



Consejo General de la Abogacía Española

CIRCULAR 5/2007

Madrid, 4 de enero de 2007

ASUNTO: Régimen transitorio para mayores de 18 años y menores de 21 años

**EXCMO./A SR/A DECANO/A
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS**

Querido Decano/a y amigo/a

La entrada en vigor el día 1 de enero del 2007 de los artículos 4 de la LO 5/00 y 69 del Código Penal, durante el breve plazo de 36 días hasta el 5 de febrero, hace preciso la mayor difusión posible de la presente circular a fin de que los compañeros, en especial los del Turno de Oficio Penal y los adscritos a los Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria, tengan un conocimiento amplio del régimen transitorio y la afectación sobre los justiciables jóvenes de 18 a 21 años o que fueron condenados en dichas edades por la justicia de adultos y que reúnan una serie de requisitos.

El artículo 69 del Código Penal establece la posibilidad de aplicar a los mayores de 18 años y menores de 21 las disposiciones de la ley reguladora de responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que la misma estableciera. El artículo 4 de esta Ley determina que la aplicación será posible cuando el Juzgado de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado y el equipo técnico de Fiscalía, así lo declare mediante Auto, en los supuestos de falta o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o integridad física, no exista condena en Sentencia firme por hechos cometidos una vez cumplidos los 18 años (sin computar antecedentes penales que debieran estar cancelados), y que sus circunstancias personales y grado de madurez lo aconsejen (especialmente cuando así lo recomiende el equipo técnico en su informe).

La entrada en vigor del citado régimen fue suspendida por la LO 9/00 y LO 9/02, hasta el 1 de enero de 2007. El legislador decidió finalmente, tras varios cambios de parecer, suprimir definitivamente el citado régimen en la LO 8/06, que publicada en el BOE de 5 de diciembre no entrará en vigor hasta el 5 de febrero de 2007. Todo ello determina que exista un período en el que estará vigente la posibilidad de aplicar a los mayores de 18 años y menores de 21 la legislación de menores tanto a los hechos cometidos en el citado período, aunque los mismos se instruyan con posterioridad, como a aquellos que cometidos con anterioridad aún se halle en instrucción, enjuiciamiento, recurso o ejecución.

La iniciativa del Letrado en la aplicación del artículo 4 será fundamental, toda vez que la Fiscalía General del Estado ha dictado la Instrucción nº 5/06 instando a los Fiscales a que no sólo no soliciten, sino que incluso se opongan, informen negativamente y recurran la aplicación del citado artículo. Ello en la consideración que se trató de un error material del legislativo de la nueva LO 8/06 al olvidarse del período transitorio tras las suspensiones efectuadas por la LO 9/00 y 9/02 hasta el 1 de enero de 2007 y que una interpretación gramatical podría “resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de entender que la norma derogatoria excluye lógica, sistemática,



Consejo General de la Abogacía Española

contextual, histórica y teleológicamente el efecto formal involuntariamente derivado del mantenimiento, por olvido del Legislador, de dicha Disposición Transitoria”.

Esta interpretación se aleja del interés del justiciable y del contenido de la Circular 1/00 de Fiscalía. Frente a ello, debe objetarse una serie de motivos que sirven de fundamento a la actuación del Letrado.

Primero, el legislador sí fue plenamente consciente de la vigencia temporal sin que adoptara decisión alguna, por lo que no cabe presumir error alguno. Así en el Senado la portavoz del PSOE señaló al debatir sobre el artículo 4 que “a efectos de que lo sepan los ciudadanos, que la aplicación de la ley penal del menor a los jóvenes de 18 a 21 años nunca ha entrado en vigor, por tanto, carecemos de la experiencia real sobre los efectos que tendría la aplicación de esa ley en ese tramo. En cualquier caso, la aplicación a ese tramo de la ley del menor no está derogada sino que su entrada en vigor está suspendida hasta el 1 de enero del año 2007”.

Segundo, el principio de legalidad y una interpretación gramatical imponen la aplicación de la norma más beneficiosa para el justiciable, lo que no hace la interpretación de Fiscalía que es contra el sentido literal y por tanto contra *legem* y no supondría sino la creación de otra norma distinta. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 24/04 de 24 de febrero ha señalado que por vía interpretativa no se puede concluir que otra es la voluntad de la Ley, “pues los argumentos que esgrime el Fiscal General [...] proponen una regulación legal que los resolvería, pero no a través de una interpretación del mismo, sino de la creación de otra norma distinta, ignorando un enunciado legal meridianamente claro”.

Ni el propio Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno 273/05 de 27 de octubre, se permite una interpretación tan extensiva, señalando que “la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde”.

Tercero, la proscripción de la irretroactividad de la disposición no favorable (LO 8/06) de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución Española. El 2.2 del Código Penal establece la retroactividad de las normas que favorezcan al reo. El artículo 4 de la LO 5/00 y 69 del Código Penal tienen un carácter procesal con un eminente contenido material, en cuanto permite aplicar medidas y no penas.

Todo ello hace conveniente que los letrados solicitemos a través del correspondiente incidente la aplicación del artículo 4, debiendo distinguirse distintos supuestos:

1º Procedimientos penales en instrucción entre 1 de enero y 5 de febrero de 2007, el Letrado deberá promover una cuestión incidental ante el mismo Juzgado. Los hechos que se cometan en dicho período pero cuya instrucción no se inicia hasta con posterioridad también deberán ser reconducidos a través de la oportuna cuestión incidental al ser la ley vigente en la fecha de la comisión.

2º Procedimientos a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el abogado podría plantear la nulidad de actuaciones del 240.2 de la LOPJ en relación con el 238.3 al existir



Consejo General de la Abogacía Española

unas normas que permiten la aplicación de un procedimiento que determinará una medida más favorable para el joven e incluso solicitar la suspensión de la vista al amparo del 788.1 y 746.1 hasta tanto el instructor se pronuncie.

3º En las Sentencias dictadas que no sean firmes, por estar pendientes de recurso, o aquellas firmes pendientes de ejecución o en ejecución, se podría invocar la anterior causa de nulidad ante el órgano judicial (240.2 y 241.1.2 LOPJ) o bien plantear la aplicación supletoria del Código Penal: la aplicación de la nueva norma al tribunal que conozca del recurso (DT 9 CP) o la revisión de la Sentencia a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria (DT 3 y 4 CP), al tratarse de la regulación expresa de aplicación como derecho supletorio de acuerdo con la Disposición Final Primera de la LO 5/00 y Disposición Transitoria Primera del Código Penal, que prevé que a la entrada en vigor de los artículos del Código Penal, en este caso el 69, se apliquen las nuevas normas.

Es conveniente recordar que de alegar la nulidad de actuaciones la misma debería realizarse antes de que se dicte la resolución que ponga fin al proceso o en el plazo breve de 20 días desde que se tuvo conocimiento del defecto, en este caso considerado desde la entrada en vigor de la Ley.

Podría sostenerse a fin de evitar reticencias de los órganos judiciales a que, con carácter previo a la resolución de la nulidad de actuaciones o revisión interesadas, se soliciten por parte del órgano los preceptivos informes del equipo técnico e incluso adjuntar alguno de parte a fin de sostener la aplicación de la ley penal del menor.

Finalmente, las incidencias que se puedan generar se publicarán en la pagina web www.derechopenitenciario.com del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, que podrán ser comunicadas por los compañeros a la dirección derechopenitenciario@micap.es a fin de su incorporación.

Espero que le des a esta nueva iniciativa la máxima difusión posible.

Sin otro particular, atentamente,

Luis Ruipérez Sanchez
Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita