CORTES GENERALES

DIARIO DE SESIONES DEL

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

COMISIONES

Año 1995 V Legislatura Núm. 493

JUSTICIA E INTERIOR

PRESIDENTE: DON JAVIER LUIS SAENZ COSCULLUELA

Sesión núm. 57

celebrada el jueves, 11 de mayo de 1995

ORDEN DEL DIA:

Emitir dictamen, a la vista del Informe elaborado por la Ponencia, del proyecto de ley Orgánica del Código Penal. (BOCG serie A, número 77-1, de 26-9-94. Número de expediente 121/000063.) (Continuación.)

Se abre la sesión a las cuatro y quince minutos de la tarde.

El señor **PRESIDENTE:** Buenas tardes, señorías. Se reanuda la sesión de la Comisión de Justicia e Interior.

Vamos a proseguir con el debate del proyecto de ley orgánica del Código Penal. En la sesión anterior, celebrada ayer, nos quedamos en el capítulo I del Título I, del que ya vimos enmiendas incardinadas en el artículo 10, pero referidas al Título preliminar. En consecuencia, vamos a abordar el debate de este Título I, capítulo I, «De los delitos y faltas». Para ello, vamos a ir viendo las enmiendas por el orden tradicional.

En primer lugar, voy a dar la palabra al señor Pillado, portavoz del Grupo Popular, para que pueda sostener las enmiendas de su Grupo, que van de la número 225 a la 239.

El señor **PILLADO MONTERO:** Entramos, pues, en el Libro I de este proyecto de Código Penal, concretamente en el capítulo I del Título I, capítulo que se refiere a los delitos y faltas, que comprende los artículos 10 al 19, ambos inclusive, al que nuestro Grupo ha presentado las enmiendas a las que se ha referido S. S.

El primero de dichos artículos, el número 10, no ha sido enmendado; en cambio, sí lo ha sido el artículo 11 precepto que, acogiendo nuestras propuestas, ha mejorado en relación con el proyecto de 1992. En éste, se omitía uno de los requisitos a que se refiere la doctrina para la regulación de la comisión por omisión. A saber, que el autor tuviese un especial deber jurídico de actuar para evitar el resultado y no lo hubiese hecho. Así pues, recogido este requisito, ahora el precepto está completo en cuanto a esos requisitos, mucho más tras admitirse nuestra enmienda 226, dirigida a que la comisión por omisión no fuese una mera posibilidad —«Podrán entenderse realizados», decía el proyecto—, sino una obligación imperativa: «Se entenderán cometidos».

Sólo se trata ahora, señor Presidente, de buscar la redacción más adecuada, más precisa. Entiendo que la mejor es la que proponemos en la enmienda 225, que dice: «Se imputará, también, el resultado a un determinado comportamiento si la no evitación del mismo se equipara por la Ley a su efectiva causación y el autor ha asumido, en su situación, el deber jurídico personal de impedir aquél.»

Estamos hablando, señor Presidente, de delitos de resultado. El resultado sólo puede ocurrir como consecuencia de un comportamiento de la gente. Este comportamiento puede ser activo o pasivo, es decir, por acción o por omisión. Lo que realmente ocurre no es que el delito se entiende cometido por omisión, sino que el resultado en que consiste el delito se imputa a una conducta omisiva, igual que en el otro supuesto se imputa a una conducta activa. Esta conducta omisiva, que es el tema que nos ocupa, es la que produce el resultado —por tanto, le es imputable a la gente— y la consecuencia es la comisión del delito. Este mecanismo es el que nosotros tratamos de plasmar con la redacción que proponemos que —repito— es más exacta y más precisa que la del proyecto.

Y llegamos así a uno de los temas principales del proyecto. Adelanto que es un tema principal que se enuncia en el proyecto —me refiero al artículo 13— y que luego no tiene consecuencia alguna en el resto del Código. Me refiero a la introducción del sistema tripartito en la clasificación de las infracciones penales. Dice el citado artículo 13: «Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con penas menos graves, son faltas las infracciones...»

Se trata de introducir, pues, un sistema tripartito, en cuanto a las infracciones penales, apartándose así del actual sistema que dividía simplemente las infracciones penales en delitos y faltas. Digo que aquí se pretende introducir ese sistema. Pero, ¿para qué? ¿Dónde, después, a lo largo del proyecto se saca consecuencia alguna a esta división? En ninguna parte. Después, no se hace regulación alguna de materias en consideración a que los delitos sean graves o menos graves, ni tampoco a que haya penas graves, menos graves, sino a la duración concreta que tenga cada pena.

No sé si en su día se pretenderán sacar de esta división tripartita consecuencias procesales o *en cuanto a la jurisdicción* de unos determinados tribunales para unas materias y para otras, no. Lo cierto es que, de momento, no se ha hecho así y dudo que en el futuro se haga de esa manera.

Esta clasificación —permítaseme la expresión— no es más que un brindis al sol, que no obedece a razón alguna y que no sigue ninguna doctrina mayoritaria. Y sí, por contra, supone una devaluación del delito, creando lo que yo llamaría delitos de segunda división; delitos que, como ya no son tan graves, parece que cometerlos no es tan reprobable. A mí esto me recuerda —y ya lo expuse así en el debate del proyecto en 1992— aquella innovación, para mí desafortunada y de consecuencias fatales, de drogas duras y drogas blandas, que devaluó la gravedad del tráfico relativo a éstas.

Me da la impresión de que ahora la consecuencia que se va a seguir es devaluar el delito o cierta clase de delitos. Y, señor Presidente, el que infringe el Código Penal en materia delictiva está cometiendo una acción grave, en todo caso, prescindiendo de la mayor o menor gravedad de infracciones concretas. Dar ese paso de violar el Código Penal en cualquiera de sus delitos es grave y no debe tener una devaluación que luego, por un efecto psicológico, llevaría a que las personas pudiesen decir: éste es un delito de poca monta, de poca categoría; por tanto, no tiene mayor importancia cometerlo. Pensamos que para lo menos grave, para lo leve, está ya la tipificación de las faltas. Porque llevados por este camino yo, que le he dado bastantes vueltas a este tema, me pregunto: ¿Por qué una clasificación tripartita? ¿Por qué no una clasificación cuatripartita o pentapartita? ¿Por qué no hablar de delitos gravísimos, delitos graves, delitos menos graves, faltas? ¿Por qué no hablar de delitos gravísimos, delitos gravísimos pero menos, delitos graves, delitos graves pero menos, faltas graves, faltas leves? ¿Por qué no si después no se va a sacar consecuencia alguna de esta clasificación? Puestos a hacer modificaciones, lo menos que se puede pedir es que sean útiles. Si son inútiles, si son gratuitas, pienso que es mejor dejarlas a un lado.

El artículo 14 contempla el error. Era uno de esos temas en los que pretendía nuestro Grupo dividir el turno para que en él interviniera el señor Trillo. Solicitaría al señor Presidente que, puesto que hoy no va a haber votaciones, en la primera intervención de la próxima sesión se le reserven a él unos minutos al respecto.

El error no ha quedado afortunadamente expuesto en el proyecto. Pienso incluso que ha quedado peor en el informe de la Ponencia, sobre todo el apartado segundo del artículo 14: El error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación... Creo que se introdujo siguiendo una enmienda de Izquierda Unida. Pero en este apartado segundo se olvida hablar de error invencible, de error vencible, etcétera. Repito que sobre este tema tendrá ocasión de profundizar mi compañero, señor Trillo.

Sigo con el artículo 15, en el que se contempla otra de esas reformas ciertamente discutibles —pienso que una de las más discutibles de este proyecto—, cosa que ocurría, por otra parte, en el proyecto de 1992. A evitar esta innovación van dirigidas nuestras actuales enmiendas 229 y 230, respectivamente, a los artículos 15 y 16 en sus números 1.

La reforma que se pretende consiste en suprimir un concepto tan tradicional en nuestro Derecho como el del delito frustrado. La reforma va en la línea de contemplar sólo el delito consumado, de una parte, y la tentativa, de otra, eliminando ese concepto tan acuñado, tan perfilado, tan tradicional, que es el supuesto del delito frustrado. Como decía, proponemos el retorno a la distinción tradicional. La causa de que el proyecto elimine la frustración es la dificultad, por lo visto, de distinguir, según los autores del proyecto, entre ambas figuras en algunos supuestos concretos.

Dichas objeciones, señor Presidente, serían válidas si el proyecto subrayara la relevancia del elemento subjetivo en las formas imperfectas de comisión del delito, dejando a un lado el desvalor del resultado, consideraciones hacia el resultado o hacia el grado de ejecución. Pero resulta que no ocurre así, señor Presidente, sino que luego, en el artículo 62, nos encontramos con que el proyecto vuelve a la distinción entre tentativas y frustración. Dice el artículo 62: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.» Vuelve este precepto al grado de ejecución alcanzado, es decir, a si se ha quedado el camino delictivo en la tentativa o si ha llegado al final del «iter criminis» y, por tanto, a la frustración. Hay, pues, una incongruencia en el proyecto.

Por otra parte, al unificar los conceptos de frustración y tentativa, se abre un margen muy amplio a la discreción en la aplicación de la pena. Ahora resulta que el artículo 62 del proyecto, al que acabo de referirme, permite imponer la pena inferior en uno o dos grados a un supuesto amplio de tentativa que, repito, engloba también la frustración. Con lo cual se multiplican los inconvenientes, se multiplican las imprecisiones, los agravios comparativos entre unos y otros tipos, entre la penalidad de unos u otros tipos. Se deja un margen a la discrecionalidad que creemos que es bueno. Por ello, pensamos que no hay motivo suficiente para suprimir el concepto de la frustración. El paso a este nuevo sistema del concepto amplio de tentativa va a suponer mayores inconvenientes que ventajas.

