

## “Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?

La sucesión de leyes derivada de la entrada en vigor – el 5 de febrero de 2007  
– de la LO 8/2006, de reforma de la LO 5/2000

Jesús-María Silva Sánchez

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

400

## *Sumario*

### 1. Introducción

2. Lo claro en relación con la entrada en vigor de la L.O. 8/ 2006: la ley aplicable a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007

3. Lo oscuro en relación con la entrada en vigor de la L.O. 8/ 2006: la ley aplicable a los hechos cometidos antes del 1 de enero de 2007

4. Toma de posición: posibilidades de reducción teleológica de las reglas de aplicación retroactiva de las disposiciones favorables

### 5. Bibliografía

## 1. Introducción

A los mayores de dieciocho y menores de veintiún años que hayan cometido un delito menos grave sin violencia o intimidación ni grave peligro para la vida o la integridad de las personas entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007 no se les impondrán, cuando sean juzgados, las penas previstas en el Código penal para el delito de que se trate. Ni siquiera serán juzgados conforme al procedimiento penal común correspondiente. Por el contrario, serán sometidos a la [Ley Orgánica 5/ 2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores](#) (BOE núm. 276, de 18.11.2005). Una vez juzgados conforme al procedimiento que dicha Ley establece, se les aplicará alguna de las medidas que ésta prevé para los jóvenes infractores de catorce a dieciocho años de edad.

En cambio, el sujeto mayor de dieciocho y menor de veintiún años que cometa, a partir del 5 de febrero, un delito de los indicados será juzgado por el procedimiento penal común. Y se le impondrá la pena prevista en el Código penal para el delito de que se trate, sin atenuación específica alguna. Pues esto es precisamente lo que establece la [L.O. 8/ 2006, de 4 de diciembre, de reforma de la L.O. 5/ 2000](#) (BOE núm. 290, de 5.12.2006), que entrará en vigor el 5 de febrero y deroga el art. 4 de este último texto legal. El referido art. 4 indica, a fecha de hoy (22 de enero de 2007):

“1. De conformidad con lo establecido en el artículo 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 artículo 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 artículo 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”.

Podría resultar sorprendente la afirmación inicial de que lo dispuesto en el art. 4 de la L.O. 5/ 2000 sólo se aplicará, en principio, a los sujetos mayores de dieciocho y menores de veintiún años que hayan cometido un delito de la clase mencionada entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007. Pero la sorpresa desaparece si se tiene en cuenta que dicho art. 4 de la L.O. 5/2000 no entró en vigor en su día con el resto de la Ley. Para completar el panorama conviene hacer un poco de historia.

El art. 69 del Código penal (L.O. 10/ 1995, de 23 de noviembre) dispone:

“Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”.

Precisamente en el art. 4 de la Ley 5/ 2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se desarrollaba aquella previsión con los requisitos que se han transcrito más arriba.

Sin embargo, a lo largo del período de un año de *vacatio legis* previsto en la Disposición Final Séptima de la L.O. 5/ 2000, el contenido de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley fue objeto de seria crítica. Se aludía, en particular, a la ausencia de recursos para afrontar las consecuencias de su aplicación; pero el propio criterio de fondo subyacente a dicha disposición era considerado discutible por muchos. Ello dio lugar a que, mediante la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/ 2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, se estableciera lo siguiente:

“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 los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma”.

Dos años más tarde, próximo el vencimiento del plazo de suspensión establecido en la L.O. 9/ 2000, la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/ 2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código penal y del Código civil sobre sustracción de menores, volvía a establecer una disposición de contenido similar:

“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 los 21 años, hasta el 1 de enero de 2007”.

Con el paso de los años, y a la vista de la clara evolución de la Política Criminal internacional en materia de delincuencia de menores y jóvenes adultos, iba quedando claro que el art. 4 de la L.O. 5/ 2000 no entraría en vigor jamás. De hecho, cuando el Gobierno surgido de las elecciones de 2004 se planteó la reforma de dicha Ley, pronto se advirtió que una de las disposiciones a las que la reforma podría afectar sería la contenida en el art. 4. Así, efectivamente, la reciente Ley Orgánica 8/ 2006, de 4 de diciembre, de reforma de la L.O. 5/ 2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ha procedido a la derogación de aquella disposición.

