz: “si una expulsión vulnera uno de los derechos proclamados en el Convenio Europeo, debe reputarse prohibida, aunque su tenor literal no lo hubiera previsto expresamente”<sup>50</sup>. En efecto, los derechos que limitan la expulsión son dos, ambos previstos en el CEDH. El primero de estos, regulado en el artículo 3 del CEDH es la prohibición a la tortura y a los tratos inhumanos y el segundo, regulado en el artículo 8 del citado documento es el derecho al respeto a la vida privada y familiar.<sup>51</sup> Son derechos reconocidos a todos los seres humanos y, por tanto, no se deben considerar como un plus en el caso de minoría de edad que, ya como se ha mencionado en el subapartado anterior, se le respetan los mismo derechos que a los adultos extranjeros, solamente con ciertas diferencias en cuanto al ejercicio de estos.

Resulta que, desde Europa y del Parlamento Europeo, los documentos que protegen a la infancia parten de la idea del superior interés del menor por encima de todo, pero no prohíben la expulsión de éste tácitamente si le acompaña un miembro de su familia o el tutor que se le designe, salvo en los casos excepcionales cuando las condiciones en el país de retorno no son las óptimas para el desarrollo del menor.<sup>52</sup> Se contesta de esta manera a la pregunta que se hace en el título del apartado, deduciendo que los menores extranjeros no acompañados no tienen otorgada, ni por la legislación española ni por la la internacional, una protección de carácter singular frente a las expulsiones.

Sin embargo, cabe mencionar que es de cierta dificultad determinar el concepto del interés del menor, sobre todo cuando se trata de guiar la actuación de un Estado por el principio de proporcionalidad. Aún así, en ciertas sentencias del TEDH<sup>53</sup> no se considera proporcionada la actuación de un Estado que acepta la expulsión de los

---

<sup>49</sup> Art. 39.4 CE: Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>50</sup> RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*, cit. p.109.

<sup>51</sup> BOZA MARTÍNEZ, Diego. (2001). *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz: Universidad de Cádiz (UCA).

<sup>52</sup> GONZALO GOICOECHEA, A., JIMENEZ MARTIN, E., & VOZMEDIANO SANZ, L. (2010). *Menores o extranjeros?: Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados = adingabeak edo atzerritarrak?*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.

<sup>53</sup> Véase STEDH Maslov contra Austria, 23 de junio de 2008, que se refiere a la expulsión del menor del país donde cometió el delito después de cumplir los dieciocho años de edad.

menores extranjeros no acompañados cuando cometen un delito y vulneran el orden público, ya que no puede verse tan infringido el interés del Estado para dejar en un segundo plano el interés del menor.<sup>54</sup>

### **5.3. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS.**

Después de haber presentado algunos de los textos legales que regulan la materia de extranjería en el caso de los menores, cabe resaltar la importancia del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAS<sup>55</sup>, elaborado en España en el año 2014. La elaboración del citado protocolo es una propuesta del Defensor del Pueblo desde antes del 2010 con la motivación de que los MENAS necesitan un documento que incorpore todo el procedimiento que se ha de llevar a cabo cuando un menor extranjero se encuentra en el territorio español sin ningún familiar o responsable, situación que, tal como se verá en el subapartado número 6, pasa con frecuencia en el país (Unicef y CGAE, 2009).

De esta manera, el acuerdo entre varios ministros, entre los cuales el Ministro de Justicia y el de Asuntos Exteriores, regula con claridad quiénes son los responsables que deberán actuar cuando se localiza un menor, la necesidad de la determinación de edad y la problemática que esto supone a veces y la información acerca de los derechos reconocidos a estos menores, tal como se explica en las Disposiciones Generales del capítulo primero del Protocolo.

Ahora bien, a continuación, se sintetiza la estructura del Protocolo mencionado, de modo que es muy relevante conocer los pasos que se siguen en España en los casos de MENAS, evidenciados en los ocho capítulos del texto. Partiendo de la explicación otorgada acerca de la aplicación del Protocolo y de los sujetos afectados, se prioriza el interés superior del menor, ya explicado anteriormente en otros apartados, siguiendo con los supuestos de localización de estos menores y su inscripción en el Registro<sup>56</sup>.

Además, la distinción entre las causas por las que los MENAS abandonan su país de origen también se clarifican en el Protocolo ya que, los MENAS que se localizan

---

<sup>54</sup> Ver RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*, cit. p.109, que hace más comentarios respecto de la sentencia del TEDH.

<sup>55</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. En: BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

<sup>56</sup> Registro de Menores Extranjeros no acompañados, que se encuentra en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, coordinado por la Fiscalía General del Estado.



tras haber cometido un hecho delictivo recibirán un tratamiento diferente que los que se encuentran en el territorio español por otras causas. Tratamiento diferente por parte de las instituciones y de los organismos públicos cuya labor es proteger a los MENAS recibirán las víctimas de trata, ya que desde Unicef se estableció un perfil de las adolescentes extranjeras (sobre todo de África Subsahariana) que son víctimas de las estrategias utilizadas para la captación de ellas. Todo sobre el procedimiento y las pruebas necesarias que se harán a estos menores se encuentra regulado en el Protocolo Marco, en sus capítulos tercero y cuarto. No obstante, en los siguientes tres capítulos se abordan los temas relacionados con la determinación de edad, a veces muy dificultosa por la falta de documentación de los menores al llegar en el país español, finalizando con los supuestos de tutela de los MENAS y el seguimiento de su situación. Resulta que, a parte de las directrices encontradas en los textos internacionales y en la LOEX, el legislador español, mediante el citado Protocolo, toma una posición concreta sobre el alcance de las instituciones y de la actuación que supone la entrada en el país de un MENA.<sup>57</sup>

De ello puede inferirse que el texto del Protocolo Marco representa un logro de la legislación española en materia de minoría de edad, contando con la experiencia anterior de las instituciones que se enfrentaban con los casos de los MENAS sin que tengan una guía de la actuación que deberían seguir. Asimismo, otro de los objetivos de la creación del Protocolo ha sido conocer, con certeza, las cifras de los MENAS que llegaron a España y que han sido tutelados, pudiendo así elaborar estadísticas más fiables que las existentes antes del 2014.<sup>58</sup>

#### **5.4. Reacción del sistema español y sus prestaciones: tratamiento que recibe el menor en las instituciones públicas.**

En este apartado se analizará la situación de los MENAS después de la entrada en el territorio español y la importancia que supone su estado de desamparo para el acceso al sistema de protección. Con el apoyo de los textos legislativos, se trazará la

---

<sup>57</sup> LÓPEZ ULLA, J. (2013). Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 0(32), 481-500. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/trc.32.2013.11798>

<sup>58</sup>Ver noticia: España establece un protocolo de menores extranjeros no acompañados: ESPAÑA INMIGRACIÓN. (2014, Jul 22). EFE News Service. Retrieved from <https://search.proquest.com/docview/1547306869?accountid=15297>

línea de separación entre el desamparo y el riesgo y la actuación de la Entidad Pública en función del primero o del segundo concepto. Conforme a lo que se ha explicado en los apartados anteriores, en España, los MENAS tienen un estatuto claramente delimitado de la justicia para adultos, así como lo prevé la LORPM, en el caso de menores que infringen la ley y la CDN que protege sus derechos, con indiferencia de si se trata de menor nacional o extranjero.

Además, dado el reparto de competencias, las CCAA podrán elaborar sus propios programas de actuación, todo en armonización con la normativa estatal, tal como se abordará a continuación sobre la Comunidad de Madrid y Cataluña. Al finalizar, se tendrán en cuenta aquellos casos donde, a pesar de que las leyes nacionales y los Convenios apuntan por el respeto uniforme a los derechos y libertades de los MENAS, no se profundizan tales principios y éstos se quedan desprotegidos por el sistema.

#### **5.4.1. La situación de desamparo y la de riesgo.**

La entrada de un menor en el territorio español exige una amplia y rápida actuación de las autoridades para determinar, en primer lugar, si el sujeto es menor de edad o no. Aún así, durante esa determinación de la edad, considerada semejante a un periodo de detención, el menor no se quedará desprotegido, sino que se le acordará la protección establecida en la normativa inmediatamente a su entrada en el territorio nacional, con independencia de la vía de entrada en el país.<sup>59</sup>

Después de la confirmación de la minoría de edad, las personas responsables de su protección declararán la situación de desamparo, sin abandonar la investigación de las circunstancias personales del menor en cuanto a una futura decisión de repatriación. Para la declaración de dicha situación, son necesarias razones oportunas para poderse afirmar el desamparo de un menor, considerando que una de estas razones es la falta de personas adultas acompañantes del menor que podrían encargarse de asegurar su protección.<sup>60</sup>

Empero, a pesar de la definición<sup>61</sup> realizada por el Código Civil en cuanto al desamparo, se manifiesta una confusión entre este término y el de la situación de riesgo. La diferenciación entre las dos situaciones se realiza por la LOPJM en la

---

<sup>59</sup> SENOVILLA HERNÁNDEZ, F., LEGAZ CERVANTES, F., & Fundación Diagrama. (2009). Los menores extranjeros no acompañados en europa. Murcia: Fundación Diagrama, Intervención Psicosocial

<sup>60</sup> DURAN AYAGO, A. (2004). La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico. Madrid: Colex.

<sup>61</sup> En el párrafo segundo del apartado primero del art. 172 del Código Civil se establece la noción legal del desamparo.

exposición de motivos<sup>62</sup> y consecuentemente, en sus dos artículos 17 y 18. Como muestran estos artículos, lo que distingue el desamparo del riesgo es la gravedad del primero, justificando la tutela por parte de la Entidad Pública, mientras que en la situación de riesgo no se requiere asumir la tutela, siendo suficiente una intervención de la Administración para intentar solucionar esos problemas presentes en el medio familiar.

Por ende, no se trata de la supremacía de unos poderes en detrimento de otros, sino de una flexibilidad que guía el ejercicio de la Administración, atendiendo siempre al interés del menor en particular, según su caso concreto y las circunstancias en la que vive, sea el menor español o proveniente de otro país.

#### **5.4.2. Especial referencia al alojamiento en la Comunidad Autónoma de Madrid y Cataluña.**

Desde la LOPJM se menciona el reparto de competencias en materia de menores entre el Estado y las CCAA, que responde al modelo diseñado por la CE. Esas competencias administrativas corresponden a las CCAA, ya que la infancia no se encuentra en la lista de competencias exclusivas del Estado<sup>63</sup>. De esta manera y con el respeto a los artículos constitucionales, las diferentes CCAA han asumido tales competencias según su propio criterio y, en la mayoría de veces, orientadas hacia la asistencia social otorgada a dichos menores. Se ha de atribuir especial atención a la prestación del alojamiento por parte de las CCAA ya que, después de la primera oleada de integración de los menores extranjeros no acompañados en las instituciones de protección, se notó la necesidad de crear unos modelos de acogimiento específicos para esta colectividad.

Ahora bien, la comunidad madrileña y la comunidad catalana actúan de una manera diferente cuando se trata de la acogida de los MENAS, pudiéndose argumentar esto por los recursos de los que disponen las dos comunidades y por la manera en la que deciden poner en práctica la intervención con estos menores.

Por una parte, en Madrid, el procedimiento que se lleva a cabo para el alojamiento de los MENAS consiste en dos fases separadas. En la primera de ellas, se establece

---

<sup>62</sup> LOPJM 1/1996, Exposición de motivos: "De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública." En: BOE núm. 15, de 17/01/1996.

<sup>63</sup> Art. 149.1 de la CE, sobre las competencias exclusivas del Estado. En: BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

un sistema de convivencia compartida con otros menores que se encuentran en una situación similar, con indiferencia de si se trata de un menor de origen español o de otra nacionalidad. Luego, pasando de la fase de convivencia, los MENAS que siguen presentes en dichos centros, ya que muchos abandonan voluntariamente el tratamiento que reciben, se cambian a la siguiente fase de acogida, residiendo en apartamentos o centros en los que podrán desarrollar su vida de manera semi-independiente<sup>64</sup>, con el apoyo y supervisión de fundaciones o asociaciones específicas, no gubernamentales.<sup>65</sup>

Por otra parte, en Cataluña, no se sigue con la acogida de estos menores en dos fases, sino que se apunta, desde el principio, hacia la especificidad de la atención que se ha de acordar a los MENAS, estableciendo que deben residir en entidades supervisadas por la administración autonómica. La creación de estas entidades específicas y estrictamente autonómicas ha aumentado las críticas de los organismos que defienden la infancia, crítica motivada por la actitud hostil hacia los MENAS por el mero hecho de no ser nacionales.<sup>66</sup>

Cierto es que, en la LOEX, los derechos que se han de garantizar a los MENAS son varios, entre los cuales, dos de ellos son la educación y la salud<sup>67</sup>, pero era de importancia destacar el aspecto del alojamiento de dichos menores porque constituye la sustitución de lo que debería representar para ellos una familia.

#### **5.4.3. Los menores extranjeros no acompañados “invisibles” para el sistema de protección.**

Toda la información que se recoge por parte de los estudios estadísticos se refiere a los MENAS que permanecen en las instituciones de protección, desatendiendo en muchos casos, aquellas situaciones de abandono voluntario de éstas por parte de los menores. De este modo, se quedan sin la tutela de tales Entidades Públicas y pasan a ser invisibles y, peor aún, representan un plus de vulnerabilidad, ya que se quedan en la calle realizando, muchas veces, diferentes actividades perjudiciales para el

---

<sup>64</sup> Los pisos de la asociación PAIDEIA de Madrid (desde 1986), entidad sin ánimo de lucro. Enlace: <https://asociacionpaideia.org/quienes-somos/origen-vision-y-objetivos/>

<sup>65</sup> SENOVILLA HERNÁNDEZ, F., LEGAZ CERVANTES, F., & Fundación Diagrama. (2009). Los menores extranjeros no acompañados en europa. Murcia: Fundación Diagrama, Intervención Psicosocial.

<sup>66</sup> CAPDEVILA, M. & FERRER, M. (2003). Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA). Formació i investigació social i criminològica- Generalitat de Catalunya- Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

<sup>67</sup> Artículo 9 y 12 de la LOEX 2/2009 que modifica la LOEX 4/2000 respectivamente sobre el derecho a la educación y a la salud. En: BOE» núm. 10, de 12/01/2000.

desarrollo de su personalidad y muestran una actitud hostil respecto a las leyes. La situación de éstos se hace visible, generalmente, cuando los medios de difusión quieren impactar al público.<sup>68</sup>

Actualmente, cuando un MENA rechaza el tratamiento ofrecido por las instituciones públicas, la investigación de su situación posterior se bloquea. En consecuencia, no se conoce con exactitud, para cada caso en particular, cuál será la actividad que se va a desempeñar y cómo podrá organizar su vida, sin el respaldo del Estado y de las CCAA. Si bien se mantiene una situación de invisibilidad de estos sujetos, los estudios en la materia han destacado algunas de las direcciones más frecuentes de éstos. Así, principalmente, los que abandonan el sistema se dedican a obtener, ilícitamente, lo que ellos piensan que no lo pueden hacer de manera legal, siendo víctimas de los grupos u organizaciones criminales que se aprovechan de su situación de vulnerabilidad. Luego están los MENAS que proyectan sus aspiraciones a otros destinos o los que son acogidos por amigos o familiares.<sup>69</sup>

Sentados los posibles destinos de los MENAS al abandonar los centros de protección, resulta de importancia la referencia a las motivaciones que tienen cuando deciden vivir de una manera independiente. Entre las razones por las cuales abandonan el sistema se encuentra la decepción que sufren los MENAS en cuanto al recibimiento por parte de las diferentes instituciones que se encargan de su situación. Así, esas expectativas que tenían al dejar el país de origen no se cumplen al llegar en el país de destino, ya que la mayoría desean mejorar su situación económica y su ingreso en los centros de protección no es la opción para hacerlo. De este modo, como lo explica Senovilla, muchos de los MENAS no llegan a tener un contacto con las autoridades. Los menores en situación de total desprotección y casos a los que no se les ofrece una exploración amplia representan la realidad actual en España, con el conocimiento de éstos cuando se detienen por la Policía y se les aplica lo previsto en la LORPM.