No puedo dejar de aludir en este momento —y creo que de ello se hablará a lo largo de la discusión del proyecto que nos ocupa— a que nos vamos a encontrar con un problema añadido que es el siguiente: que la mayoría de los tipos penales no va a tener acceso a la casación y no va a haber, por tanto, una doctrina unificadora en esta materia, al igual que en otras muchas, mientras que actualmente estos conceptos los tenemos perfectamente delimitados y definidos en una abundante y elaborada jurisprudencia.

A mayor abundamiento, señor Presidente, conceptualmente, es distinguible la tentativa de la frustración, y no sólo conceptualmente, por supuesto; lo son también desde el punto de vista del reproche penal. Se trata de un problema de «iter criminis», del camino hacia la consumación del delito, respecto del que todavía no ha recorrido todo el camino, al menos queda la duda de si seguiría hasta el final o se detendría. Es verdad que en el caso de la tentativa se detiene por causas independientes de su voluntad, pero también es cierto que no sabemos si llegaría a detenerse voluntariamente. En cambio, del que ya ha recorrido todo el camino hasta el final y se frustra, de ése ya sabemos que ha mantenido su voluntad criminal hasta el final, hasta el delito mismo. Sabemos que quiso su producción, si bien ésta resultó fallida. Del que incurre en tentativa de delito, por lo menos nos queda la duda de si quería recorrer el camino hasta el final o se ha detenido por causas ajenas a su voluntad. Creemos que la distinción entre frustración y tentativa existe, que es operativa, que es práctica, que el reproche es distinto y que por ello debe mantenerse este sistema tradicional.

Por cierto, y para terminar con este tema, señor Presidente, no deja de admirarme la falta de criterio de los autores del proyecto, según mi opinión. Acabamos de hablar del artículo 13. En él se pasa, por novedad, de la situación actual de delitos y faltas a un sistema tripartito. Aquí, por el contrario, nos encontramos con que de un sistema tripartito se pasa a una clasificación bimembre. Y todo esto, señor Presidente, sin que responda a criterios de una mínima lógica.

El número 1 del artículo 16 queda suficientemente tratado con todo lo que he dicho, porque no hace más que traducir ahora la consecuencia de la supresión de la frustración del delito y de la creación de esa figura amplia de tentativa. Al número 2 mantenemos nuestra enmienda 231, porque la redacción que en ella proponemos se ajusta mejor a lo que pretende el precepto, el cual resulta incompleto.

Siguiendo con el símil que expuse antes del camino hacia el crimen, el «iter criminis», la doctrina distingue (y yo aquí simplifico, ya que las distinciones que se hacen por algunos son todavía mayores y más complicadas) entre los actos preparatorios, los actos de ejecución y el resultado o consumación. Los actos preparatorios son previos al inicio de la ejecución. Así, por ejemplo, la conspiración y la proposición son previos al comienzo de los actos de ejecución. Pues bien, el texto del proyecto, al referirse a «bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado», está hablándonos ya de la ejecución del delito desde sus inicios, pero está dejando fuera los llamados actos preparatorios, los cuales, repito, no son ejecución iniciada, son previos al inicio de la ejecución. Con nuestra redacción, por el contrario, que incluye los actos preparatorios, se colma esta laguna, que, por cierto, es tradicional en nuestro ordenamiento.

Pretendemos con esta enmienda ampliar la relevancia del desestimiento al intento serio de impedir el resultado; y pretendemos esta ampliación porque en otro caso se incurre en contradicción con el artículo 19. Dicho artículo, que se refiere a cuando en el camino del delito intervienen varios sujetos, dice: «... quedará impune aquel o aquellos que

desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación...» Luego, si en el supuesto del artículo 19 no sólo el impedir sino el intento de impedir el resultado lleva consigo la no punición, no se comprende por qué se rechaza la misma solución para el supuesto del artículo 19.2 que ahora nos ocupa.

Por último, y respecto a este mismo precepto, naturalmente, no me parece correcta la redacción que se da en el informe de la Ponencia al suprimir la expresión inicial del proyecto «quedará impune el que evitare» por el de «quedará exento de responsabilidad». Pienso que no es técnicamente un supuesto de exención, una causa eximente. Para ésta se reserva precisamente el artículo 21, y creo que en ese caso tendría su sitio, o habría que enumerarla entre las causas a que se refiere el artículo 21. Si el supuesto que nos ocupa se quiere titular causa de exención, llévese por tanto al artículo 21; en otro caso, el defecto técnico parece claro. Creo que todos estaremos de acuerdo en que no estaría bien en el artículo 21 porque, en efecto, no es una causa de exención parangonable a las que se refiere dicho precepto, sino un supuesto en el que se excluye la punibilidad. Por tanto, propongo, pienso y creo que debe mantenerse el inciso inicial «quedará impune el que evitare voluntariamente...», etcétera.

Respecto al artículo 18, una primera cuestión que es de sistemática y de orden de sus párrafos. Formulamos las enmiendas 232 y 238, las cuales tenían la misma finalidad: invertir el orden de los dos preceptos de los artículos 17 y 18, repito, por una razón de sistemática. El Código, lo que hace primero es tipificar unas conductas y luego las define. Así ocurre con la tentativa, con el propio delito; primero se dice: Se castigarán... y luego se dice: Son delitos... En cuanto a la tentativa, que es el caso que aquí tenemos más próximo, se nos dice en el artículo 15: «Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.» Y luego, en el artículo 16, es cuando se define la tentativa.

Lo mismo solicitamos respecto a las otras figuras que se contienen en este capítulo, y así fue aceptado en la Ponencia. Primero, decir: se penan la conspiración y la proposición, y luego: la conspiración es tal, y la proposición es cual. Se define. Y así se acogió. Y en el artículo 17 el orden se hizo con arreglo a nuestra enmienda 232, pasando de esa manera al informe de la Ponencia. Sin embargo, seguramente por error, no se hizo lo mismo en el artículo 18. Se mantuvo la redacción inicial, se mantuvo primero la definición de la provocación: «La provocación existe cuando...» y en el número 2 de este artículo 18 se dice: «La apología existe...» para luego hablar de cuándo se castiga la provocación y cuándo se castiga la apología. Entiendo que es un error en la redacción del informe de la Ponencia y que en el artículo 18 hay que hacer lo mismo que se ha admitido para el artículo 17. Es decir, el segundo párrafo del número 1: «La provocación será punible cuando se dirija a...» tiene que ir al principio, y la definición de la provocación tiene que ir a continuación, y de igual manera en la apología. Repito que creo que estaremos de acuerdo en que esto ha sido un error, pues yo estaba en el convencimiento de que las enmiendas 232 y 238, que tienen la misma finalidad, habían sido aceptadas ambas —pienso que así ocurrió— y no sólo la 232. Se trata, pues, de subsanar el error y de hacer en el artículo 18 lo mismo que se hizo en el artículo 17.

Y llegamos así, en el artículo 18, a otro de los temas importantes de este proyecto (por otra parte, señor Presidente, huelga decirlo, lleno de temas importantísimos), y es el de la apología del delito, tema que se omitió en el proyecto de 1992 y que se introdujo por nuestras enmiendas y por las de algún otro Grupo. En este nuevo proyecto sí se contempla ya la apología, pero se hace, si bien con unanimidad en cuanto a su inclusión, con discrepancias respecto al alcance que ha de tener.

¿Ha de penarse la apología de todo delito, o sólo la apología de delitos concretos, exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea, como constaba en el proyecto inicial? Era una cuestión nada fácil, pues en principio ningún delito puede ser ensalzado, ningún delincuente puede ser objeto de enaltecimiento. Cosa distinta es que se pueda hablar y discutir de si tal conducta debe ser tipificada como delito, o debe dejar de serlo, lo cual no tendría nada que ver con la apología. Repito, cuestión nada fácil; en principio, parece ser que la apología debiera abarcar a todo delito. No obstante, y puesto que nuestra enmienda se formuló en sentido restrictivo, la mantenemos tal como está, aunque apoyaríamos que la lista de delitos cuya apología se castigase tuviera la mayor amplitud.

En relación con este tema, está el de la provocación, que se contempla en el mismo artículo 18 y antes que el de la analogía. La definición que se hace en este proyecto de la provocación no nos parece correcta, no nos parece afortunada. Tal como se define la provocación, tal como se define la apología, entendemos que no hay distinción entre una y otra. Es, según el proyecto, requisito de la provocación el que se haga a través de medios de publicidad y se incite directamente a la perpetración del delito. La analogía lo mismo: incitación directa al delito por medio de la publicidad. Pero la provocación, señor Presidente, es algo distinto; no tiene por qué ser pública. La mayoría de las veces la provocación al delito será privada. Se requiere, obviamente, la exteriorización, la palabra, el escrito, el impreso u otro medio de posible eficacia, pero no de eficacia publicitaria, como pretende el proyecto.

Por simplificar la intervención respecto a este tema concreto, y por hacerla más clara, valga un ejemplo de conocimiento universal y que ha sido objeto de una de las páginas más brillante de la literatura mundial. Según la redacción del texto, señor Presidente, Lady Macbeth, que provocó a su esposo hasta el magnicidio, que llegó en la provocación hasta la inducción, no habría cometido delito alguno, puesto que no lo hizo públicamente, lo hizo privadamente, aunque, eso sí, con la persistencia y eficacia por todos conocida. Llamo pues encarecidamente la atención sobre la definición que se hace respecto a la figura de la provocación. Me parece que es un error y que debe corregirse, bien acogiendo nuestras enmiendas, o bien con otra definición en el sentido que aquéllas propugnan.

Por último, señor Presidente, y respecto a este capítulo, corresponde decir unas palabras sobre el artículo 19. Ante-

riormente aludí a este precepto al tratar del supuesto del artículo 16, punto 2; y ahora, en el artículo 19, se vuelve a incidir en los mismos defectos que, estimo, tiene el punto 2 del artículo 16, y es que se dejan fuera los actos preparatorios al referirse exclusivamente a la ejecución ya iniciada y a la consumación. Pero, señor Presidente, los actos preparatorios a los que se refiere el artículo 17 (la conspiración, la proposición) no son actos de iniciación del camino delictivo, sino actos preparatorios; y estos actos preparatorios, en la redacción que se da al artículo 19, igual que la que se da al artículo 16.2, quedan excluidos de los efectos de desestimiento.

Por otra parte, mi opinión es que la colocación de este precepto debiera estar a continuación del repetido artículo 16.2, ya que la materia es la misma. Se trata del desestimiento en el artículo 16.2 cuando es una sola persona y, en cambio, en el artículo 19, se trata de la materia cuando hay una pluralidad de personas acordando un plan delictivo. Entiendo, por las razones que también dije antes al hablar del artículo 16.2, que no estamos en una causa de exención de responsabilidad, que, en tal caso, habría que llevar al artículo 21. Estimo que la expresión más correcta es la que constaba en el proyecto inicial. Por las razones expuestas y por la misma fundamentación que consta en la enmienda, entiendo, señor Presidente, que la redacción que proponemos es la más adecuada, por lo que insistimos en ella.

Con todo lo anterior, señor Presidente, he terminado la defensa de las enmiendas que son objeto de este capítulo.

El señor **PRESIDENTE:** Señor Pillado, si lo desea, puede efectuar una somera defensa formal de las enmiendas que todavía no han sido defendidas, porque si no tendré que computarlas a efectos de votación, ya que no es posible trasladar a otra sesión el debate de una parte de este capítulo.

El señor **PILLADO MONTERO:** Señor Presidente, entendí que hoy no íbamos a votar estas enmiendas.

El señor **PRESIDENTE:** A votarlas, no, pero sí a debatirlas. Lo que no podemos es debatir parcialmente el único capítulo que va a ser objeto de debate esta tarde. Por eso no tengo inconveniente en darlas por defendidas, si así lo prefiere S. S., o bien permitirle unos minutos suplementarios para que haga una defensa somera si usted no tenía previsto intervenir en este asunto en este tipo de enmiendas. Pero si dedicamos la tarde sólo a un capítulo, parece una exageración trasladar parte de este capítulo a otra sesión. Como S. S. prefiera.

El señor **PILLADO MONTERO:** Gracias, señor Presidente.

Diré unas breves palabras sobre el tema del error, tratado en el artículo 14 del proyecto, que es objeto de nuestra enmienda número 228.

Señor Presidente, al punto 1 del artículo 14 nosotros proponemos la redacción siguiente: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación, en su caso.» Pensamos que es preferible sustituir la expresión «hecho constitutivo de la infracción penal» por la de «elemento esencial integrante de la infracción», puesto que en los efectos del error sobre el tipo lo que interesa es la naturaleza de esencial o accidental del elemento sobre el que recae el error, señor Presidente. Además, pienso que esto es doctrina común. En la teoría del error, no es lo mismo el error sobre elementos esenciales que sobre elementos accidentales del hecho que da lugar a las consecuencias jurídicas.

Dije antes, señor Presidente, que en Ponencia se incluyó un punto 2 en este artículo, relativo al error sobre los elementos que cualifiquen la infracción o que den lugar a la apreciación de una circunstancia agravante. Y tal como viene en el texto del informe dice que el error sobre un elemento de hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. Entiendo, señor Presidente, que este añadido no es correcto en modo alguno, porque aquí no se distingue si es el error invencible o el error vencible sobre un elemento agravatorio o cualificatorio de la infracción. Pienso que esto hay que corregirlo.

Respecto al error de prohibición —estamos hablando ahora del error tipo—, pienso que es preferible la redacción que nosotros proponemos, que pretende introducir la expresión «la creencia errónea o invencible de estar obrando lícitamente», es decir, la creencia en el sujeto de que, por las causas que sea, de manera errónea e invencible piensa que está obrando lícitamente. La redacción que se nos ofrece en el informe no contempla todos los supuestos por los cuales esta creencia puede se errónea, puesto que el error de prohibición puede recaer sobre una serie de aspectos: sobre la existencia de una norma permisiva, sobre sus límites, sobre la aplicación al caso concreto, etcétera. La redacción que nosotros proponemos es que la creencia alcanza y abarca todos los supuestos imaginables de error sobre el carácter jurídico o antijurídico del comportamiento que se realiza. Así pues, señor Presidente, insisto, la redacción del texto inicial del proyecto creemos que ganaría y sería más exacta, más precisa y más correcta acogiendo la enmienda número 228 de nuestro Grupo, y que, en todo caso, habrá que revisar el añadido que se le hizo en Ponencia y que hoy es el punto 2 del artículo 14 del informe de dicha Ponencia.

El señor **PRESIDENTE:** Señor Pillado, yo le agradezco vivamente que se haya hecho cargo de una intervención singularmente más amplia de la que tenía inicialmente prevista, porque ello facilita el trabajo de esta Comisión y del ritmo de los debates.

Tiene la palabra el señor López Garrido para defender sus enmiendas a este Capítulo I del Título I del Libro I, que son las que vienen numeradas en el catálogo de enmiendas con los números 652 a 654.

El señor **LOPEZ GARRIDO:** En este Capítulo I del Título I del Libro I se regulan los grandes principios penales: el principio de legalidad penal, las formas delictuales. A nuestro juicio se hace de una forma sustancialmente co-

rrecta. Es un capítulo muy técnico que creemos que no debería modificarse excesivamente desde perspectivas dogmáticas ni hacer excesivas disquisiciones dogmáticas, sino, en todo caso, como haré a continuación en relación con el tema de la apología, desde posiciones estrictamente políticas.

Es un capítulo que yo creo que acertadamente huye de intentar plasmar una especie de teoría general del delito al estilo de lo que sucede en el Código Penal alemán, pero es que en Alemania inventaron esa teoría y es lógico que allí exista, pero aquí no tiene sentido optar por una u otra de las escuelas que han destilado ríos de tinta sobre esta teoría general del delito.

El tratamiento de la imprudencia en el artículo 12 es adecuado. Sólo va a haber imprudencia cuando la ley lo castigue, no como sucede en estos momentos en que todo delito puede ser castigado como imprudente. Y a pesar de que es cierto que el artículo 13 tiene una especie de regulación tripartita de los delitos y faltas que no tiene una correspondencia procesal, tampoco es algo que dañe excesivamente.

En cuanto al artículo 14, se mejoró técnicamente, a nuestro juicio, en la Ponencia. Se aceptó la enmienda 652, de Izquierdo Unida, sobre el error invencible o el error que no hace falta calificar, porque cualquier tipo de error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impide la apreciación de esa circunstancia. Hay que tener en cuenta que las circunstancias cualificativas de la infracción o las agravantes no son parte del tipo, sino circunstancias que agravan lo que atenúan y, por tanto, un error sobre ello es lógico que no pueda apreciarse a la hora de agravar la condena. Esto creo que ha mejorado sustancialmente el artículo 14.

Pero mi intervención va a centrarse en el tratamiento que se hace de la apología en el artículo 18 del proyecto, en el informe de la ponencia y en relación también con nuestras enmiendas 653 y 654, relativas a la provocación y a la apología. Nos parece que es una regulación profundamente incorrecta y peligrosa la que aparece en estos momentos en el artículo 18 sobre la provocación y, en especial, sobre la apología. Hay que recordar que el proyecto del Gobierno define en el artículo 18 la provocación; habla de que existe cuando directamente se incita a cometer un delito por un medio publicitario y que la extiende teóricamente a cualquier delito. Así que, según el proyecto del Gobierno, cualquier delito puede ser cometido en una dimensión de provocación, como una forma delictiva de provocación.

En cuanto a la apología, el proyecto del Gobierno también la definía en el sentido de que existe cuando se expongan ideas o doctrina que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor ante una concurrencia de personas, y en el caso de la apología, sin embargo, el proyecto solamente la concebía como aplicable cuando en la parte especial se considerase así por el Código, solamente caso por caso y cuando en la parte especial a la hora de definir cada delito se dijese que en ese supuesto concreto también se castiga la apología. Y si no se dijese así, no se castigaría la apología.

El informe de la Ponencia he hecho una extensión que yo creo que ha agravado los peligros que ya tenía la redacción del Gobierno y de una forma extraordinaria, porque en el informe de la Ponencia tanto la provocación como la apología —que siguen considerándose como figuras diferentes— se pueden concebir y, por tanto, castigar como una forma delictiva concreta en todos los delitos que aparecen regulados en el Código Penal. Es decir, es aplicable a todo, y en el caso de la apología especialmente grave, porque de una forma muy nítida, a nuestro juicio, vulnera el derecho a la libertad de expresión que aparece en nuestra Constitución. Cualquier tipo de expresión que tenga un mínimo de difusión, ya sea a través del medio escrito, a través de los medios audiovisuales, a través de una obra artística o a través de la literatura, cualquiera que suponga un enaltecimiento del autor de un delito o un ensalzamiento del delito y que pudiera interpretarse como incitación a cometer un delito, cualquiera de esos casos podría considerarse que incurre en una apología punible respecto de cualquier delito.

Yo creo que es una regulación extremadamente grave que nosotros consideramos no aceptable y que esperamos que sea rectificada, como parece que ésa es la intención, sustancialmente en este trámite de Comisión. Para poner de manifiesto gráficamente esto, anoche, que estaba pensando en este tema precisamente, se me ocurrió el imaginar que estuviera en vigor este texto cuando estaba presenciando una película, por cierto muy bonita, muy interesante, que se llama «Thelma & Louise» y que pusieron anoche en un canal de televisión madrileño, trufado de anuncios publicitarios, por cierto, y era bastante difícil seguirla, pero, a pesar de todo, es una gran película. En esta película, Thelma & Louise se dedican a cometer delitos desde que empieza la película hasta que termina, no hacen otra cosa que cometer delitos, y son dos personas encantadoras, que el espectador se adhiere inmediatamente a lo que están haciendo. La intención del director es que eso suceda así, y uno termina adorando a Thelma y Louise, a pesar de que llegan incluso a matar a una persona y producen todo tipo de daños, etcétera, naturalmente todo con muchas justificaciones y muy entendible; es una película, como es sabido, profundamente feminista y una de las mejores películas de los últimos tiempos. Pues eso podría ser inmediatamente considerado como una apología de todos los delitos que cometen Thelma y Louise a lo largo de la película, que cometen muchos, pero es claro que esa película enaltece a Thelma y Louise, a las dos, las enaltece y en ese sentido puede perfectamente considerarse que lo que hacen ellas podría incitar a cometer delitos a personas que vieran esa película y, por tanto, podría considerarse inmediatamente como una película delictiva. Pero como ésa, muchísimas más que todo el mundo sabe que existen en ese sentido grandísimas obras de la literatura universal, todo tipo de expresiones de obras de arte. Yo creo que es absolutamente inaceptable el que se considere la apología como una forma delictual sobre todos los delitos que existen en el Código Penal.

El asunto de la apología hay que tratarlo con la máxima seriedad, porque es un tema muy controvertido, muy polé-

mico y que históricamente tiene muy mala prensa, y nunca mejor dicho lo de la mala prensa. En nuestro país, la primera vez que se regula la apología es el 6 de julio de 1845, en un Decreto-ley de Prensa e Imprenta que califica de delictivos los impresos que elogien o defiendan hechos punibles. Es la primera vez que se regula. A partir de ese momento hay una serie de normas, de leyes, tipo penal normalmente, que regulan la apología, y eso va asociado casi siempre, por no decir siempre, a momentos autoritarios, leyes de signo político autoritario, como es el caso, por ejemplo, de la Ley de Seguridad del Estado de 19 de marzo de 1941 o también una ley de contenido autoritario, aunque fuese en un período democrático de nuestra historia, como la Ley de Defensa de la República de 1931. En el fondo se trata de penalizar expresiones que intentan una adhesión ideológica. Esa es, en definitiva, la forma en que pudiera interpretarse la apología y de ahí la dificultad para que, en una situación democrática, pueda ser castigada. En nuestro país casi nunca se ha castigado la apología, porque es extremadamente difícil hacerlo y así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional. Es una infracción de peligro abstracto.

El Tribunal Constitucional italiano lo vio con toda claridad en una sentencia de 4 de mayo de 1970. En esta sentencia se sustanció una cuestión de inconstitucionalidad sobre un artículo del Código Penal italiano, el artículo 414, en su último párrafo, y el Tribunal Constitucional italiano vio claramente que no puede castigarse una conducta que meramente pida una adhesión ideológica, una adhesión intelectual a una determinada forma de actuar y, por tanto, que solamente podría entrarse en la vía del castigo cuando el discurso fuese —reproduzco literalmente ese documento— concretamente idóneo para provocar la violación de las leyes penales. Esto implica la demostración previa de que, por las condiciones en que se ha producido, por la apariencia sugestiva de ese discurso, por la permeabilidad del ambiente, por la capacidad persuasiva del apologeta, existe la razonable probabilidad de que se cometan delitos.

Efectivamente, no se puede castigar una manifestación que pida la adhesión del intelecto, que pida simplemente una adhesión intelectual. Eso no es castigable en un sistema de libertad de expresión; sin embargo, sí podría ser castigable aquella manifestación que intente ganarse una voluntad para cometer un delito, que incite a la comisión directa, concreta, de un delito y eso es, en definitiva, la provocación. La provocación va dirigida a ganar una voluntad, no a ganar una inteligencia; no a ganar una actitud, sino a ganar una voluntad de acción delictiva. Eso es lo que nosotros creemos que debe castigarse: la provocación. Nosotros, por tanto, entendemos que debe suprimirse esa mención a la apología y debe castigarse lo que es provocación, es decir, aquella conducta, aquella expresión pública a través de medios de comunicación que incita a cometer un delito, que provoca a cometer un delito.

Además, nosotros, en nuestra enmienda 653, decimos que esa provocación debe castigarse caso a caso, que debe castigarse en los supuestos en que consideremos a lo largo de esta tramitación parlamentaria que debe castigarse además la provocación; no solamente el tipo de delito en sus diversas formas —tentativa, conspiración, proposición, etcétera—, sino, además, la provocación. Esa es la posición que mantenemos en nuestras enmiendas, que consideran que lo que debe castigarse es la figura de la provocación, mientras que el texto, con el que no estamos de acuerdo, distingue provocación de apología, las considera dos figuras diferentes. La provocación es el género que consideramos que sí debe ser susceptible de castigo y que debe castigarse caso a caso, supuesto a supuesto y, además, debe castigarse de una forma bien definida y concreta, como deben hacer las leyes penales, en el sentido de que se trata de una incitación predelictual, nunca posdelictual, de una incitación directa a cometer un delito. En ese caso sí merecerá el reproche social; en otro caso, será inútil que siquiera se sitúe en el Código, porque su castigo será imposible y generará todo tipo de frustraciones, como las que ha generado en estos momentos el castigo de la apología.

El señor **PRESIDENTE:** A continuación, tiene la palabra el señor Camp, portavoz del Grupo Catalán (Convergència i Unió), para defender sus enmiendas 1.083 a 1.086, ambas inclusive.

El señor **CAMP i BATALLA:** A este capítulo existen cuatro enmiendas, la primera de ellas al artículo 11, en la que se trata de regular los delitos cometidos por omisión. La realización típica en comisión por omisión —ya antes se ha comentado— requiere que el sujeto, eventualmente en la posición de responsabilidad agravada, haya adoptado un compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados, de forma que la percepción, podríamos decir, social y de los afectados sea la de ver al sujeto como el garante de una situación controlada. En este caso estamos frente a la típica situación de responsabilidad, pero caben supuestos en que las omisiones no muestran una identidad concreta, estructural, exacta, sino que hay un margen de, digamos, tipologías distintas, todo el abanico que va desde los casos que tienen lugar en los delitos de comisión por omisión hasta los de omisión de socorro. Es decir que existe toda una franja que debería tratar de regularse en el Código: los casos de omisión pura, de garante, y que, repito, ayudarían a identificar las diversas situaciones en que se producen hechos delictivos de la tipología que quiere recoger el artículo 11 y que muchas veces son de difícil encaje.

Otra de las enmiendas de nuestro Grupo hace referencia al artículo 14, concretamente al tema del error. Nuestro Grupo pretende que el error invencible no se determine sobre los hechos constitutivos de la infracción, sino sobre los elementos esenciales de la infracción. Nos parece que esta expresión es mucho más razonable y encaja con la doctrina moderna, que da más importancia a especificar el objeto sobre el cual recae el error. Es mucho más fácil determinar el error sobre los elementos constitutivos del hecho que no sobre el hecho en sí.

La enmienda al artículo 16, la enmienda 1.085, ha sido informada favorablemente por la Ponencia, cosa que nos parece razonable. El Grupo Popular entendía que no era una mejora técnica, pero a nosotros nos parece que sí, a

efectos de la exención de responsabilidades. Concretamente, el artículo 16, en el número 2, dice: «Quedará impune el que evitare voluntariamente la consumación del delito, ...» Quien queda impune son las personas, a las cuales se hace una exención de responsabilidad penal, no los hechos. Los hechos sí son impunes, pero aquí no estamos hablando de hechos, sino de personas, que son las que quedan eximidas de su responsabilidad; los hechos serían impunes, pero aquí estamos hablando de las personas.

La enmienda 1.086, al artículo 18, es la que hace referencia a todo el tema de la provocación, con el consecuente debate en torno a la apología. Nuestro Grupo tiene presentada una enmienda a este artículo, pero también vale la pena hacer una referencia a las enmiendas 1.190 y 1.192, que, presentadas en otra parte del Código, hacen referencia, dentro del concepto de delitos de genocidio, a una definición de la apología. Nuestro Grupo pretendía que se hiciera una referencia más amplia que la que se contempla en este momento en las propuestas sobre las que están trabajando los diversos grupos, no en la propuesta del proyecto, que sí es amplia y totalmente abierta. Pero, de hecho, la parte esencial es que creemos que sí que es necesario entender la apología como una provocación. Por consiguiente, nuestra enmienda iría en la línea de contemplar la apología en el artículo 18 como una figura de la provocación y establecer un sistema tasado, un sistema cerrado, para el cual se pudiese aplicar también las situaciones de apología. En consecuencia, nuestra enmienda, que proponía que la provocación se castigará en los casos previstos en la Ley, encajaría perfectamente en un planteamiento de esquema cerrado para la aplicación de la apología.

No tenemos otra enmienda a este capítulo, señor Presidente.

El señor **PRESIDENTE:** A continuación, tiene la palabra el Portavoz del Grupo Vasco (PNV), señor Olabarría, para defender sus enmiendas números 2, 3 y 4.

El señor **OLABARRIA MUÑOZ:** Señor Presidente, yo quería empezar por el final y hacer alusión al brillante discurso que ha configurado el señor López Garrido (siento que no esté aquí en este momento), por una razón, señor Presidente: es que casi me convence, lo cual me empieza a preocupar ya desde una perspectiva analítica. Ha sido un discurso sugerente, brillante, pero intelectualmente tramposo, señor Presidente, con toda la cordialidad que yo le profeso.

El señor **PRESIDENTE:** Perdone, señoría. Son las enmiendas números 2 y 3, porque la número 4 no pertenece a este capítulo. Me había equivocado.

El señor **OLABARRIA MUÑOZ:** Sí, me estoy refiriendo a esas dos, señor Presidente. Le agradezco la corrección.

Utilizar las andanzas de Thelma y Louise para justificar la supresión de la apología en el artículo 18 nos llevaría también, utilizando las mismas argumentaciones y con la misma convicción, ni un grado ni un ápice menos, a suprimir también la provocación, porque también Thelma y Louise se pasaron toda la película, tan sugerente y tan prolija en anuncios, como bien ha dicho el señor López Garrido, provocando a la comisión de delitos, además mediante un sistema de radiodifusión, el más paradigmático, que es el cine emitido por la televisión, y es que todavía soy más sensible seguramente yo anímicamente que el señor López Garrido, y yo justificaría, en cuanto a esos delitos que cometieron Thelma y Louise, hasta la comisión. Aquí se podría aplicar el estado de necesidad sin ninguna duda a cualquier otro tipo de circunstancia eximente, por lo menos atenuante, señor Presidente, y no es ésa la argumentación que yo considero pertinente para justificar la supresión de la apología, que yo creo que está bien concebida y bien tipificada en el texto que ha derivado de la Ponencia, de las transacciones realizadas en la Ponencia.

La provocación es una forma de comisión del delito y la apología otra y son sustancialmente diferentes, a pesar de la aparente identidad que existe entre estas dos formas de comisión del delito. El texto del artículo 18 se refiere de forma sustancialmente diferente a ambas formas especiales de comisión del delito, y yo creo que por circunstancias incluso coyunturales, estructurales, jurídicas, y por una tradición, que es alternativa, y que no nos provee de una decisión muy concluyente en ninguna de las dos tesis, ni para el mantenimiento ni para la supresión de esa alternativa, la tradición, nuestra tradición jurídica, pero, por razones de trayectoria, que son difusas y discutidas, pero añadidas a éstas las coyunturales, yo creo que la apología está bien ubicada y bien configurada, primero en la parte general y bien con el tipo o con la configuración jurídica a la que se provee en este proyecto de ley. ¿Por qué? Porque la apología se comete cuando se enaltece al autor de un delito o cuando se ensalza un crimen, pero, además, una previsión lo suficientemente genérica como para dar un gran margen de discrecionalidad al legislador proyectando esta configuración genérica, que por eso está en la parte general, a los distintos tipos generales, que luego en la parte especial del Código Penal se contemplan, donde ya discriminará el legislador, con los criterios que resulten en cada caso pertinentes, respecto a qué tipos delictivos la apología ha de tener la consideración de conducta o de forma de comisión penalmente reprochable o no. Y esto mismo pasa con la provocación, y esto mismo pasa con la comisión también, señor Presidente. Luego la apología es una forma de comisión especial que debe ser objeto de consideración punitiva, la provocación también, a pesar de su aparente identidad —digo aparente porque son formas de comisión diferentes— y desde luego, obviamente, la comisión también.

Nuestras dos enmiendas, las que manteníamos aquí, son unas enmiendas a las que nosotros damos relevancia, señor Presidente. La primera de ellas, la número 2, la que usted ha relatado como número 2, pretende, en el sentido que comentaba el señor Pillado, también con precisión y con ilustración, con brillantez, definir la comisión por omisión, pero pretende definir mejor cuándo la comisión por omisión o la omisión, mejor dicho, debe ser considerada como acción. Aquí sí que somos tributarios de una tradición jurídica muy luenga a nuestro Derecho Penal, y noso-

tros entendemos que en dos supuestos la omisión debe ser considerada como acción a efectos de la comisión del delito: en primer lugar, «cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar» (aquí sí que es la tradición, nuestra tradición, esto no se debería modificar en absoluto) y, en segundo lugar, «cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido, mediante una acción u omisión precedente». Nosotros entendemos que en este momento la equiparación entre omisión y acción es pertinente, y así debe ser reconocido por el Código Penal.

Respecto a la enmienda número 3, señor Presidente, en relación al error vencible, que es una gran cuestión, un problema de dogmática penal muy complejo y muy debatible y muy polémico siempre, nosotros entendemos que se debe incorporar algo que no prevé en este momento el Código Penal, que es el error invencible sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Nosotros entendemos que el error invencible sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación es un «tertium genus» del error y que debe ser objeto de específica consideración en el Código Penal, porque es una forma especial de error, de error invencible, y que debe ser las consecuencias que en este precepto se contienen para el error invencible. Por esta razón pretendemos incorporar esta mención a este artículo, el artículo 14 en concreto.

Estas son las enmiendas que mi Grupo mantiene a este bloque sistemático que estamos debatiendo, no sin agradar su generosidad, señor Presidente, por haberme permitido especular sobre la apología. Al fin y al cabo, en un debate tan especial como el que estamos acometiendo en esta tarde poco más que especular podemos hacer, y si estos debates, como algún grupo parlamentario pide, van a ser objeto de reproducción, quizás en momentos posteriores haremos referencias más prolijas a estas cuestiones.

El señor **PRESIDENTE:** Mientras SS. SS. no entren en especulaciones de carácter artístico sobre la película que han mencionado y se refieran tan sólo al trasfondo ideológico-jurídico, no hay límite que establecer.

¿El señor Olarte quiere defender sus enmiendas?

El señor **OLARTE CULLEN:** Sí, señor Presidente, con muchísimo gusto.

El señor **PRESIDENTE:** Son desde la 890 hasta la 898, inclusive.

El señor **OLARTE CULLEN:** Efectivamente, señor Presidente. La enmienda 886, que lo es a la rúbrica de este libro primero, fue aceptada por la Ponencia en razón de la justificación que nosotros incluíamos en la misma; las 887 y 888 lo eran por una razón de sistemática ubicadas aquí, si bien constituían enmiendas al artículo 1.° del proyecto y la 889 al segundo del mismo, con lo cual, aceptando la propuesta que me hace el señor Presidente, empiezo por la 890, que retiro. Sería mal comienzo si continuase igual con las restantes, cosa que no pienso hacer porque pienso mantenerlas.

El señor **PRESIDENTE:** Su señoría quiere decir que reitera la retirada que formuló en Ponencia.

El señor **OLARTE CULLEN:** De la 890, la reitero y la retiro. Mantengo la 891, por la que propongo la supresión del artículo 12 del proyecto, habida cuenta de que para nosotros dicho precepto constituye una reiteración absoluta de lo que el mismo proyecto un poco antes, dos artículos antes, ha dicho en el artículo 10. En el artículo 10 se establece que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley», correctísimo, y en el artículo 12 dice ahora que las «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Luego si expresamente no lo dispone la Ley, no estarán penadas por la Ley. Consecuentemente, nosotros justificamos la supresión de esta reiteración que se contiene en el artículo 12.

En la enmienda siguiente, en la 892, lo que hacemos es modificar el texto propuesto, porque, por lo que atañe al error invencible, creemos que debe serlo no sobre los hechos constitutivos de la infracción, sino sobre los elementos constitutivos de la infracción.

Hay una justificación muy completa en la enmienda 3, del Grupo Vasco, que coincide con nuestro planteamiento doctrinal. Efectivamente, existe un debate técnico-jurídico acerca de si el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación —la legítima defensa putativa, por ejemplo— integra un error de tipo o de prohibición o, por el contrario, constituye un «tertium genus» de error. Lo cierto es que, precisamente por consideraciones técnicas —nosotros tratamos de elaborar un código de lo más perfecto posible—, lo técnico-jurídico, como la doctrina tradicional, que es la más amplia, no debe soslayarse.

Para mejor reflejar en el precepto esa moderna doctrina amplia, unánime prácticamente, sobre la concepción del error sobre el tipo que se contiene en este apartado 1, tratamos de que el error invencible lo sea sobre los elementos constitutivos de infracción, coincidiendo con algunas otras enmiendas, que, avanzando más allá, en un alarde de precisión digno de elogio, hablan de los elementos esenciales, con lo cual queda mucho más reforzada esta referencia que hacemos nosotros al error sobre el tipo.

Por lo que se refiere a la enmienda número 893, por razones técnicas derivadas de nuestra conformidad con la inclusión de la frustración dentro de ese concepto más amplio de tentativa que recoge el proyecto, así como por la conveniencia de incluir la apología, elogiando que en el proyecto, dentro del concepto de tentativa, se contenga algo omnicomprensivo de la frustración misma, consideramos que la redacción debe ser la que proponemos, es decir, que sean punibles el delito consumado, la tentativa, la conspiración, la provocación y la apología del delito.

Ya ayer expresamos, en cuanto a la provocación y la apología del delito, la necesidad de hacer una especie de simbiosis o confusión —por fusión, no por confundir— de ambos conceptos, que acaso les dotaría de mayor rigor técnico. Porque la apología, en definitiva, no deja de ser una provocación especial y merecedora para nosotros siempre

—pero, desde luego, en una serie de casos indiscutiblemente— de sanción.

Con esto expresamos, al propio tiempo, una discrepancia notable con lo que ha manifestado el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) —lamento que su portavoz no se encuentre aquí— por lo que se refiere a este precepto.

En su momento formularemos nuestra oposición, a través del voto correspondiente, a esa redacción que propone el Grupo Catalán de que quede exento de responsabilidad penal el que evitare, etcétera. ¿Por qué? Porque para nosotros lo correcto es hablar de impunidad, ya que en muchos supuestos, como ocurre con las excusas absolutorias, hay delito, hay delincuente y lo que no hay es pena. Luego, no es que la pena se refiera al hecho en sí; la pena y la falta de pena se refieren al sujeto. En definitiva, por razones de política criminal es por lo que no hay pena, criterio que nosotros mantenemos y que se ve a lo largo de nuestros planteamientos técnico-jurídicos en distintas enmiendas.

Mantenemos la enmienda 894, que propone modificar el párrafo segundo del artículo 16 en el sentido de que «No será punible la tentativa cuando la gente evitare voluntariamente la consumación del delito desistiendo de la ejecución ya iniciada o impidiendo la producción del resultado, salvo que los actos realizados sean constitutivos de otro delito o falta». Puede ocurrir que alguien desista con toda su voluntad del «animus necandi», de matar a otra persona, y, sin embargo, los hechos hasta entonces producidos por el «iter criminis», los hechos realizados por él mismo, sean susceptibles de una calificación, por ejemplo, de un delito de viejas lesiones graves, y de las actuales, que no dejan de ser graves aunque ahora se llamen de otra manera.

