

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES FERNANDO SALINAS MOLINA, FELIX PANTOJA GARCÍA, ALFONS LÓPEZ TENA, Y MONSERRAT COMAS DE D'ARGEMIR I CENDRA AL PUNTO I.28º DEL ORDEN DEL DIA DE LA SESIÓN PLENARIA DE FECHA 23 DE NOVIEMBRE DE 2005.

Los vocales que suscribe el presente voto particular, muestran su disconformidad con el contenido del informe elaborado por la comisión de estudios e informes respecto del proyecto de ley de modificación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, ya que no recoge algunas cuestiones relevantes y que deberían haber sido objeto de valoración e inclusión en el mismo. Esta disconformidad radica en los siguientes puntos:

1.- No alude el informe al **modelo de política criminal** que subyace en el proyecto de ley de reforma, que se sustenta en un incremento de los principios punitivos a través del aumento de la duración de las medidas, y del periodo de seguridad (véase el art. 10), y la respuesta carcelaria (art. 14), en detrimento de las medidas de reinserción social esenciales en una Ley de esta naturaleza como la exposición de motivos expresa en los principios, criterios y orientaciones que le informan, en concreto su naturaleza sancionadora-educativa. De otra parte la modificación legal no trata el sistema de ejecución de medidas, donde se encuentra el principal, y quizás único, problema de la ley, esencialmente en la necesidad de dotar de los recursos económicos y sociales necesarios a las infraestructuras de ejecución de medidas (centros, formación de personal técnico en especial), así como regular adecuadamente la gestión de los centros de internamiento ahora en régimen de concierto con entidades privadas y que deberían permanecer exclusivamente bajo gestión pública teniendo en cuenta lo delicado de la función encomendada. Los datos y la determinación en la localización del problema de la ejecución de las medidas, son conocidos por el Consejo, obran en los informes de la Inspección y por lo tanto deberían haber sido ofrecidos al legislador como elementos que ayuden a la reflexión durante el trámite de elaboración de la ley.

2.- De igual manera, el informe no alude en ningún momento al concepto denominado **interés del menor**, determinante de la respuesta sancionadora de la ley y diferenciadora del procedimiento de adultos. Este concepto definido en el art. 3.1 de la Convención de los derechos del niño (todo menor de 18 años), de 1989, y en los principios generales de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, informa de modo esencial la ley cuya modificación se propone (I.2 y II.7 de su exposición de motivos), y se ve decisivamente alterado por las modificaciones legales que se proponen hasta el punto de desnaturalizar definitivamente la ley, para convertirla en una ley penal como la de adultos, si bien con un procedimiento distinto que pudiera estar, a partir de ahora injustificado.

El juego del interés del menor en el proceso de menores viene establecido en la necesaria valoración por el juez de sus circunstancias personales, sociales y familiares para adecuar la respuesta sancionadora; y así, acreditada la comisión del hecho tras vencer la presunción de inocencia, la sanción se debe atener a la valoración del interés del menor efectuado del modo dicho. Si la respuesta sancionadora se hace proporcional al hecho como en el procedimiento de adultos, es decir acreditado el presupuesto de hecho la consecuencia jurídica viene dada por el código penal, con la proporcionalidad que resulta de la tipificación penal, el interés del menor resultará irrelevante al condicionar la respuesta al automatismo legal sin las consideraciones que singularizan la respuesta a los menores infractores. Este ataque al valor incorporado al concepto interés del menor se evidencia en el incremento punitivo que se establece en el nuevo art. 10, especialmente significativo si se pone en relación con lo que establece el nuevo art. 14 que lleva a los menores a la cárcel desde los 18 años (excepcionalmente) y de los 21 (ordinariamente), por lo que los incrementos punitivos previstos son exclusivamente incrementos carcelarios, con la discrecionalidad judicial muy limitada y en consecuencia no toman en cuenta el interés del menor sino la retribución en el castigo al hecho cometido. Si la respuesta valorable al interés del menor es el ingreso en un centro penitenciario, sobra cualquier otra consideración que no sea poner en el sistema penitenciario ordinario el modelo de reinserción social de menores por

lo que no existe justificación para diferenciar la respuesta penal a mayores o menores.