---

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ P. P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los Menas en España: entre la protección y el abandono. RES: Revista de Educación Social, (27), 48-70

<sup>69</sup> SENOVILLA HERNÁNDEZ, F., LEGAZ CERVANTES, F., & Fundación Diagrama. (2009). Los menores extranjeros no acompañados en europa. citado anteriormente.

## **5.5. Extranjería y derechos fundamentales desde el punto de vista ético. El caso de Ceuta y Melilla.**

La situación de desprotección en la que se encuentra un MENA y el hecho de añadirle la condición de inmigrante supone aumentar las posibilidades de que sus derechos sean afectados. Estos protagonistas de los procesos migratorios tienen una visión distorsionada sobre cómo será su vida en el país de destino y, en muchas ocasiones, la llegada en el territorio de algunas de las CCAA, no corresponde con lo que ellos percibían.<sup>70</sup>

Teóricamente, estos menores tienen los mismos derechos reconocidos a los menores españoles, tal como se establece por parte de los diferentes documentos mencionados en los apartados anteriores, como es la CE y la LOEX en el ámbito nacional y la CDN referente al plano internacional. Sin embargo, en la praxis, todo es diferente. Un informe de Unicef del año 2019 analiza la situación de la vulneración de los derechos de estos niños en la zona del sur del país, tras varias denuncias efectuadas sobretodo en las dos ciudades autónomas, Ceuta y Melilla. Esto quiere explicar que, a pesar de la distribución competencial plasmada en la CE, se necesitan otros elementos ineludibles para garantizar el pleno respeto a los derechos de los MENAS.

Dicho de otra manera, lo que se plantea en los textos internacionales en cuanto a la igualdad de disfrute de los derechos por la infancia se ha de aplicar, en cada caso concreto, en cada región, para asegurar que dicha protección de derechos se haga efectiva. Para realizarlo, se exigen unos planes de acción, instituciones responsables y protocolos que respondan, por igual y en armonización, a las necesidades de los MENAS tutelados por el sistema.<sup>71</sup>

Aún cuando las directrices legales son claras, en las ciudades como son las mencionadas anteriormente, la realidad es muy diferente en cuanto al sistema de acogida de estos menores y el respeto a su dignidad. La entrada masiva de los MENAS en esas zonas y la falta de recursos y coordinación entre las instituciones públicas añaden más vulnerabilidad a la ya existente.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> CABEDO, M. V. (2015). Menores no acompañados: Los otros inmigrantes : cuestiones jurídicas, actividades investigadores y docentes. València: Tirant lo Blanch.

<sup>71</sup> Véase informe Unicef del año 2019: Unicef. (2019). Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española. Madrid: UNICEF Comité Español.

<sup>72</sup> Ver noticia: Unicef denuncia que la mitad de los MENAS abandona los centros porque el sistema no los protege. (27 de febrero de 2019). El Pueblo de Ceuta. Recuperado de: <https://elpueblodeceuta.es/art/36320/unicef-denuncia-que-la-mitad-de-los-menas-abandona-los-centros-porque-el-sistema-no-los-protege>

No obstante, tal coordinación se ha de realizar partiendo, principalmente, del Estado, ya que la política migratoria es una de sus competencias<sup>73</sup>, para llegar luego a implementar, en las diferentes CCAA y provincias, los medios necesarios para garantizar la totalidad de esos derechos. Unicef apunta por una solidaridad entre las diferentes regiones del país. Solidaridad que, desde una perspectiva pragmática, supone un reparto de las funciones de atención a los MENAS, cuyas oportunidades y recursos de vida no han de condicionarse por haber ingresado en dichos centros como niños o niñas abandonados, así como se afirma en el informe Unicef del año 2019.

Para resumir el Informe de Unicef del anterior año relacionado con el análisis de la situación existente en algunas regiones del país con dificultades en materia de MENAS, dado el crecimiento masivo del número de los menores que llegan a Ceuta, las autoridades piden al Gobierno que declare la “situación de emergencia”, ya que, los retos con los que se enfrenta la ciudad son sumamente complejos e inalcanzables.

Los MENAS se sienten desprotegidos por el sistema y abandonan los centros de protección que se encuentran muy lejos de lo que prevé la normativa internacional. Abandono que representa un riesgo, ya que, la negligencia de los organismos públicos en cuanto al perjuicio de los derechos del colectivo de los MENAS supone la causa del acceso a la delincuencia juvenil por parte de éstos.<sup>74</sup>

Sobre las condiciones de vida en los centros de Ceuta y Melilla, se encuentra la sobresaturación, el hacinamiento (en el Centro La Purísima, hay habitaciones compartidas por decenas de niños y sin ventilación), la falta de contacto con las zonas urbanas, la falta de diversidad de las actividades que se realizan y, por ende, la falta de aplicación, como regla principal, del principio del interés superior del menor. Por consiguiente, la actuación en dichas ciudades no solamente se aparta de las previsiones legales sino que, éticamente, no responde al imperativo absoluto dado por los derechos humanos, con el enfoque principal en la dignidad. Resulta interesante mencionar en esta línea lo que afirma Adela Cortina: “estamos en mínimos de justicia y humanidad”.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Art. 149.1.2ª de la CE en BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

<sup>74</sup> CABEDO, M. V. (2015). Menores no acompañados: Los otros inmigrantes : cuestiones jurídicas, actividades investigadores y docentes. cit. anteriormente.

<sup>75</sup> Ver más sobre Adela Cortina en: <http://www.laprovincia.es/sociedad/2008/03/08/adela-cortina-minimos-humanidad-justicia/135720.html>.

## **6. NOVEDADES Y RETOS EN MATERIA DE JUSTICIA Y PROTECCIÓN DE MINORÍA DE EDAD. ESPECIAL ENFOQUE EN EL CASO DE LOS MENAS.**

Tras explicar el caso del MENA en España y sus principales problemas en cuanto al respeto de sus derechos, en el presente apartado se abordarán aquellas posibles soluciones a las dificultades con las que se ha enfrentado en el pasado y se sigue enfrentando, hoy en día, la minoría de edad en el país. Además, se presentarán algunos aspectos de interés desde el punto de vista, aportado en una entrevista, del director de un centro de menores de una comunidad autónoma española, que ha superado algunos de los problemas que sigue habiendo en muchos otros centros de España.

### **6.1. Los problemas más destacados en el sistema nacional de la infancia y las posibles soluciones.**

Los retos del sistema español en el campo de la infancia parten de las necesidades y desde ello, de las carencias en cuanto a recursos y programas de protección. La justicia y la protección de los menores se enfrentan, hoy en día, con varios desafíos y muchas dificultades, que no se han logrado superar en los años anteriores. Aunque se piensa que los mayores problemas existen por el tránsito de los MENAS en el país, en realidad, los fallos en el sistema abarcan tanto a los niños y niñas de origen extranjero como a los de origen nacional.

Por un lado, en cuanto a la justicia, cuando un menor delinque, el sistema reacciona a veces de una manera no adecuada, ya que, pretendiendo garantizar un ambiente seguro, se olvida que la proporcionalidad entre el hecho y el daño infligido al orden público se aplica para los adultos, no para los niños. En los segundos, lo que se valora es la madurez. Otro problema, esta vez con enfoque en los MENAS, es la necesidad de un intérprete antes y durante del proceso, cuya falta causa confusión y desconocimiento sobre la propia situación.<sup>76</sup> Las posibles soluciones a estos problemas es poner mucho más acento en la individualización de cada intervención según la particularidad del caso y fomentar lo máximo posible, la participación de los menores en el proceso, sea español sea extranjero y no acompañado. Por otro lado, en lo referente a la protección de los menores, los problemas con los que se enfrenta

---

<sup>76</sup>FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, & BERNUZ BENEITEZ, M.J. (2018). *Justicia de Menores*. Madrid: Editorial Síntesis, S. A.



el sistema son varios, empezando con la averiguación de la edad y circunstancias personales para determinar qué recurso es el más adecuado para su inserción.

Además, dificultosa es también la transición de estos menores a la edad adulta y sus posibles aspiraciones en el mundo laboral.<sup>77</sup> En este caso, Unicef propone una reorganización del sistema, con enfoque en la adolescencia en sí, no en la extranjería, intentando evitar cualquier trato desigual y posible estigmatización de los niños y niñas de otra nacionalidad que la española.

La mejor solución sería crear un plan nacional adaptado a los principios de la CDN y con objetivos determinados. Entre estos objetivos, se menciona la necesidad de una modificación legislativa de la LORPM y LOEX, para que otorgue más interés acerca del respeto de los derechos humanos, sobre todo de los MENAS y también una dotación de mayores presupuestos y con ella, de más profesionales, tanto por parte del Estado como de las CCAA para poder asegurar unas condiciones óptimas de vida a los menores que necesitan una atención más especializada (casos de niños y niñas que han sufrido maltrato y casos de adicciones). Y, todo esto, sin obviar la necesidad de garantizar el derecho a la educación desde la equidad.

## **6.2. Vivir en un centro de internamiento. Entrevista al director de un Centro de menores.**

La justicia para los menores que delinquen se manifiesta mediante las medidas que se regulan en la LORPM en el artículo 7 y en el artículo 28, que corresponde a las medidas cautelares. Para ofrecer una perspectiva actual y real sobre cómo cambia la vida del menor cuando ingresa en el centro, se ha realizado una entrevista a un director de un Centro de menores (con 20 años de antigüedad) donde se ejecutan las diferentes medidas. Los puntos en los que se enfoca la entrevista son los siguientes: seguimiento del menor durante su internamiento y posteriormente e éste, el MENA en el Centro, la satisfacción del director y su opinión acerca del tratamiento de los MENAS en los medios de comunicación.

En primer lugar, el ingreso en el Centro supone aceptar la dinámica propia de éste, asumiendo sus responsabilidades y obligaciones. Todas las actividades se realizan teniendo en cuenta el periodo evolutivo de los menores y de una manera progresiva.

---

<sup>77</sup>CABEDO, M. V. (2015). Menores no acompañados: Los otros inmigrantes : cuestiones jurídicas, actividades investigadores y docentes. cit. anteriormente.

Cuando el menor finaliza el cumplimiento de su medida de internamiento en el Centro, se sigue con su supervisión puesto que, a continuación, el menor estará, durante el tiempo establecido, cumpliendo una medida de libertad vigilada. La finalidad es el seguimiento del caso, realizándose gracias al conocimiento exhaustivo de los distintos agentes que intervienen en la provincia. El director explica que el grado de reinserción que se tiene en este Centro es de un 80% de los casos, un porcentaje elevado que se debe a la excelente coordinación que existe entre los diferentes organismos que intervienen en la justicia juvenil, como son el Juzgado de Menores, la Fiscalía, la Dirección Territorial y el Centro.

En segundo lugar, el director afirma que han ingresado en el Centro MENAS, tratados de igual manera que cualquier otro menor que pasa por el sistema de justicia juvenil. El tratamiento del menor se hace individualmente, con independencia de su procedencia y según sus circunstancias personales y sociofamiliares. Así, desde el momento del ingreso hasta la finalización de la ejecución de la medida impuesta, todos los menores pasan por distintos procesos, donde es fundamental que la intervención se ajuste a las circunstancias mencionadas anteriormente.

En tercer lugar, hay una gran satisfacción del director del Centro en cuanto al desarrollo del menor y a su acomodación. En la entrevista, el director habla de unas expectativas personales que se cubren con los logros que alcanzan los menores del Centro en diferentes ámbitos, sobre todo en la educación y la posterior inserción en el mundo laboral, habiendo unos casos muy significativos de evolución.

Para finalizar la entrevista, se ha tratado el aspecto de los MENAS en los medios de comunicación. Últimamente, el cuarto poder está marcando su influencia y moldea las percepciones de la sociedad. Ahora bien, el director del Centro sostiene que el tratamiento que hacen los medios sobre las personas inmigrantes, entre ellas los MENAS, no es el adecuado y está muy sesgado. Se les asocia a la delincuencia, aunque la realidad es totalmente contraria. Indica que la gran mayoría de menores que ingresan en el Centro por la comisión de actos delictivos son de nacionalidad española y cualquier cuestión que afirme lo opuesto representa un dato engañoso. De este modo, conviene resaltar que, según la estadística<sup>78</sup> anual del 2019 del Juzgado de Menores N°1 de Castellón de la Plana, de las conductas tipificadas como delitos, un

---

<sup>78</sup> Estadística del Consejo General del Poder Judicial, Sección de Estadística Judicial. Extraída de [http://estadisticas.pnj.cgpj.es/consultaweb/07/Boletin\\_07.aspx](http://estadisticas.pnj.cgpj.es/consultaweb/07/Boletin_07.aspx).

total de 107 se han cometido por menores españoles y un total de 23 por menores extranjeros y de los delitos leves, 50 cometidos por españoles y 15 por extranjeros.

## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA:**

Para profundizar en materia de justicia juvenil en España resulta necesario mencionar la CE de 1978, cuyas orientaciones se transformaron en motivos encaminados a consolidar un sistema legal acorde a las garantías que emana la lex fundamentalis. Aún así, transcurrió mucho tiempo para realizar dicha tarea. Durante más de 40 años e instaurada ya la CE, la minoría de edad en España se ha regulado a través del mecanismo represivo fundado por los Tribunales Tutelares, sin dar cabida al “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” por parte de Jueces y Tribunales competentes y especializados. Así las cosas, partiendo del artículo 117.3 CE reforzado por la creación en el año 1985 de los Juzgados de Menores por la LOPJ y siguiendo los criterios interpretativos diseñados por los instrumentos internacionales de protección de la infancia, la jurisdicción de los Tribunales Tutelares quedó anulada cuando el TC planteó su inconstitucionalidad mediante la STC 36/1991.

### **SEGUNDA:**

Al hilo de lo anteriormente expuesto, en 1992 finaliza el proyecto paternalista de los Tribunales Tutelares que consideraba al menor como enfermo y anormal. En este contexto, se necesitaba que el menor asuma su propia responsabilidad, dado que sus hechos delictivos no podrían quedar impunes. De esta manera, la primera ley que otorga individualización al menor de edad en el sistema jurídico-penal en España es la LORPM 5/2000, que es el corpus iuris del Derecho Penal juvenil. Si bien es cierto, esta ley ha sido fuertemente motivada por la radiografía social a nivel nacional e internacional, pero no es la única razón. Considero de gran importancia mencionar, en este sentido, la previsión del CP 1995 acerca de la edad del menor y la remisión a otra ley especial que recoja su responsabilidad. Por tal motivo, la LORPM 5/2000 regula en su texto legal la responsabilidad penal de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años.

### **TERCERA:**

No cabe duda que la sociedad española, la de hoy, está adherida a la normativa europea e internacional mediante la ratificación de documentos jurídicos que enaltecen los derechos humanos y que las actuales y vigentes LORPM y LOPJM cumplen con esas directrices que posicionan el interés superior del menor por encima de otros derechos o intereses. No obstante, la realidad jurídica de los menores está lejos de poder llegar a una plena armonización con la realidad social. Quiero destacar que la opinión pública, mayoritariamente, considera que si algo no funciona en la política criminal, es causa de la debilidad del sistema, siendo ésta una hipótesis de fuerte candidez. La entidad de la cuestión es otra, es la sociedad en sí, la falta de ética profesional, son los mass media y el impacto de la difusión de los delitos cometidos por jóvenes, sin olvidar del papel que tiene la familia en el desenvolvimiento de los menores. De ahí que la incapacidad de medir con justicia los casos reales convierten a los menores de edad, nacionales o de fuera, en un colectivo aún más vulnerable.

