

## INSTRUCCIÓN N° 5/2006

### **SOBRE LOS EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000 DE 12 DE ENERO REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, PREVISTA POR LEY ORGÁNICA 8/2006 DE 4 DE DICIEMBRE.**

#### I. INTRODUCCIÓN

La próxima entrada en vigor, el 5 de febrero de 2007, de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, acarrea un problema aplicativo al que es preciso dar respuesta antes de esa fecha, con el fin de asegurar la actuación uniforme del Ministerio Fiscal en el marco del principio de legalidad. Sin perjuicio, por supuesto, de cualquier ulterior reflexión acerca de cualesquiera otras precisiones interpretativas que pueda reclamar la reforma operada por dicha Ley Orgánica.

De acuerdo con la Disposición final de la citada L.O. 8/2006, ésta entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de la Disposición final primera, que lo hará al día siguiente de dicha publicación. Dado que tal publicación oficial se produjo el día 5 de diciembre de 2006 (B.O.E. núm. 290), la entrada en vigor se hará efectiva, como se ha anticipado, el próximo día 5 de febrero de 2007, salvo lo dispuesto para la indicada Disposición final primera, cuestión ésta última que no interesa al objeto de la presente Instrucción.

El problema surge en relación con el artículo 4 de la ahora parcialmente derogada L.O. 5/2000 (en lo sucesivo, LORPM). Como es sabido, dicha norma desarrollaba el artículo 69 del Código Penal vigente (L.O. 10/1995 de 23 de noviembre) en los siguientes términos:

*“Artículo 4. Régimen de los mayores de dieciocho años.*

*1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto.*

*2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:*

*1ª Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.*

*2ª Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 del Código Penal.*

*3ª Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.*

*3. Contra el auto que resuelva lo indicado en los apartados anteriores, cabrá recurso de apelación en el plazo de tres días, del que conocerá la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, sin previo recurso de reforma. La apelación se sustanciará conforme al régimen general establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mencionado auto, una vez firme, se dará traslado al Ministerio Fiscal para la tramitación del procedimiento previsto en la presente Ley.*

La entrada en vigor de dicho artículo 4 LORPM, como también es conocido, fue suspendida por el propio Legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera, por un plazo de dos años, mediante la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Y la segunda a través de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de Modificación del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, que establecía textualmente: *“Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007”*.

Por su parte, la nueva L.O. 8/2006 deroga definitivamente la norma, sustituyendo la redacción del artículo 4 que se ha transcrito por otra que nada tiene que ver con su anterior contenido. En consecuencia, la posibilidad de aplicación de la LORPM a delitos o faltas cometidos por mayores de edad desaparece por completo de su texto. La Exposición de Motivos confirma el sentido de la decisión del Legislador, al expresar de manera categórica que *“(…) se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años”*. El mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo: mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entrará formalmente en vigor el próximo 5 de febrero, la moratoria de la vigencia del artículo 4, en su anterior redacción dos veces suspendida, concluirá antes, el 1 de enero. Se trata por tanto de determinar si durante el período que media entre ambas fechas -poco más de un mes- podría haber lugar a la aplicación efectiva, transitoria o incluso retroactiva, de la redacción original del citado artículo, y por tanto a la extensión de los efectos de la LORPM a delitos y faltas cometidos por jóvenes de entre 18 y 21 años.

En una primera aproximación, resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida *“definitivamente”* por el propio Legislador mediante Ley Orgánica sancionada y promulgada, pueda sin embargo producir efectos durante el período de *vacatio legis* de la propia Ley que lo deroga.

Prescindiendo, por ello, de cualquier otra apreciación o valoración acerca de los motivos o circunstancias determinantes de tal situación, la contradicción palmaria entre la voluntad declarada en la Exposición de Motivos de la L.O. 8/2006,

concordante con sus disposiciones sustantivas, y una aplicación mecánica de lo dispuesto de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/2002, exige un análisis interpretativo más profundo que el circunscrito a la mera gramaticalidad de los preceptos en conflicto.

Análisis que, naturalmente, ha de efectuarse a la luz de los criterios legales de interpretación de las normas jurídicas que enumera el artículo 3.1 del Código Civil.

## II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN CONFLICTO

En el plano lógico y sistemático, se acaban de subrayar los términos de una contradicción aparentemente insalvable. La nueva redacción del artículo 4 LORPM, dada por la L.O. 8/2006, y su Disposición derogatoria, que, con la fórmula habitual, declara excluidas del ordenamiento jurídico todas las normas que se opongan a dicha Ley, resultan incompatibles, en términos de lógica y congruencia, con la aplicación, aun meramente temporal, de una de las normas que precisamente se derogan.

Una interpretación que intentase conciliar ambos propósitos tan sólo pondría de manifiesto una irresoluble antinomia entre la Disposición Derogatoria citada y la Disposición Final de la propia Ley Orgánica 8/2006. La derogación normativa que la primera “*definitivamente*” pretende quedaría excepcionada de manera temporal, sin motivo aparente, por la segunda.

En ese terreno de la lógica, resultaría completamente absurdo que, cuando se trata de pasar de la inaplicación provisional de una norma a su inaplicación definitiva (por derogación), tal norma se aplique durante un mes. Al menos, a falta de alguna razón fundada que pudiera justificar tan extraño proceder del Legislador. Y es claro que tal razón no existe. No hay en la L.O. 8/2006 explicación lógica alguna capaz de justificar la vigencia temporal del artículo 4 LORPM. La única explicación de su aparente pervivencia es la existencia (pública y notoria) de un mero error material ocurrido en el proceso normativo. Error que, además, carece de solución viable en el mismo plano legislativo, dado el rango de Ley Orgánica de la norma y la premura de su plazo de entrada en vigor, ya que tal solución sólo podría venir dada por la tramitación, aprobación y publicación de otra ley de igual rango.

Ése precisamente, el de la existencia de un craso error material, es el dato que se desprende tanto del contexto como de los antecedentes históricos y legislativos a los que, en auxilio de la lógica, ordena remitirse el citado artículo 3.1 del Código Civil. Las vicisitudes del trámite parlamentario, cuyo examen o crítica no procede hacer aquí, condujeron a que una Ley que declara de manera terminante la voluntad de derogar una norma, y de hecho la deroga, no haya cuidado el mecanismo formal específico para evitar una anómala –en tanto que no prevista ni deseada– aplicación temporal de la misma.

Sobre ese aspecto contextual e histórico no cabe duda.

Por lo que hace al contexto, en ninguna de las dos ocasiones más arriba citadas, en que se suspendió la entrada en vigor del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, se explicitó en el texto de la Ley el motivo de tal decisión moratoria; pero es notorio que tuvo que ver con la insuficiencia de recursos para hacer frente al reto de reconsiderar en bloque el tratamiento jurídico aplicable a una porción importante de las conductas delictivas que se dan en nuestra sociedad.

Pues bien, la situación y las razones que justificaron esos dos aplazamientos, en 2000 y 2002, no han variado sustancialmente, desde el momento en que no consta que se haya llevado a cabo ninguna actuación legislativa, ni de ninguna otra clase, que se haya presentado o pueda interpretarse como dirigida a remover los obstáculos que, en aquellas dos ocasiones, impidieron la vigencia de la norma. Resultaría en verdad paradójico que la aplicación de la Ley que por dos veces se evitó se produzca ahora, cuando, precisamente por subsistir la misma situación y las mismas razones, se ha decidido derogar el precepto con carácter definitivo. En cuanto a los antecedentes legislativos, basta seguir los trabajos parlamentarios para comprobar que la cuestión de fondo, esto es, la posibilidad de aplicar o no la LORPM a los jóvenes de 18 a 21 años, ha constituido uno de los objetos principales del debate suscitado por el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados y el Senado. Debate tras el cual existió una decisión explícita de las Cortes Generales, en los términos previstos en la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras, que conduce, como se ha dicho, a derogar “*definitivamente*” el texto originario del artículo 4.LORPM. En ninguno de esos debates se planteó -como es lógico, dadas las circunstancias-, una vigencia temporal del precepto con la perspectiva de su ulterior derogación. No hay, por tanto, duda alguna acerca de la *voluntas legislatoris*, que en este caso no podría obviarse a la hora de indagar la *voluntas legis*. La Ley ha pretendido que “*definitivamente*” quede inaplicada la norma. Es decir, algo radicalmente incompatible con su aplicación temporal, una vez decidida su desaparición.

Siguiendo la pauta del citado artículo 3.1 C.c., el examen de la cuestión desde el punto de vista teleológico arroja resultados similares.

Que la finalidad de la L.O. 8/2006 es la inaplicación definitiva del artículo 4 de la L.O. 5/2000 parece, a la vista del precedente análisis, un hecho incontrovertiblemente constatado.

Que su posible conflicto con los fines inherentes a la LORPM en su redacción originaria permitan, o incluso exijan, contrariar la actual y evidente *voluntas legis*, forzando una aplicación temporal no deseada de una norma cuya derogación ha querido y acordado el Parlamento, podría a lo sumo buscar apoyo en el argumento de una eventual vulneración de los derechos fundamentales de los posibles afectados, al tratarse de una Ley penal más favorable. Pero tal argumento adolece de una sensible falta de consistencia.

Primero, porque de conformidad con lo que se ha argumentado en las páginas anteriores, no nos hallamos ante una sucesión de leyes penales de sentido contrario o distinto, sino ante un mero error material en la sucesión cronológica de dos leyes penales que determinan, por voluntad del Legislador, exactamente el mismo régimen jurídico para los potenciales afectados por su aplicación.

Segundo, porque el derogado artículo 4 LORPM contenía un mecanismo de aplicación facultativa, basado en una previa valoración técnica y judicial, que por tanto no es susceptible de generar expectativas jurídicas materialmente equiparables, en términos de certeza, y por tanto a efectos de protección, al derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable (artículos 9.3 y 25.1 C.E.).

En este sentido, es importante tener en cuenta que la inaplicación de la controvertida norma en ningún caso ha generado la desconsideración de la situación peculiar de los denominados “jóvenes”, comprendidos en la franja de los dieciocho a los veintiún años. Las circunstancias contempladas en dicho precepto, relativas a su personalidad, en particular su falta de madurez, han tenido durante la época de suspensión de la vigencia del mentado artículo 4 y siguen teniendo su propio y específico cauce de valoración y tratamiento dentro del Código Penal, así como en la legislación penitenciaria. Aparte del régimen jurídico propio del error de hecho o de prohibición, las atenuantes o eximentes relacionadas con la imputabilidad del sujeto no sólo toman en cuenta esos factores personales a la hora de individualizar, o incluso excluir la pena, sino que también posibilitan la adopción, en el ámbito penitenciario o extrapenitenciario, de medidas de carácter reeducativo y/o terapéutico materialmente análogas a las contempladas en la LORPM.

Y tercero, porque, al hilo de esta última apreciación, cabe añadir que el principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica del Fiscal hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada, tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores. La remisión legal del tratamiento de determinado tipo de delincuentes a las normas previstas para los menores, basándose en que ciertas características de su personalidad aconsejan soluciones análogas, no puede confundirse con una ficción –y menos aún, con una realidad- jurídica que convierta en menores de edad a quienes legal y constitucionalmente no lo son. A salvo, claro está, de la especial consideración, ya mencionada, que los citados *jóvenes* merecen y reciben en la legislación penal y penitenciaria, de acuerdo con los instrumentos internacionales aplicables.

Ese principio del interés superior del menor, como concreción específica del interés público tutelado por la Ley, cuya defensa le atribuye al Fiscal el artículo 124 de la Constitución, sí es determinante, sin embargo, a la hora de asegurar la aplicación de la LORPM a sus genuinos y esenciales destinatarios: los menores de edad. En este punto, conviene subrayar que una hipotética aplicación imprevista –en todos los sentidos- del derogado artículo 4 LORPM, comportaría probablemente la derivación de importantes recursos que son imprescindibles, y con frecuencia insuficientes, para el funcionamiento ordinario del sistema. En particular, afectaría al trabajo de los equipos técnicos, cuyo informe exige preceptivamente el precepto que se deroga.

No se olvide, a la hora de valorar esta hipótesis aplicativa, que, como antes se apuntó, el posible colapso de los medios humanos y materiales disponibles ha sido una de las razones fundamentales del aplazamiento reiterado de la vigencia del citado artículo. La realidad social a la que ha de aplicarse la norma es el elemento final para su interpretación, de acuerdo con el invocado artículo 3.1 del Código Civil.

Quede claro que este dato relativo a la dificultad material de aplicación del precepto no pretende –ni podría- hacer por sí mismo obstáculo a la entrada en vigor de una norma de derecho positivo.

Pero aparte de ese valor interpretativo a la hora de determinar la *voluntas legis*, los problemas materiales de aplicación no pueden dejar de ser tomados en cuenta por el Ministerio Fiscal al definir, en la tesitura de responder a una situación legislativa como mínimo dudosa, qué ha de entenderse exactamente por *interés superior del menor*. No lo protegería el Fiscal, desde luego, instando o admitiendo, al hilo de un mero error formal, la artificiosa aplicación de un artículo dos veces suspendido y materialmente derogado, cuando de ella puede derivar la paralización o la dilación de su intervención en aquellos supuestos para los que inequívocamente la Ley fue concebida, a los que ha venido siendo aplicada, y para cuyo tratamiento el Legislador acaba de introducir reformas que naturalmente valora como mejoras. Se trata, por tanto, de evitar responsablemente que la verdadera protección del interés superior del menor quede preterida tras una visión exclusivamente formalista, fragmentaria o incluso entusiasta, de los supuestos y fugaces efectos positivos del error padecido por el Legislador.