Al igual que respecto a la provocación, queremos expresar muy someramente nuestra coincidencia con lo manifestado por el señor Pillado, el cual, haciendo honor a su apellido, nos pilló en un «lapsus» cultural-histórico (todas las cosas, hasta las más elementales, se olvidan con el paso y el peso de los años, señor Pillado), a propósito de la perseverancia en su «animus necandi» por parte de Lady Macbeth, lo cual demostraba, además, esa perseverancia que muchos de nosotros solemos decir que existe de una manera muy acusada en la condición femenina. En muchas ocasiones aconsejamos que cuando la esposa de cualquiera le invita a que se tire por la ventana, pida a Dios vivir en lo que los canarios llamamos una casa terrera, que son las que se encuentran a ras del suelo. Esa perseverancia, como la del personaje literario citado por el señor Pillado, no cabe duda de que era digna de mejor causa, pero tuvo sus efectos también.

Tras esta pequeña anécdota —que reconozco que cito para evitar los perturbadores efectos de la digestión en una sesión como ésta, al final de la cual ni siquiera va a haber el revulsivo de una posible votación, que queda pospuesta para otro día—, en nuestra enmienda 895 pretendemos la supresión del artículo 17.3 por razones técnicas, de política criminal y por coherencia también —lo que siempre procuramos— con nuestra enmienda de modificación al artículo 15.1.

Mantenemos nuestra enmienda 896, sabido el criterio que, acaso con tozudez, pero, desde luego, con coherencia y con perseverancia también, hemos defendido durante la Ponencia a propósito de que para nosotros la provocación debe ser punible siempre. Asimismo, mantenemos nuestra enmienda en virtud de la cual tratamos de modificar el artículo 18.2, proponiendo que este punto 2 contenga un párrafo del siguiente tenor literal: «La apología existe cuando con publicidad se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el delito o enaltezcan a su autor pudiendo constituir una incitación directa a la comisión de aquél.»

Finalmente, en la enmienda 898 —última que defiendo—, tratamos de modificar el artículo 19 para mejorar técnicamente el texto inicial, proponiendo el siguiente: «Cuando intervengan varias personas en la comisión de un delito quedan impunes quienes desistan de la ejecución ya iniciada impidiendo o intentando impedir de forma clara y decidida su consumación, salvo que su conducta hubiere sido constitutiva de otro delito.» Creemos que es una mejora técnica que evita que aparentemente pudiera quedar impune esa otra conducta en cuanto a lo realizado si la parte del todo, «per se», es constitutiva de otro delito. Si no me es infiel la memoria, algunas otras fuerzas políticas coinciden también en este aditamento que nos puede dar tranquilidad a quienes redactamos este texto.

El señor **PRESIDENTE:** Daremos por defendidas las enmiendas formuladas por el Grupo Mixto, cuyo portavoz no está representado en esta sesión.

Doy la palabra, a continuación, al portavoz del Grupo Socialista, señor Banero, para que exponga su posición, si lo desea, y, a la vez, mantenga la defensa de aquellas que ha formulado el Grupo Socialista.

El señor **BARRERO LOPEZ:** A pesar de que son muchas las enmiendas, y de la importancia que sin duda alguna tiene este capítulo, voy a intentar ser lo más escueto posible oponiéndome a los temas que consideramos más esenciales, pero con la brevedad a que nos obliga el hecho de que en Ponencia hemos debatido este capítulo de una manera amplia y que, como consecuencia de los esfuerzos de la propia Ponencia y del Grupo Parlamentario Socialista por llegar a acuerdos en este título, se ha llegado a acuerdos que no son suma de voluntades sino que llevan consigo profundizar en los artículos y que sean más correctos técnicamente. De acuerdo con todo ello, parece obligado limitar mi intervención en lo posible para no cansar a SS. SS.

Quisiera empezar por el final, puesto que se ha iluminado la parte del artículo 18 que se refiere a determinados actos preparatorios del delito, como son la provocación y la apología, para que quede clara la posición de nuestro Grupo, aunque sea, insisto, una exposición breve.

Los esfuerzos para dar importancia al tema en el que estamos no precisan de exageración alguna como ha hecho, con la brillantez que acostumbra, el portavoz del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. El tema es importante aunque no se exagere y, aunque en su discurso el señor López Garrido se haya re-

ferido fundamentalmente a algo que no existe, a determinadas consecuencias que del proyecto no deducimos quienes hemos estado estudiando este asunto, quienes han sido prelegisladores del proyecto, quienes han estudiado, ya desde el año 1983, las dificultades que suponían estos actos preparatorios, con la importancia que tenía que en un Código moderno apareciera su definición.

Pienso que se ha dirigido fundamentalmente a una de las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular, cuando habla de que la apología existe cuando, por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Ahí, sí se podría hablar de la apología como una forma de penalizar la opinión contraria a la mayoritaria, pero en absoluto nos sentimos aludidos en ese discurso los que defendemos el proyecto.

Todos estamos de acuerdo en algo importante, porque ya en 1992 la mayoría de los grupos entendieron que el que apareciera la apología y su definición era un esfuerzo que había que realizar por parte del legislador, por muchas razones, pero fundamentalmente por una: la sociedad requiere que este concepto, que se está usando en la sociedad de manera vulgar de forma habitual, pudiera definirlo el legislador. Existe otro motivo, que en el Derecho Penal actual ya existen delitos, tipos, donde aparece la figura de la apología, pero cuya indefinición ha impedido que muchos jueces puedan aplicarla. Por lo tanto, la atención a lo que solicita lo más correcto —por decirlo de alguna forma— de nuestra sociedad, la sensibilidad hacia esa voz, más la obligación jurisprudencial de intentar definir algo que aparecía en el Código y no era aplicado precisamente por su indefinición, obligaba al prelegislador, al legislador de 1992, y en todo caso a nosotros, a hacer el esfuerzo, sin ningún tipo de demagogia, de redactar este tema.

El problema fundamental es de definición. En el problema de definición existe un elemento básico para nosotros: la apología es una forma de provocación y debe quedar constancia de ello porque eso es lo que siempre hemos dicho. La apología es una forma de provocación, no es distinta a la provocación, es una forma de provocación que se manifiesta de unas determinadas maneras. Normalmente, la sociedad acepta como algo propio que exista la apología y, como consecuencia, el legislador debe definirla, pero requiere los elementos de causalidad directa con el delito que resulta de la provocación, los mismos. Es decir, la apología sólo es punible cuando provoca el peligro. Por lo tanto, es una forma de provocación que debemos definir.

El tercer elemento que nos parecía fundamental, con el que, por supuesto, estamos de acuerdo —estamos de acuerdo con la mayoría del discurso del señor López Garrido, lo que ocurre es que, insisto, no se refería al proyecto— es que debemos definir también en qué supuestos de la parte especial debe tener sentido la apología también como delito.

La apología —debe quedar claro— no castiga la expresión de una idea, sea ésta mayoritaria o no, como ocurría —eso es verdad— en otras épocas. Es cierta la cita del siglo XIX del señor López Garrido, pero, por ello, es verdad también que determinadas clases dominantes usaban ciertos delitos como éste para evitar que opiniones contrarias pudieran salir a la opinión pública. Por tanto, no castiga la expresión de ninguna idea ni castiga la disensión, no puede castigarla, sólo es delictiva cuando es provocación —insisto mucho en el tema— y por lo tanto pone en peligro abstracto un determinado bien que todos queremos, que la sociedad quiere salvaguardar de manera especial.

Por tanto, la definimos de manera tal que su concepción concreta impida el desequilibrio posible con el derecho fundamental de la libertad de expresión y, sin duda, deberemos ponernos de acuerdo —estoy seguro de que lo conseguiremos entre todos los grupos— para ver después, en la parte especial, en qué tipos debe entrar la consideración de apología también como delito, por tanto, con las consecuencias penales que ello comporta.

Voy a terminar con este tema, señor Presidente. No somos excesivamente originales porque, hace poco tiempo, prácticamente esta misma definición la hemos aprobado por unanimidad todos los grupos parlamentarios con referencia al delito de genocidio. Además, la Convención de Viena en derecho sustantivo interno, nos obliga a los españoles, a los legisladores, a definir la apología para el supuesto de narcotráfico. Por lo tanto, también deberemos ponernos de acuerdo en qué supuestos de la parte especial, de carácter especialmente grave, este tipo de provocación debe considerarse como un delito en sí mismo. Habremos hecho un favor no ya al exegeta doctrinario, no ya a la jurisprudencia, sino a la sociedad, que está escuchando continuamente estas definiciones de apología de tal delito, de terrorismo, de narcotráfico, de genocidio, y comprueba que no se ha hecho un esfuerzo por parte del legislador para saber de qué se está hablando.

El Grupo Parlamentario Socialista, entendiendo las dificultades —todos los grupos comprenden la importancia de este acto preparatorio—, ha hecho el esfuerzo de realizar, hablando con la mayoría de ellos, una enmienda de carácter transaccional que, por un lado —insisto mucho en el tema—, defina la apología —estamos obligados a ello— y, después, limite sus consecuencias en la parte especial a los delitos que después proveamos los legisladores. De acuerdo con ello, esta enmienda transaccional (que voy a leer porque me parece importante, sin que ello suponga que en trámites sucesivos la reflexión de todos nos pueda llevar a ser más concretros y técnicamente más correctos en lo que queremos decir) respecto a este artículo diría lo siguiente: La provocación existe cuando directamente se incita por medio de imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad (es importante porque no se trata de una carta dirigida a otra persona, que es lo que decía el Grupo Popular, y les advierto de esa dificultad cuando hablaban de un simple escrito), o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología (y éste es el esfuerzo que hace el legislador en su definición), a los efectos de este Código, la exposición ante una concurrencia de personas o, por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva, como forma de provocación, si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Por último, la provocación se

castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea.