### **CUARTA:**

Empezando desde los años noventa, la problemática de la minoría de edad aparece también en el contexto de los flujos migratorios que tienen su punto de destino en el territorio español. Me refiero concretamente a los menores que viajan no acompañados y que, a diferencia de los adultos, serán tutelados por la Administración. Aunque ya en pleno siglo XXI las CCAA ofrecen varios mecanismos de protección a estos menores y un apoyo a su integración, no considero que exista un proyecto de futuro que pueda cubrir todas las necesidades de los MENAS (desarrollado el concepto en el apartado quinto del presente trabajo), catalogados más por la "E" de su acrónimo que por el hecho de seguir siendo unos menores de edad. No es necesario elaborar un catálogo más amplio de normas y planes de actuación relacionados a éstos, sino más pragmatismo y calidad en el sentido común, hasta el punto de abandonar las teorías que vinculan al MENA con la delincuencia. Así, me remito a las estadísticas actuales de la provincia de Castellón que comparten mi argumento anterior de que no existe certeza en la asociación entre la extranjería, en este caso de los menores, y la delincuencia.

## QUINTA:

Donde hay muchos aspectos que solucionar es en la transición del MENA, difuminado por su denominación, a la edad adulta. En nuestra legislación de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), la competencia de ofrecer protección a los menores se extingue con el cumplimiento de los dieciocho años de edad y la cuestión a responder es la siguiente: ¿podrá superar el “adulto extranjero no acompañado” el fracaso a sus expectativas en una sociedad donde se sigue fomentando el rechazo social y donde se verá obstaculizado para poder vivir decentemente? Mi respuesta es negativa. Pienso que se ofrece poca gradualidad al proceso de emancipación, realizándose de una manera demasiado brusca. Tal vez, se podrían prorrogar ciertas garantías de protección y elaborar planes de apoyo a los que dejaron de ser menores y analizar todas las circunstancias personales y las de retorno al país de origen. Sin duda, para llevar a cabo lo anteriormente mencionado, es insoslayable la elevación del gasto destinado a la partida presupuestaria, la dotación de medios materiales y humanos especializados que, gracias a una buena coordinación, podrían acompañar al menor en su proceso de transición, favoreciendo su integración estable en la sociedad de hoy.

## SEXTA

Para dar por concluido el presente trabajo y a modo de apunte final, me gustaría destacar una afirmación del Juez de Menores Calatayud que ofrece un panorama ideal sobre cómo ha de materializarse el paso del menor (su condición como tal, sin constar su lugar de procedencia) en la esfera jurídica y de protección del sistema español: *“No castigamos al menor para ponerle una pena y que pague lo que ha hecho. Condenamos al menor para que pague lo que ha hecho, pero con el propósito de que también le sirva de tratamiento educativo. o dicho de otro modo, se trata de conseguir para el menor la archiconocida reinserción.”* A mi entender, cualquier menor merece una oportunidad, ya que su entidad social le convierte en objeto de protección y en sujeto de los derechos que se le reconocen, especialmente la educación. En el caso de los MENAS, lo mismo. Tener una nacionalidad diferente de la española no ha de significar un impedimento en la aplicación del mismo tratamiento legal y de protección que el otorgado a un menor nacional. De facto, el interés para la reinserción de aquellos menores ha de ser imperativo e incluso más prioritario para todas las instituciones estatales y autonómicas, ya que, habitualmente, éstos forman parte de las poblaciones con alto riesgo de vulnerabilidad. Afortunadamente, parece que en la

actualidad, el Estado Español –Estado de Bienestar– apunta por la integración y por la solidaridad en el ámbito de los proyectos migratorios, pero hay un largo camino por recorrer para la concordancia de todas las coyunturas sociales.

---

### **BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA**

- ALTAVA LAVALL, M. G. (2002) Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.) *El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes, en Justicia Penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARBULESCU, R., Y GRUGEL, J. (2016). *Unaccompanied minors, migration control and human rights at the EU's southern border: The role and limits of civil society activism*. Migration Studies, 4(2), 253-272.
- BOZA MARTÍNEZ, D. (2001). *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz: Universidad de Cádiz (UCA).
- CABEDO, M. V. (2015). *Menores no acompañados: Los otros inmigrantes : cuestiones jurídicas, actividades investigadores y docentes*. València: Tirant lo Blanch.
- CALATAYUD, E., PÉREZ CRUZ, R., Y RIENDA, J. (2007). *Emilio Calatayud: Reflexiones de un juez de menores*. Granada: Dauro.
- CAPDEVILA, M. Y FERRER, M. (2003). *Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA)*. Formació i investigació social i criminològica- Generalitat de Catalunya- Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- COLOMER, E. G. S. (2001). *Principios orientadores de la responsabilidad penal de los menores*. En: Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos (pp. 31-56). País Vasco: Ararteko.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2000). *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas.
- CUERDA ARNAU M.L. (2007). *La política criminal del S.XXI frente a los menores delincuentes*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia.
- DOLZ LAGO, M. J. (1998). "Algunos aspectos de la Legislación Penal de Menores". La Ley (0211-2744), (3), p. 1507.
- DOLZ LAGO, M. J., Y ESPANYA. (2000). *La nueva responsabilidad penal del menor: Comentarios a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero*. Valencia: Revista General de Derecho.