Por todo ello, una lectura reflexiva y ajustada a los examinados criterios legales de interpretación del Derecho, conduce directamente a concluir que existe una contradicción material insoslayable entre la norma sustantiva que ordena la derogación del artículo 4 de la L.O. 5/2000, esto es, la Disposición derogatoria única de la L.O. 8/2006, en relación con el nuevo texto de dicho artículo, y, por otro lado, la Disposición Final de la misma, en relación con la Disposición Transitoria de la L.O. 9/2002. Tal contradicción sólo puede resolverse en el sentido de entender que la norma derogatoria excluye lógica, sistemática, contextual, histórica y teleológicamente el efecto formal involuntariamente derivado del mantenimiento, por olvido del Legislador, de dicha Disposición Transitoria.

La derogación legal del artículo 4 de la L.O. 5/2000 no puede generar una mera expectativa temporalmente eludible. La decisión de suprimir dicha norma ha sido aprobada por el Parlamento, sancionada y publicada en forma de Ley Orgánica; todos están sujetos a ella y conocen su contenido. Esa decisión convalida y confirma la inaplicabilidad derivada de la previa suspensión, por dos veces, de la vigencia del precepto que se suprime. La Disposición Derogatoria de la L.O. 8/2006 no puede, por tanto, pese a las omisiones que contenga, interpretarse de otro modo o producir otro efecto que no sea el de la *tácita reconducción* de la suspensión previamente acordada, hasta que la inaplicación del precepto devenga, como ha querido el Legislador, “definitiva”.

En consecuencia, la norma jurídica cuestionada, es decir, el artículo 4 LORMP, en su redacción original dada por L.O. 5/2000, no puede ni podrá entenderse vigente, ni por tanto aplicable en ningún momento ni a ningún hecho, sea anterior o posterior al 1 de enero de 2007.

Tal aplicación no podría llevarse a cabo sin incurrir directamente en el supuesto contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, que, como es sabido, sanciona los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o sean contrarios a él, estableciendo que tales actos no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Dentro de esas coordenadas, es evidente que la defectuosa regulación instrumental de la entrada en vigor de una Ley no autoriza a eludir la decisión sustantiva,

explícita e inequívoca, de expulsar *definitivamente* una norma del ordenamiento jurídico. El subterfugio de una aplicación temporal, imprevista y contraria a la evidente *voluntas legis*, en conflicto frontal con el sentido y fin de la propia Ley, ha de ser evitado y rechazado, en un recto entendimiento del principio de legalidad. Por consiguiente, el Ministerio Fiscal deberá oponerse en todo caso, en los momentos y a través de los cauces procesales oportunos, a la aplicación del citado artículo 4 LORPM, informando negativamente los traslados que se le confieran en orden a dicha aplicación, y recurriendo consecuentemente las resoluciones judiciales que pudieran llevarla a cabo. En este último aspecto, conviene recordar que el recurso de apelación contra el Auto del Juez de Instrucción previsto en el derogado artículo 4.3 LORPM se sustancia en ambos efectos, y por tanto tiene carácter suspensivo.

En virtud de todo lo expuesto, y a modo de recapitulación, cabe establecer las siguientes

### III. CONCLUSIONES

1ª. La derogación del artículo 4 de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante L.O. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la L.O. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2ª. La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3ª. Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado artículo 4 LORPM, además de 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 la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

4ª. En consecuencia, las Ilmas. e Ilmos. Sras. y Sres. Fiscales, en virtud de los razonamientos expuestos en la presente Instrucción, se opondrán en todo caso a la aplicación de dicho artículo 4 LORPM, en su redacción derogada, informando negativamente los traslados que a tal efecto se les confieran, e interpondrán los recursos oportunos contra las resoluciones judiciales que lo apliquen. En este sentido, se recuerda que el recurso de apelación previsto en el apartado 3 de la citada norma ha de sustanciarse en ambos efectos.

En razón de todo lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 20 de diciembre de 2006

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. Y SRAS. FISCALES JEFES.