Sin embargo, la fecha de entrada en vigor de la L.O. 8/ 2006, que, entre otras reformas, establece la derogación del art. 4 de la L.O. 5/ 2000, se fijó para el próximo día 5 de febrero de 2007. Y, como se ha indicado más arriba, la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/ 2002, de 10 de diciembre, sólo había suspendido la aplicación del art. 4 de la L.O. 5/ 2000 hasta el 1 de enero de 2007. Ello significaba lo siguiente: después de un período de suspensión de siete años, el art. 4 de la L.O. 5/ 2000 entraba en vigor el 1 de enero de 2007 ¡aproximadamente un mes después de que se promulgara la Ley en la que se preveía su derogación, pero en torno a un mes antes de que tal Ley derogatoria entrara en vigor!

La falta de coordinación entre lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/ 2002 y el plazo de *vacatio legis* establecido para la L.O. 8/ 2006 había provocado unas curiosas “rebajas de enero” para los delincuentes de entre dieciocho y veintiún años.

## ***2. Lo claro en relación con la entrada en vigor de la L.O. 8/ 2006: la ley aplicable a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007***

Los términos en que se ha producido la referida sucesión de leyes permiten alcanzar algunas conclusiones claras. La *primera* es que, para los delitos cometidos por jóvenes de entre dieciocho y veintiún años a partir del día 1 de enero y hasta el 5 de febrero de 2007, la ley aplicable es el art. 4 de la L.O. 5/ 2000. Esto es, en la medida en que concurran los requisitos establecidos en dicha disposición, la legislación penal de menores. En efecto, como es sabido, la ley penal aplicable a un determinado hecho es, de entrada, la vigente en el momento de su comisión.

La *segunda* conclusión clara es que la entrada en vigor, el 5 de febrero de 2007, de la L.O. 8/ 2006 no puede determinar la aplicación retroactiva de lo dispuesto en ella a los hechos cometidos por mayores de dieciocho y menores de veintiún años entre el 1 de enero y el 5 de febrero. El art. 2.1 CP establece que no será castigado ningún delito o falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Con ello se expresa un aspecto del principio general de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables. La aplicación del régimen punitivo del Código penal para los jóvenes adultos de entre dieciocho y veintiún años, que establece la

L.O. 8/ 2006, constituye una ley posterior desfavorable para éstos si se compara con la aplicación del régimen de la legislación de menores. De manera que no puede aplicarse retroactivamente.

La *tercera* conclusión clara es que los hechos delictivos cometidos por sujetos de entre dieciocho y veintiún años de edad con posterioridad al 5 de febrero de 2007 tendrán como ley aplicable la vigente en el momento de comisión del hecho: esto es, el Código penal. La cuestión de si estos hechos merecen o necesitan algún género de atenuación es discutible. A mi entender, sin embargo, el planteamiento de una posible atenuación de responsabilidad para los jóvenes adultos que cometan hechos delictivos poco después de cumplir los dieciocho años no resulta irrazonable. Por el contrario, parece plausible si se atiende, por un lado, a la clara diversidad de las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal y en la Ley Penal del Menor y, por el otro, a la proximidad de edad que puede darse entre los sujetos sometidos a esta última y algunos individuos mayores de dieciocho años, pero sólo por algunos días, semanas o meses. Ello determina que las razones de política criminal que presiden la aplicación de la Ley Penal del Menor a los jóvenes de menos de dieciocho años deban apreciarse, por ejemplo, para evitar el ingreso en prisión de jóvenes de poco más de dicha edad. En el marco del Código penal ello podría fundamentarse sobre la base de lo dispuesto en el art. 21,1<sup>a</sup> en relación con el art. 19<sup>1</sup> o, eventualmente, sobre la base del art. 21,6<sup>a</sup> en relación con el art. 21,1<sup>a</sup> y el art. 19. Esto es, apreciando una eximente incompleta en relación con la eximente de minoría de edad; o, al menos, una atenuante analógica en relación con la referida eximente incompleta.

A estas conclusiones, que considero poco discutibles, no puede oponerse la argumentación contenida en la Instrucción nº 5/ 2006, de 10 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado. La tesis de la Fiscalía General del Estado, en resumen, es que tanto la *voluntas legislatoris* como la *voluntas legis* de la L.O. 8/ 2006, manifestadas tanto en el nuevo contenido que ésta asigna al art. 4 de la Ley Penal del Menor como en su Disposición Derogatoria, “resultan incompatibles, en términos de lógica y congruencia, con la aplicación, aun meramente temporal, de una de las normas que precisamente se derogan”. Sin embargo, dicha tesis olvida, a mi entender, una cuestión fundamental. Ésta es que las leyes promulgadas y publicadas pueden reputarse ciertamente existentes, en el sentido de pertenecientes al sistema jurídico<sup>2</sup>. Precisamente por ello pueden ser derogadas, incluso antes de que entren en vigor, y deben serlo, si es que no se desea que entren en vigor. Pero, al no ser leyes vigentes, no son aplicables. La distinción entre existencia y aplicabilidad de las normas resulta sustancial en este punto. Pues bien, difícilmente podría discutirse la aplicabilidad de una ley vigente -el art. 4 de la L.O. 5/ 2000, que entró en vigor el 1 de enero de 2007-, apelando para ello a una ley todavía no aplicable -la L.O. 8/ 2006, que no lo será hasta el 5 de febrero de 2007-. La L.O. 8/ 2006 sólo será aplicable a partir del 5 de febrero de 2007. Pero, incluso entonces, sus efectos no podrían retrotraerse a momentos anteriores a su entrada en vigor, salvo en lo que fueran favorables para el reo. Como en el caso que nos ocupa ello no es así, esa pretendida retroacción de la L.O. 8/ 2006 a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 5 de febrero de 2007 por jóvenes de dieciocho a veintiún años en los que

<sup>1</sup> Por ejemplo, CUELLO CONTRERAS (2002, p. 982); también, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (1998, pp. 170-171).

<sup>2</sup> FRÍGOLS I BRINES (2004, pp. 483 y ss.).

concurran las circunstancias del art. 4 L.O. 5/ 2000 vulneraría, sin duda, el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables.

### ***3. Lo oscuro en relación con la entrada en vigor de la L.O. 8/2006: la ley aplicable a los hechos cometidos antes del 1 de enero de 2007***

Sin embargo, existen aspectos más oscuros en relación con la situación de sucesión de leyes expuesta. En particular, procede plantearse si la vigencia de la L.O. 5/ 2000 durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 5 de febrero podría tener alguna repercusión sobre los hechos cometidos por jóvenes de dieciocho a veintiún años con anterioridad al 1 de enero de 2007. Esa cuestión, la del posible efecto retroactivo favorable de dicha regulación, debería conducir a analizar de modo separado cuatro grupos de casos:

- (i) aquéllos en los que el hecho delictivo, cometido con anterioridad, sea juzgado durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 5 de febrero.
- (ii) los casos en los que, habiéndose juzgado el hecho con anterioridad al 1 de enero, la pena se halle en ejecución durante el referido período;
- (iii) aquellos en los que el proceso penal por el hecho cometido antes del 1 de enero se halle en el período de referencia en fase de instrucción, pendiente de enjuiciamiento o de recurso;
- (iv), en fin, aquéllos en los que el procedimiento se inicie ya con posterioridad al 5 de febrero.

A partir de esta distinción, una consideración formalista<sup>3</sup> del principio de retroactividad de las disposiciones favorables debería conducir a las siguientes conclusiones:

- (i) Los hechos delictivos cometidos por sujetos de entre dieciocho y veintiún años con anterioridad al 1 de enero de 2007 pero que sean juzgados o cuyo recurso sea visto durante el período de vigencia de la L.O. 5/ 2000, esto es, antes del 5 de febrero de 2007, deberían ser sometidos a las disposiciones de esta Ley. En este sentido podrían esgrimirse tanto el contenido del art. 2.1 CP como el del apartado 6. de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 5/ 2000. En ambas late el referido principio de retroactividad de las disposiciones favorables.
- (ii) Las condenas impuestas en sentencia firme con anterioridad al 1 de enero de 2007 en virtud de hechos cometidos por jóvenes adultos pero que se hallen todavía en ejecución, deberían ser revisadas conforme a lo dispuesto en la L.O. 5/ 2000. En efecto, el art. 2.2 CP establece que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese

---

<sup>3</sup> Véase más adelante mi discrepancia personal con dicha visión estrictamente formalista.

cumpliendo condena. Dado que, formalmente, la regulación de la Ley Penal del Menor debería considerarse más favorable que la del Código penal, procedería su aplicación retroactiva. Por lo demás, a ello hacen referencia los apartados 3. y 4. de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 5/ 2000, ciertamente ceñidos al caso de los menores de dieciocho años, pero cuyas disposiciones podrían aplicarse por analogía al caso de los jóvenes de dieciocho a veintiún años.

(iii) Distinto sería el caso en que el proceso penal por hechos cometidos por un joven adulto de entre dieciocho y veintiún años con anterioridad al 1 de enero, se hallara, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 5 de febrero, en la fase de instrucción; en la fase intermedia; o pendiente de recurso. Aquí no se trataría de un problema de posible aplicación retroactiva de disposiciones penales sustantivas, sino de la aplicación de disposiciones procesales. Con todo, desde una perspectiva formalista resultaría bastante claro que las disposiciones procesales de la Ley Penal del Menor constituyen un conjunto de normas favorables al imputado, acusado o condenado en virtud de sentencia no firme, por estar rodeadas de mayores cautelas, poseer menor contenido de estigmatización e ir acompañadas de otras circunstancias beneficiosas. Por ello, de entrada, debería sostenerse su aplicación retroactiva mediante la correspondiente solicitud de nulidad de actuaciones. Ello conllevaría que las consecuencias jurídicas aplicables en su día, en el momento del enjuiciamiento o de la resolución del recurso, fueran necesariamente las de la Ley Penal del Menor. A tal conclusión conduciría, por lo demás, lo establecido en el apartado 6. de la Disposición Transitoria Única de la L.O. 5/ 2000.

(iv) Finalmente, debe considerarse el grupo de casos en los que el procedimiento por hechos cometidos antes del día 1 de enero de 2007 se inicie con posterioridad al 5 de febrero de 2007. En este grupo de supuestos, sucede que la ley penal (y procesal penal) vigente en el momento de comisión del hecho era el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y que la ley penal y procesal vigente en el momento de la incoación del procedimiento y posterior enjuiciamiento es, asimismo, el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sólo en un momento intermedio -no coincidente con el de la comisión del hecho, ni tampoco con el de la instrucción y enjuiciamiento- habría estado vigente una ley penal y procesal formalmente más favorable al reo: la llamada “ley penal intermedia”

La doctrina penal internacional se manifiesta muy mayoritariamente en el sentido de que, cuando se dé una situación de sucesión de tres o más leyes y exista una ley intermedia más benigna, el juez debe aplicarla, pese a que ésta no estaba vigente en el momento de cometerse el hecho, ni tampoco lo está en el momento de enjuiciarlo<sup>4</sup>. De hecho, algunos textos legales en el Derecho comparado lo prevén explícitamente. Por lo demás, este es también el criterio aparentemente acogido por la Jurisprudencia española. Ahora bien, una postura minoritaria considera que no hay razones para sostener la aplicación de una ley que no estaba vigente en el momento de

---

<sup>4</sup> OLIVER CALDERÓN (2006, pp. 461-462).



cometer el hecho ni tampoco en el de enjuiciarlo<sup>5</sup>. Pues argumenta que si la pena, o una determinada medida de pena, se consideraba necesaria, proporcionada e idónea en el momento de la comisión del hecho y lo sigue pareciendo en el momento del enjuiciamiento, deberían decaer, por razones materiales, los argumentos que normalmente se esgrimen a favor de la retroactividad favorable. Según este punto de vista, no parece que exista una razón para que la decisión judicial se base en una valoración jurídica que ni se sostenía en el momento de cometer el hecho ni tampoco se sostiene en el momento de enjuiciarlo. Con todo, un caso especialmente problemático puede ser aquél en el que el no enjuiciamiento de la conducta conforme a las disposiciones de la ley intermedia se debe a dilaciones del procedimiento no atribuibles al imputado. Pues éste habría tenido el derecho a ser juzgado conforme a la ley más favorable y, frente a ese derecho, no podría esgrimirse una ley que entrara en vigor con posterioridad. El sujeto habría obtenido una posición jurídica más favorable -la derivada de la ley intermedia- frente a la que no podría esgrimirse una ley aprobada con posterioridad.

Es discutible que las leyes intermedias estén comprendidas en el tenor del art. 2.2 CP. Pero, aunque así fuera, no sería insostenible la posición partidaria de efectuar una reducción teleológica de dicho precepto que las excluyera de su alcance partiendo de las consideraciones axiológicas anteriores.

Con todo, en el caso objeto de este comentario, el problema de sucesión de leyes trasciende al representado por las leyes intermedias. Como, además, afecta a un gran número de procedimientos, no es extraño que haya dado lugar a posiciones enfrentadas: en concreto, las que se contienen en la ya citada Instrucción nº 5/ 2006 de la Fiscalía General del Estado y las expuestas en la Circular 5/ 2007 del Consejo General de la Abogacía Española<sup>6</sup>. La Fiscalía General del Estado sostiene, en síntesis, que la entrada en vigor del art. 4 de la L.O. 5/ 2000 ha sido debida a un error material del legislador. A su juicio, sería manifiesto a todas luces que ni la voluntad del legislador ni la voluntad de la ley han pretendido jamás dicha entrada en vigor. En consecuencia, propugna la inaplicación de dicho art. 4 en todo caso. El Consejo General de la Abogacía Española, por su parte, cuestiona lo anterior. Así, con base en el hecho cierto de la entrada en vigor del referido art. 4, en su alcance gramatical y en el principio de retroactividad de las disposiciones favorables, defiende una aplicación amplia de aquél con efecto incluso sobre hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Es decir, viene a acoger los criterios expuestos más arriba, que se han caracterizado como propios de un entendimiento formalista del principio de retroactividad de las disposiciones favorables.

---

<sup>5</sup> Así, el parecer de OLIVER CALDERÓN (2006, pp. 463 y ss.).

<sup>6</sup> Cuyo discurso acoge el punto de vista de los abogados defensores de los jóvenes adultos y no, en cambio, de los abogados que sostengan la acusación particular en procedimientos penales, defendiendo los intereses de las víctimas de conductas realizadas por jóvenes adultos.

#### *4. Toma de posición: posibilidades de reducción teleológica de las reglas de aplicación retroactiva de las disposiciones favorables*

Es discutible si la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables constituye, además de una regla establecida en el Código penal, un principio de rango constitucional y, más aún, un derecho fundamental. De entrada, parece plausible sostener que no nos hallamos en el marco de la política criminal disponible por el legislador. En la medida en que el fundamento de la retroactividad favorable se sitúe en el principio de prohibición de exceso o, en otros términos, en la manifiesta ausencia de merecimiento y necesidad de pena de la conducta -como es común afirmar actualmente-, resulta posible vincularlo con principios constitucionales. Más aún, permite sostener que existe un derecho fundamental a la retroactividad de las disposiciones penales favorables. Dicho derecho fundamental ha sido reiteradamente negado por el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>. Y ciertamente resulta difícil asociar el principio de retroactividad de las disposiciones favorables al derecho fundamental a la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y, por tanto, al derecho fundamental a la legalidad<sup>8</sup>. Con todo, seguramente sí cabría vincular el principio de retroactividad favorable con la idea de justicia, como valor fundamental del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. A efectos de su protección mediante el recurso de amparo, podría argumentarse quizá desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE).