- DOLZ LAGO, M. J. (2007). *Comentarios a la legislación penal de menores: Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DURÁN AYAGO, A. (2004). *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*. Madrid: Colex.
- EUROPEA, U. (2003). *Directiva 2003/86/CE del consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*. Diario Oficial de la Unión Europea L, 251(3), 12-18.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E., Y BERNUZ BENEITEZ, M. J. (2018). *Justicia de Menores*. Madrid: Editorial Síntesis, S. A.
- FERNÁNDEZ, P. P. (2018). *Estado de la cuestión sobre los derechos de los menas en España: entre la protección y el abandono*. RES: Revista de Educación Social, (27), 48-70.
- GARCÍA ESPAÑA, E. (2001). *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GENERAL, A. (1985). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*. Resolución, 40(33), 28.
- GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, E., Y ESPANYA. (1999). *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*. ( No. 18). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. (2007). *Comentarios a la ley penal del menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. Madrid: lustel.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2006). *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor* (84-8021-563-1, 978-84-8021-563-3).
- GONZALO GOICOECHEA, A., JIMENEZ MARTIN, E., Y VOZMEDIANO SANZ, L. (2010). *Menores o extranjeros?: Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- GROIZARD, A. (1870). *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*. Salamanca.
- LEGAZ CERVANTES, F., Y BUENO ARÚS, F. (2008). *Comentarios al reglamento de la ley orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Aprobado por RD 1774/2004, de 30 de junio*. Murcia: Fundación Diagrama.
- NEWLAND, K. (2010). *"The Governance of International Migration: Mechanisms, Processes, and Institutions"*. Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, 16/3: 331–43.

- ODELLO, M. (2007). *Unaccompanied Minors: Rights and Protection*. International Journal of Refugee Law, 19(4), 779-782.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., Y ESPANYA. (2001). *Derecho penal de menores: Comentarios a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Barcelona: Bosch.
- PACHECO, J. F. (1856). *El Código penal concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco*. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- PERIAGO MORANT, J. J. (2015). *La ejecución de las medidas de internamiento en el sistema de justicia juvenil español*. (Doctorado). Universidad Jaume I.
- REYNAERT D., Bouverne-de-Bie, M., Y VANDEVELDE, S. (2009). *A review of children's rights literature since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Childhood, 16(4), 518-534.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2005). *Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores: Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa.
- RUIZ LEGAZPI, A. (2011). *La expulsión de menores extranjeros: Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SENOVILLA HERNÁNDEZ, F., LEGAZ CERVANTES, F. (2009). *Los menores extranjeros no acompañados en europa*. Murcia: Fundación Diagrama, Intervención Psicosocial.
- UNICEF. (1989). *Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*.
- UNICEF y CGAE (2009): *"Ni ilegales ni invisibles". Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España*. Madrid: UNICEF.
- UNICEF. (2019). *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*. Madrid: UNICEF Comité Español.
- VIVES ANTÓN T.S. (1991) *Constitución y Derecho penal de menores*. Poder Judicial, nº 21.

## **WEBGRAFÍA**

- CORTINA, A. *Estamos bajo mínimos de humanidad y justicia*. La Provincia - Diario de Las Palmas. 2008. Disponible en: <http://www.laprovincia.es/sociedad/2008/03/08/adela-cortina-minimos-humanidad-justicia/135720.html>



- *España establece un protocolo de menores extranjeros no acompañados: ESPAÑA INMIGRACIÓN.* (2014, Jul 22). EFE News Service. Retrieved from <https://search.proquest.com/docview/1547306869?accountid=15297>
- SAIZ, Eva. (27 de enero de 2020). *La Fiscalía del Supremo estudiará si las palabras de Rocío Monasterio sobre menores extranjeros son delito de odio.* El País. Extraído de: [https://elpais.com/politica/2020/01/27/actualidad/1580133927\\_987548.html](https://elpais.com/politica/2020/01/27/actualidad/1580133927_987548.html)
- ESPAÑOL, P. (2011). *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.* Extraído de: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2019). *Memoria elevado al Gobierno S.M.: Menores extranjeros no acompañados.* Extraído de: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)
- GRUGEL, J., & PERUZZOTTI, E. (2010). *Grounding global norms in domestic politics: Advocacy coalitions and the convention on the rights of the child in argentina\*.* *Journal of Latin American Studies*, 42(1), 29-57. Recuperado de: <https://doi.org/10.1017/S0022216X10000040>
- LÓPEZ ULLA, J. (2013). *Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo.* *Teoría y Realidad Constitucional*, 0(32), 481-500. Recuperado de: <https://doi.org/10.5944/trc.32.2013.11798>
- MARCUS, P. (2004). *United states the juvenile justice system in the united states.* *Revue Internationale de Droit Penal*, 75(1-2), 535-552. Recuperado de: <https://doi.org/10.3917/ridp.751.0535>
- MINISTERIO DEL INTERIOR. (2018). *Portal Estadístico de Criminalidad: Detenciones e investigados menores por tipología penal, nacionalidad y sexo.* Consultado en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Tabla.htm?path=/Datos3//I0/&file=03003.px&type=pcaxis&L=0>
- *Unicef denuncia que la mitad de los MENAS abandona los centros porque el sistema no los protege.* (27 de febrero de 2019). El Pueblo de Ceuta. Recuperado de: <https://elpueblodeceuta.es/art/36320/unicef-denuncia-que-la-mitad-de-los-menas-abandona-los-centros-porque-el-sistema-no-los-protege>