Pero también, se ve comprometido el interés del menor por el establecimiento de periodos de seguridad (art. 10 1 b. Pº 2º y 10.2.b) que impiden al juez modular la respuesta sancionadora en interés del menor, y de valorar su evolución, privando de sentido los proyectos educativos previstos por los equipos técnicos y recogidos en la sentencia, y convirtiendo en irrelevante el trabajo de formación que ha de acabar necesariamente en un centro penitenciario ordinario regido por lo establecido en la Ley General Penitenciaria (art. 14.2.y 3).

Otra de las circunstancias contrarias al interés del menor lo constituye la permanencia de la acusación particular en el proceso. Es cierto que no se trata de una novedad aportada por el proyecto de ley que se estudia, y que no hubo oportunidad de estudiar desde el Consejo por no haber sido remitida oportunamente la modificación efectuada en su día, pero si cabe advertir que mal se concilia el elemento vindicativo, legítimo sin duda, del perjudicado, con el interés del menor proclamado por la ley; por ello parece adecuado sugerir su reconsideración en esta nueva modificación legal.

Por último, el informe no hace alusión alguna a las razones que motivan el cambio de posición de este Consejo respecto al informe emitido el 12 de noviembre de 1997, en el que con respecto a estas cuestiones y en particular al interés del menor y al tratamiento diferente de menores y adultos, se mantienen pronunciamientos claros y rotundos tales como *“la opción por un sistema como el configurado por el Anteproyecto(el de entonces, claro) implica un tratamiento jurídico-penal **nítidamente diferenciado del menor respecto del adulto**, en términos tales que no permite la aplicación a los menores de una parte del sistema punitivo y de enjuiciamiento aplicable a los mayores, de un lado, y de otro comporta, en nuestro sistema orgánico y procesal, la atribución competencial de su aplicación al Juez de Menores como juez natural.”* O que *“la particular consideración de los principios específicos de la Justicia de menores, especialmente del principio educativo,..... de oportunidad con control judicial, y de intervención mínima, **teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.**”*

3.- Tampoco aborda el informe ninguna reflexión acerca de la “nueva” **imputabilidad** que parece construir el proyecto para los menores. En efecto, si consideramos que permanece vigente el art. 19 del código penal que exime de responsabilidad penal a los menores de 18 años con arreglo al mismo código, resulta que la imputabilidad de éstos ha de ser diferente a la de los mayores de 18. Ahora bien, si hasta la presente reforma, y pese al retroceso que supuso la reforma que en 2003 se efectuó al artículo 15, al establecer ya, el régimen penitenciario para los mayores de 23 años, y que cuestionaba la diferente imputabilidad, la modificación del presente proyecto va mucho mas allá, pues además de establecer el régimen penitenciario a partir de los 21 años con carácter general, lo impone, bien que excepcional, desde los 18 para determinados supuestos. Esto tiene un efecto sobre el tratamiento punitivo a sujetos de distinta imputabilidad a los que se responde con el mismo el sistema, el penitenciario común, aún cuando la pena de cárcel no está prevista, entre las medidas establecidas en la ley 5/2000 para aquellos que no son imputables con arreglo al código penal en el momento de cometer el delito. Es decir, un menor de 18 años en el momento de la comisión del delito, y que por lo tanto no es responsable penalmente con arreglo al código penal, puede ser condenado a una pena de hasta 10 años (art. 11.2) de cárcel, (art. 14.2), ingresando en la misma inmediatamente, aun cuando la petición de la acusación sea de internamiento en centro cerrado, lo que contradice lo dispuesto en el art. 8 del texto legal. Se trata de un caso de imputabilidad sobrevenida y con efectos retroactivos que puede vulnerar principios esenciales del derecho penal como los de seguridad jurídica, el acusatorio, de no retroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, de igualdad ante la ley (se puede ser imputable o no según el delito cometido), y amenazado de inconstitucionalidad, pues como establece la STC 36/91, F.J. 5º, “no hay fundamento para la sustracción de un determinado tipo de infracciones de los menores al régimen general de responsabilidad configurado por la ley”, y mas aún, la citada sentencia establece que “*el sistema que resulta de las convenciones internacionales suscritas por España, es el de una edad de referencia, por debajo de la cual el menor ha de ser tratado de manera distinta, sin que pueda aplicársele el régimen penal de los mayores de edad*”, y

el proyecto lo somete al régimen general de la Ley Orgánica General Penitenciaria (art. 14.2.3.5).