En cualquier caso, e incluso en la hipótesis de que se acepte que existe un derecho fundamental a la retroactividad de las disposiciones favorables, dicho derecho sólo podría abarcar los casos en los que la no aplicación de la disposición posterior, supuestamente más favorable, vulnerara el principio de prohibición de exceso. Esto es, implicara la imposición de una pena no merecida o innecesaria desde la perspectiva de las valoraciones del Derecho vigente. Partiendo de esta idea, que permite distinguir entre disposiciones sólo formalmente favorables y aquéllas que lo son materialmente, desde hace tiempo me incliné por efectuar una interpretación restrictiva de

---

<sup>7</sup> Ya por la STC, 1ª, 29.10.1986 (Ar. 131, MP: Eugenio Díaz Eimil); y luego por las STC, 2ª, 18.1.1993 (Ar. 21; MP: Luis López Guerra); STC, 1ª, 10.6. 1994 (Ar. 177; MP: Rafael de Mendizábal Allende) y STC, 1ª, 11.7.1994 (Ar. 203; MP: Pedro Cruz Villalón), aunque con muy interesantes votos particulares de los magistrados Cruz Villalón y Mendizábal Allende. El ATC 146/ 1998 seguía sosteniendo que el principio de retroactividad de las disposiciones favorables no puede ser tutelado a través del cauce del recurso de amparo. Cfr. los comentarios a estas y otras resoluciones de LASCURÁIN SÁNCHEZ (2000, pp. 55 y ss.). Curiosamente, la Instrucción nº 5/ 2006 de la Fiscalía General del Estado afirma la existencia de un derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable; aunque obviamente niega que ése sea el caso a propósito de la sucesión de leyes producida en materia de delitos cometidos por jóvenes adultos.

<sup>8</sup> Siguiendo la postura más arraigada, la STS, 2ª, 11.11.1997 (Ar.7854; MP: Enrique Bacigalupo Zapater), entiende que carece de relevancia constitucional en el marco del principio de legalidad, dado que no afecta en modo alguno al ejercicio del derecho a la libertad. Por tanto, no se ven afectados ni el art. 9.3º ni el 25.1 CE. En otro sentido, con referencias, GRÜNWALD (1993, pp. 433 y ss., 437), a partir de una fundamentación del principio constitucional de legalidad no sólo desde la perspectiva del principio de culpabilidad (previsibilidad, seguridad jurídica), sino también, y sobre todo, de determinación objetiva de los límites del poder punitivo del Estado, mediante la intervención del poder legislativo. La vinculación con el art. 25.1 CE la sostiene, por ejemplo, LASCURÁIN SÁNCHEZ (2000, pp. 62 y ss.).

<sup>9</sup> En cierto sentido próximo, DANNECKER (1993, pp. 403 y ss.).

naturaleza teleológica de lo que debe entenderse como ley penal “favorable”<sup>10</sup>. Resumiendo mucho mi punto de vista, que luego ha sido desarrollado por otros autores en nuestro país<sup>11</sup>, considero que no debe aplicarse retroactivamente una nueva disposición aparentemente más favorable para el reo cuando su entrada en vigor no puede interpretarse como una nueva valoración de la conducta de aquél que implique considerar que no concurre en ella merecimiento o necesidad de pena<sup>12</sup>. Ello sucede en muchos casos cuando la nueva disposición, aparentemente más favorable, responde a un cambio de circunstancias y no implica un cambio de valoración de la conducta del sujeto en el momento en que ésta se realizó.

Pues bien, examinado el caso de la entrada en vigor de la L.O. 8/ 2006 a la luz de las anteriores consideraciones, debe señalarse lo siguiente. En primer lugar, que tiene razón la Fiscalía General del Estado cuando, en su Instrucción nº 5/ 2006, señala que tanto la voluntad del legislador como la voluntad de la ley han venido siendo contrarias a la aplicación del art. 4 de la L.O. 5/ 2000. Es decir, en que en ningún momento ha habido un cambio valorativo en el sentido de que se considere que las conductas de los jóvenes adultos no deban merecer o precisar la imposición de una pena. En segundo lugar, que no tiene razón la Fiscalía General del Estado cuando indica que lo acontecido ha sido un error material; lo que ha tenido lugar ha sido un claro error de regulación, que no cabe identificar con los errores materiales. Dicho error de regulación no puede, contra lo que pretende la Fiscalía General del Estado, producir una *interpretatio abrogans* del art. 4 L.O. 5/ 2000, de modo que éste no se aplique ni siquiera a los hechos cometidos durante su período de vigencia<sup>13</sup>. Ello supondría aplicar, en contra del reo, una norma no vigente para esos casos en el momento de la comisión del hecho (el Código penal), lo que vulneraría de modo manifiesto el principio de legalidad. En cambio, las consideraciones efectuadas por la Fiscalía General del Estado, enmarcadas en la idea general que he expuesto en el párrafo anterior, sí podrían permitir dos restricciones importantes del alcance del error de regulación producido. En primer lugar, excluir la aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art. 4 L.O. 5/ 2000 -como ley posterior sólo formal pero no materialmente favorable- a propósito de los hechos que, habiéndose cometido antes del 1 de enero, sean juzgados en el período comprendido entre el 1 de enero y el 5 de febrero. En segundo lugar, excluir la aplicación del art. 4 L.O. 5/ 2000 -como ley intermedia sólo formal pero no materialmente favorable- a propósito de los hechos que, habiéndose cometido antes del 1 de enero de 2007, sean juzgados con posterioridad al 5 de febrero de 2007, ya bajo la vigencia de lo dispuesto en la L.O. 8/ 2006. Las consideraciones efectuadas habrían de valer de igual modo para los casos en los que exista sentencia firme. Estos no tendrían por qué ser revisados dado que no cabe atribuir a la sucesión de leyes producida el significado de una desaparición del merecimiento o necesidad de pena de las conductas correspondientes.

---

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ (1994, pp. 87 y ss.).

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, los citados en notas anteriores.

<sup>12</sup> Próximo, DANNECKER (1993, pp. 434 y ss. y 532).

<sup>13</sup> Los argumentos relativos al colapso de medios materiales y humanos o al carácter facultativo de lo dispuesto en el art. 4 de la L.O. 5/ 2000 resultan, en este sentido, abiertamente insuficientes.

La solución propuesta, por tanto, trataría de evitar en la medida de lo posible las consecuencias nocivas del error de regulación en que, sin duda, ha incurrido el legislador. Pero sin incurrir en el maximalismo de lo sostenido por la Fiscalía General del Estado que lleva a vulnerar el principio de legalidad, claramente en lo relativo al principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables. Este es un principio formal, que, a diferencia del principio de retroactividad de las disposiciones favorables, no admite las restricciones “teleológicas” que la Fiscalía pretende.

## 5. Bibliografía

CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español*, Parte General, 3ª ed., Madrid.

DANNECKER (1993), *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen.

FRÍGOLS I BRINES (2004), *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español*, Barcelona.

GRÜNWALD (1993), “Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip”, en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arth. Kaufmann zum 70 Geburtstag*, Heidelberg.

LASCURÁIN SÁNCHEZ (2000), *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid.

OLIVER CALDERÓN (2006), *Los principios de irretroactividad de las leyes penales desfavorables y de retroactividad de las leyes penales más benignas: fundamento y alcance*, tesis doctoral inédita, Barcelona.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (1998), *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, Granada.

SILVA SÁNCHEZ (1994), “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las «leyes en blanco»”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, pp. 87 y ss.