También supone una diferencia de trato respecto al modelo que establece el sistema de pena mas medida de seguridad para los declarados semiimputables por enajenación mental, en cuyo caso la pena de cárcel se puede llegar a cumplir después de la medida de seguridad pero no de modo inmediato por lo que, el tratamiento penal para estos menores es sustancialmente desigual al que prevén los artículos 99 y 104 del Código Penal para aquellos semiimputables.

4.- Tampoco aborda el informe la **postergación de la respuesta sancionadora educativa**, prevista en la ley, para convertirla en **respuesta vindicativa y retributiva** exclusivamente. En efecto, si analizamos el mecanismo previsto en el art. 14, en particular en sus números 2 y 3, veremos (como ya hemos visto en el caso del número 2 del art. 14), que el menor puede ir al centro penitenciario a cumplir una pena de cárcel de hasta 10 años, (incluso el periodo de medida cautelar de internamiento ya que el proyecto habla de “medidas de internamiento”) sin ser imputable con arreglo al código penal en el momento de cometer el delito, (basta con que sea juzgado tras cumplir la edad de 18 años), pero es que además, en el caso ordinario, el menor deberá pasar del centro de menores a la cárcel a cumplir la pena hasta el final, frustrando, evidentemente, toda opción de dar continuidad al proceso educativo y de inserción social, laboral y personal que se haya iniciado, incluso sin posibilidad de modificar el Juez la situación por el extenso período de seguridad a que se verá sometido el menor (art. 10.2.b). En este punto, cabe discrepar abiertamente de la cita que se hace en el informe en su página 12, al analizar los pronunciamientos del TEDH de 29.2.88, y 16.5.2002, que admite el ingreso en la cárcel por tiempo determinado y con carácter provisional, para los menores, en tanto se encuentra acomodado en un centro adecuado regido por el principio de supervisión educativa, cuando lo que propone el proyecto es al contrario, para menores, que han cometido el hecho antes de cumplir los 18 años, se propone salir de un centro con supervisión educativa para pasar a la cárcel. De otra parte, el aludido sometimiento al menor a lo que establece la L.O. General Penitenciaria, vulnera lo que

establece el art. 5.3 de la L.O. 5/2000, que establece el control de la ejecución de sus sentencias al Juez de Menores (art. 46 de la L.O. 5/2000).

Por último, cabe señalar, la creación de una nueva circunstancia, que si no cabe de calificarla de agravante, desde un punto de vista técnico jurídico, (además de no prevista en el código penal), como es el “actuar en grupo” definido en el art. 9.2.C., sí produce efectos jurídicos gravosos para los menores, pues supone que le puede ser aplicable la medida en centro cerrado (es decir la cárcel si se da el supuesto del art. 14) a cualquier conducta típica cometida de ese modo. Además de desconocer el comportamiento grupal de los adolescentes, por lo que sería de aplicación con mucha frecuencia, significa un supuesto de discriminación con respecto a los adultos, ya que para éstos, el “actuar en grupo” por sí mismo no produce efectos jurídicos especiales, a salvo en aquellas otras formas típicas también aplicables a los menores como el conjunto de tipos penales; así pues, ¿Cabe establecer una circunstancia de consecuencias jurídicas gravosas sólo a los menores?. ¿No atentamos al principio de igualdad del art. 14 de la CE?. Pues bien, nada de esto se contempla en el informe.

5.- Otras cuestiones a considerar no tratadas por el informe:

Tiene el proyecto de ley, graves errores al intentar justificar la reforma en su exposición de motivos. Así, se habla de un aumento considerable de delitos cometidos por menores. No dice nada el informe al respecto, pero lo cierto es que el Consejo, a través de su servicio de inspección, tiene datos que desmienten esa afirmación, y así en el siguiente cuadro, podemos ver que la evolución del número de expedientes incoados en todos los juzgados de menores, en el periodo 2001-2004 no avalan, ni mucho menos, esa afirmación.

| ASUNTOS | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|----------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Registrados | 54.922 | 36.605 | 33.120 | 32.574 |
| Resueltos | 38.953 | 31.986 | 36.089 | 35.611 |
| Pendientes | 26.079 | 31.034 | 26.665 | 24.280 |

Pero no sólo son los datos del servicio de inspección, el Catedrático de derecho Penal D. José Luís Díaz Ripollés del Instituto andaluz de criminología y la Facultad de derecho de Málaga, analizando la delincuencia de menores obtiene datos similares, y así; si atendemos a las infracciones mas graves que pueden cometer los menores y que, por ello, justifican su detención por las fuerzas de seguridad, apreciamos en el gráfico que tienen una tendencia más bien a la baja, sin que se hayan superado los niveles del año 2000 en los cuatro años siguientes, y mostrando los años 2003 y 2004 un sucesivo descenso.

Detenciones de menores

| <i>AÑO</i> | <i>DETENCIONES</i> |
|-------------------|---------------------------|
| 2000 | 27.127 |
| 2001 | 26.504 |
| 2002 | 26.670 |
| 2003 | 24.309 |
| 2004 | 23.884 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos oficiales

Todos estos datos muestran que, al menos, falta rigor en la exposición de motivos lo que debería haber sido puesto de manifiesto en el informe del Consejo.

6.- Otra de las cuestiones que llaman la atención en la exposición de motivos, es que a pesar de que se dice que han transcurridos cinco años desde su aprobación y se ha efectuado una evaluación de la ley, realmente se ignora el alcance y resultados de la evaluación, cuando aún no han transcurrido los cinco años desde su entrada en vigor, con la paradoja, que aún reconociendo

que no han aumentado los delitos violentos, se incrementan precisamente la penalidad para este tipo de delitos, sin atender a las soluciones no penalizadoras, como las extrajudiciales muy válidas para combatir la pequeña delincuencia en menores pero que precisan de recursos de los que carece la respuesta legal, y respecto a lo que no existe mención alguna ni en el proyecto ni en el informe.

Nada dice el informe de la modificación introducida en el apartado 2º del art. 17 en cuanto a la entrevista del menor detenido con su abogado, que pasa a ser al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración, en contra del principio interpretativo que hasta ahora se mantenía y que había sido resuelta en el ámbito del Ministerio Fiscal a través de la consulta 2/2005 de 12 de junio que concluye el reconocimiento del derecho del menor a entrevistarse reservadamente con su letrado, Incluso antes de prestar declaración en sede policial. Sobre esto tampoco se pronuncia el informe pese a constituir un paso más en la degradación del interés del menor.

7.- Igualmente nada se dice de los aspectos orgánicos tales como la necesidad de regular la especialidad de los jueces de menores y su acceso a la segunda instancia, cuando el Consejo conoce las disfunciones que produce la falta la segunda instancia especializada. Ni sobre esto trata el proyecto, ni el informe realiza ninguna consideración pese a la importancia que al servicio público y al modelo de justicia de menores indudablemente tiene.

8.- Por último, con respecto a la definitiva eliminación de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 al tramo de edad de 18 a 21 años y la consiguiente modificación del Código Penal, suprimiendo el vigente artículo 69, es evidentemente, una decisión del legislador y el informe así lo considera, pero este voto particular entiende que el informe debió reflejar alguna consideración en tanto que supone un paso atrás en la no judicialización de pequeñas infracciones (se refiere a delitos menos graves y faltas) que pudiera encontrar cauce de respuesta en el ámbito de la mediación y la solución extrajudicial en la línea de los modelos penales más avanzados de los países de nuestro entorno.

Por todo ello, los Vocales firmantes, discrepan del informe a través del presente voto particular.

En Madrid, a 23 de noviembre de 2005.

LOS VOCALES

Fdo.: Fernando Salinas Molina

Fdo.: Félix Pantoja García

Fdo.: Alfons López Tena

Fdo.: Montserrat Comas d'Argemir y Cendra