Con esta enmienda transaccional estoy seguro de que intentamos, y conseguimos en buena medida, solventar los problemas que tenía de interpretación el portavoz del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, y previsiblemente algunos de otros grupos que se han pronunciado en una línea similar.

Volvemos, señor Presidente, a hablar de las enmiendas de que han hecho defensa los distintos grupos a partir del artículo 11. El citado artículo 11 tiene una serie de enmiendas, dos de ellas del Grupo Popular, que son las números 225 y 226. Estamos hablando, para que los comisionados puedan seguir un poco las intervenciones, de la comisión por omisión.

Efectivamente, lo más importante de la enmienda 226 fue aceptado en Ponencia, puesto que fue admitida la palabra «podrán», quiero recordar, y sospecho que de esta manera la enmienda será fácilmente retirada por el ponente. Al margen de lo doctrinal, ya advertí ayer que lo que quiere el prelegislador, y en lo que me gustaría que estuviéramos todos de acuerdo, es que éste sea el código más asentado doctrinalmente; es decir, que no lleve consigo ninguna impronta de una doctrina, sea ésta minoritaria o destacada. Este Código Penal —que quiere ser el código de toda la doctrina en lo posible— en este tema de la comisión por omisión, como en tantos otros, ha buscado la tesis que parece más común de acuerdo con unos elementos que eran fundamentales para definir dicha comisión por omisión. En ese sentido quiero recordar que la Ponencia aceptó una enmienda, que entendió muy correcta, del Grupo Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya.

Previamente quisiera advertir al Grupo Popular que, como ayer destacaban y como consecuencia también de su esfuerzo —y sé que estoy hablando con un portavoz que también fue ponente en el año 1992—, en este proyecto de 1994 sí aparece la figura del garante, consecuencia, entre otras cosas, de las aportaciones del legislador y, muy destacadamente, de la aportación del Grupo Parlamentario Popular. Estamos de acuerdo en que estamos frente a un delito de resultado y estamos de acuerdo en la posición del garante, con referencia al especial deber jurídico del autor por evitar el resultado no querido.

En donde tenemos más dificultad —aunque la reflexión puede llevar a otros trámites—, porque en lo demás yo creo que con las aportaciones de la Ponencia y la figura del garante ya introducida en el proyecto estaríamos todos de acuerdo, es en determinadas expresiones de la enmienda del Grupo Popular, tal como cuando el autor ha asumido, en su situación de deber jurídico personal, el impedir el acto, el daño o el resultado correspondiente. Entendemos nosotros que el deber jurídico de que estamos hablando no se asume. Es decir, el deber jurídico no puede pasar por la acepción subjetiva de considerar si es o no deber. El deber es un deber, y más un deber jurídico. Por lo tanto, la asunción de ese deber jurídico —en términos penales, no digo en derecho privado— no tiene sentido, a nuestro entender. En términos penales un deber jurídico es una obligación que asume la persona. Otra cosa es el derecho privado cuando pueda o no asumirse. Pero en derecho penal la asunción de ese deber jurídico no puede pasar por el filtro de la aceptación o no por parte del autor. Como consecuencia de ello nosotros vamos a rechazar (aunque agradecemos la aportación), una vez más, del Grupo Popular en el sentido de excluir la palabra «podrán», es decir, no dejarlo a la discrecionalidad de los tribunales) en principio su enmienda, así como aquellas otras que están cercanas a esta tesis.

La enmienda del Grupo Vasco, que también habla de comisión por omisión, sería aceptable seguramente si su redacción fuera, a nuestro entender, más correcta, tanto gramatical como técnicamente. En la enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, que dejamos —insisto— a una posterior reflexión, se dan los tres supuestos de la figura de la comisión por omisión: cuando procede de una obligación —es decir, la obligación como fuente de ese deber jurídico—, cuando el deber jurídico tiene la procedencia de un contrato, o cuando ese deber jurídico procede de la llamada acción precedente; que son los tres supuestos de que habla la doctrina.

Creemos nosotros que con el hecho de deber jurídico —sin entrar en ningún tipo de doctrina— ya aparecen estos tres supuestos; pero si ello no se entendiera así, entraríamos, sin duda, en una más correcta definición en otro trámite parlamentario para que apareciera con exactitud que nos referimos al deber jurídico que nace de la ley, al deber jurídico que nace del contrato o al deber jurídico que nace de la acción precedente.

También tiene dificultades el Grupo Popular para aceptar el informe de la Ponencia, cuando no asume en el artículo 13 la clasificación que se hace de los delitos en el proyecto. El proyecto —quiero recordarlo— habla de delitos graves, delitos menos graves y faltas. Y el Grupo Parlamentario Popular quiere limitar esto a la concepción actual —que no clásica, y ahora lo comentaré— de delitos y faltas.

Aparte de que es obvio y no hay que entrar mucho en ello (entiende bien el portavoz que aceptar su enmienda sería cambiar todo el Libro III, de las penas, puesto que tiene su reflejo en esa clasificación y, como consecuencia de ello, se hace también la trilogía de las penas graves, menos graves y leves), quisiéramos comentar que no es precisamente el argumento de lo histórico lo que debe llevar a apoyar la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, porque el sistema bipartido, el sistema de delitos y faltas, nace en el año 1932; pero tanto el Código Penal de 1848, como el de 1850 y el de 1870, tenían sistema tripartito. Por tanto, si hablamos de tradición, es una tradición inmediata, pero no histórica. Los primeros códigos se hacen con el sistema tripartito.

Por otra parte, todos los proyectos —no ya el proyecto que impulsa este Gobierno, sino los previos a la entrada del Grupo Socialista en el poder—, por ejemplo, los de 1980, 1983 y 1992, etcétera, también hablan ya de este sistema tripartito. Por añadir algo más, no hay que olvidar —decía inteligentemente el portavoz que significaba esto de alguna manera una consecuencia procesal— que en los

procedimientos abreviados de 1980, si se fija S. S., hay una configuración tripartita de delitos dolosos, delitos graves y menos graves y, como consecuencia de ello, una serie de competencias a la Audiencia Provincial, al Juzgado de lo Penal o al Juzgado de Instrucción. Es decir, ya en la Ley orgánica 10/1980, que después cambia con la Ley orgánica 7/1988, se hace esta tripartición, por llamarlo de alguna manera, a efectos procesales y a efectos competenciales. Tanto históricamente, si me permite S. S., como en la actualidad —hablemos a partir del año 1980—, y como las consecuencias procesales, que no es ninguna tontería recordarlo, toda vez que en estos temas está perfectamente unida la ley adjetiva con la ley sustantiva, se habla ya de este tipo de trilogía. Si le mueve a la reflexión, quiero recordarle que ya en el año 1992 y también en este proyecto de 1994, el Grupo Parlamentario Popular es el único que mantiene el sistema tradicional. Sólo hay una enmienda, que es la de S. S., manteniendo el sistema que usted llama tradicional, que es el sistema bipartito.

En el tema del error, que es el artículo 14, me voy a permitir hacer un seguimiento de los artículos y voy a comentarle algo en este momento. Quiero recordarle que en la Ponencia ya se aceptó una enmienda del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, en la que seguía el camino de lo que se entiende hoy por doctrina mayoritaria. Aunque todos estamos en este momento apelando a ella, tampoco lo hago como un recurso a un aval especial para el legislador, que no lo precisa, pero puesto que se ha apelado en varias ocasiones al tema de la doctrina mayoritaria, habría que advertir que desde el año 1983 no se habla, en muchas de ellas al menos, de elementos del hecho, sino del hecho concretamente. Cuando estamos hablando de errores de tipo y errores de prohibición, de las agravaciones o de las atenuaciones que ello supone, normalmente ya se habla casi siempre del hecho y de la ilicitud cuando estamos hablando del tipo o de la prohibición. Entrar más en todos los problemas doctrinales que después cada uno apunta a matices dentro de la doctrina sobre esta cuestión, que ha hecho que se redacten millones de páginas en la doctrina penal, sería una dificultad en la que yo creo que no deberíamos entrar.

Insisto que, también en este apartado, señor Pillado, intentamos hacer lo que nosotros creemos, que es mayoritario, y que no hiere a ninguna doctrina que pudiera dificultar la aceptación, también doctrinal, del propio proyecto, que queremos no sólo de todos los legisladores, sino de toda la doctrina que ha apoyado con sus reflexiones desde hace muchos años a la modernidad de un Código que tiene cien años de existencia. Por eso aceptábamos esta enmienda que viene a decir que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. El error sobre el elemento del hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación, decimos en segundo término. Por último, poníamos como apartado tercero, recordará S. S., lo que es en este momento el apartado 2, del proyecto del Gobierno, diciendo: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.» Es decir, se trata del supuesto de atenuación de la pena.

Como ésta es también la tesis del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), que es la que sigue el señor Pillado, creemos haber contestado, seguro que insuficientemente, a la intervención del portavoz del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

También preocupaba, señor portavoz, en el artículo 15, el cambio que produce el proyecto con referencia a una doctrina, ésa sí hasta hace muy poco, acerca de la tentativa de la frustración. He tenido oportunidad de leer los debates que en 1992 usted cruzó con el señor López Riaño también sobre esta cuestión, y ya en aquel momento recordábamos a S. S. que el tema de la frustración es una de las originalidades en la doctrina española que ha tenido escaso éxito. A pesar de que todos hemos conformado nuestro pequeño bagaje jurídico-penal a través de una doctrina de este tipo desde la Facultad en la que hemos estudiado hasta el ejercicio profesional de cada uno, no ha sido muy aceptado por otras doctrinas, toda vez que, insisto, el tema de la frustración no exageraré si digo que somos originales. Eso ha llevado consigo, y bien lo sabe S. S. porque es un avezado abogado, a unas dificultades y disfuncionalidades jurisprudenciales que no hay que recordar, porque creo que casi todos tenemos algún dato en la cabeza acerca de la dificultad de definición que para la jurisprudencia siempre ha supuesto el concepto de frustración como un concepto distinto del de tentativa acabada.

¿Qué hace el proyecto? Mantener el concepto de la tentativa y permitir que esta tentativa, que es de una más fácil interpretación, tenga dos elementos definidos, que es por lo que a usted le asustaba lo que dice el artículo 62.1. Dicho apartado no vuelve a hablar de frustración; de lo que habla es de los dos supuestos que tiene la tentativa. Uno, la tentativa acababa, que es lo que todavía hoy se llama frustración; y otro, que es la tentativa inacabada, lo que en este momento se llama tentativa. ¿Tiene sentido cuando hemos sido capaces de definir la tentativa que sigamos manteniendo para un caso una palabra, y en otro supuesto, otra, aunque sea eso lo que tradicionalmente hemos venido haciendo? Creo, señor Pillado, que no, y éste es un momento importante para poder variar ese supuesto.

Hay otro argumento que me parece básico y es que, al margen de evitar las disfuncionalidades de tipo sobre todo jurisprudencial, también doctrinal, optándose por lo que ofrece el proyecto y también la Ponencia, se opta, además, por una atenuación de la pena con criterios más materiales y más objetivos que no produce sin duda la frustración.

El artículo 16 ha sido objeto de aceptación en buena medida en la Ponencia, a través de una enmienda transaccional. Como consecuencia de ello, se ha hecho un esfuerzo para traducir una enmienda transaccional, tanto con la enmienda 231, como con la 1.085, que además ha entrado toda ella en la Ponencia, como con la enmienda de Coalición Canaria, la 894, que hace que nosotros nos sin-

tamos, como en todo, con una relativa satisfacción de cómo queda este artículo.

Quiero recordar al portavoz del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que la expresión final de su enmienda, que dice: ... «salvo que los actos realizados sean constitutivos de otro delito o falta», ha sido objeto ya de introducción en la ponencia, y por tanto, de introducción al dictamen y sobre ello votaremos, de manera que si no considerara que debía mantener la primera parte, que prácticamente se acerca en sus mismos términos a lo que dice el proyecto, quizás se considerara satisfecho con la aceptación de esta última parte de su enmienda.

También ha sido aceptada la enmienda número 282, del Grupo Parlamentario Popular con referencia a la numeración del artículo 17, y debería seguir el mismo camino la enmienda que tienen al artículo 18, de una más correcta enumeración. Por tanto, si en este momento no estuviéramos suficientemente preparados para formular una enmienda transaccional, apelo al recuerdo que podamos tener S. S. y yo para que el martes formulemos una enmienda en este sentido o aceptemos la enmienda de S. S.

Creo que, sobre todo para satisfacción de quienes en la Comisión están escuchando con tanta resignación como atención, he terminado de defender la posición de mi Grupo y, por tanto, mi posición en contra de las distintas enmiendas a este proyecto, excepción hecha, como sabe S. S., de la enmienda transaccional que inmediatamente presentaré a la Mesa respecto al artículo 18.

El señor **PRESIDENTE:** Iba a manifestar mi deseo de conocerla porque, efectivamente, de sus palabras se deducía un texto que no coincide con el informe de la Ponencia. **(El señor Barrero López entrega el texto a la Mesa.)**

¿Desean replicar los señores portavoces? **(Pausa.)**

Señor Pillado.

El señor **PILLADO MONTERO:** Muy brevemente, para puntualizar algunas cuestiones. Seguiré el orden en que nos fue contestando el portavoz del Partido Socialista, señor Barrero.

Provocación y apología. Con el texto que pretende mantenerse por el grupo mayoritario, queda excluida la provocación privada; resulta que la provocación siempre tiene que ser pública. Nos parece, a este respecto, que se incide en una equivocación. La provocación, para ser punible, no tiene que ser necesariamente con publicidad. Hasta ahora no era así; son múltiples las situaciones en que la provocación (pienso incluso que es lo normal) se hace en las relaciones privadas, sin que exista publicidad de ella, y si ahora la provocación, es decir, la incitación directa al delito, ha de ser pública, quedarán impunes una serie de conductas que hasta ahora no lo eran, tales como el ejemplo que puse en mi primera intervención.

Además, insisto, provocación y apología vienen a ser exactamente la misma cosa con el texto que se pretende para ambas: incitación pública directa a la comisión del delito. Tendrá que meditar el grupo mayoritario y los restantes grupos sobre este tema, porque entiendo que, de lo contrario, de mantenerse el criterio que ahora consta en el informe de la Ponencia, se comete un notable error.

El tema de la comisión por omisión. Hacía hincapié el portavoz del Partido Socialista en que no era necesario que el omitente (valga la expresión) hubiese asumido un especial deber jurídico de impedir el resultado. Note el señor portavoz del Partido Socialista que en nuestra enmienda después de: «el autor ha asumido», va otra expresión: «en su situación». ¿Qué quiere decirse con esto? Que ha asumido esa situación, que se ha puesto en esa situación o en esa profesión y, por tanto, tiene los deberes inherentes a esa situación, a esa profesión. Es decir, ha asumido su situación, ha asumido su profesión y, por tanto, ha asumido el deber personal de impedir un resultado.

Calificación tripartita de los delitos y las faltas. El problema consiste en que no se sacan las consecuencias de esta clasificación a ningún otro efecto. No se sacan las consecuencias, por ejemplo, en el tema de sustitución de las penas, en el tema de las medidas de seguridad, en el tema de los actos preparatorios; en una serie de ocasiones en las que se podía echar mano de esta triple clasificación, se desaprovecha y se sigue con el mismo criterio actual. La prueba es que pienso que en ningún momento de la parte especial se habla de penas graves, penas menos graves, delitos graves, delitos menos graves. Por eso repito lo que ya dije, que puestos a hacer una reforma, sáquense las consecuencias, désele utilidad a la misma. Si no se le da utilidad, mejor es no hacer nada. Se nos habla para el futuro de leyes procesales y se puso como ejemplo lo que ya ocurre actualmente, que unos delitos son competencia de un tribunal, de los juzgados de lo penal, que otros delitos son competencia de la Audiencia Provincial. Pero éstos son por la duración de la pena, y a la duración concreta de la pena se le sacan consecuencias también en el proyecto que nos ocupa, pero no porque la pena sea más grave o sea menos grave. No se dice: para las penas graves, ocurrirá esto; para las menos graves, ocurrirá esto otro. No. Se dice: cuando la pena tenga la duración de tanto, ocurrirá tal cosa, y cuando tenga la duración de cuanto, ocurrirá tal cosa, prescindiendo de que esas consecuencias se aplican a todo el conjunto de las penas menos graves o a todo el conjunto de las penas graves.

El problema de la tentativa y de la frustración. Señor Presidente, si se habla de tentativa acabada y de tentativa no acabada, y se mantienen las consecuencias penológicas, llamémosle a la primera por su nombre; digamos la tentativa acabada se llama, como se ha venido llamando hasta ahora: frustración. Es más, con el sistema que ahora se quiere introducir, un concepto global de la tentativa donde se distinga la acabada de la inacabada, pero para una y para otra se deje la atenuación de la pena en uno o dos grados, resulta que podemos encontrarnos con un efecto no deseado, y es que a las tentativas acabadas se les rebaje la pena en dos grados y a tentativas no acabadas se les rebaje solamente la pena en un grado, con lo cual los agravios comparativos a la vista están.

Artículos 16.2 y 19. Desestimiento del camino hacia el delito. No se nos ha dicho nada al respecto. Ahí queda un vacío, ahí queda una laguna, ahí quedan sin contemplar las

consecuencias del desestimiento en cuanto a los actos preparatorios. Lo dije en mi primera intervención: sólo se contemplan en cuanto a los actos iniciales de ejecución, cuando se mete ya uno en el camino del delito, pero queda la laguna de los actos preparatorios, y a llenar esa laguna van dirigidas nuestras enmiendas a los artículos 16.2 y 19.

Y, por último, si se quiere aceptar nuestra enmienda 238, como se hizo con la 232, no hace falta ninguna transacción. ¿Tanta prevención tienen ustedes a aceptar las enmiendas de la oposición? ¿Para qué una transaccional? Simplemente hay que ordenar los párrafos como nosotros pedimos y para eso no hay que acudir al subterfugio de una enmienda transaccional para después poder decir: esta mejora que detectó la oposición, no es de la oposición, hemos colaborado nosotros con una transacción. No. Vamos a ser serios, señor Presidente, y si lo que hay que hacer es ordenar los párrafos, y esto lo ha delatado la oposición, porque la oposición a veces también delata errores, señor Presidente, reconózcase así y acéptese la enmienda de la oposición.

El señor **PRESIDENTE:** ¿El señor López Garrido formulará réplica? **(Pausa.)**

Habida cuenta de que se ha formulado con distintas interpretaciones, como se acaba de ver, una enmienda «in voce» del Grupo Socialista, a la enmienda número 654, de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, voy a proceder a su lectura, al objeto de que si desea replicar, pueda formularlo.

La enmienda «in voce» al artículo 18, dice lo siguiente: La provocación existe cuando directamente se incita por medio de imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad o ante una concurrencia de personas, a la perpretación de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer delito. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Señor López Garrido.

El señor **LOPEZ GARRIDO:** Señor Presidente, efectivamente nosotros estamos absolutamente de acuerdo con esta enmienda transaccional que se ha presentado, producto del acuerdo entre los grupos. Es un método que espero se reproduzca habitualmente a lo largo de la tramitación de este Código, que debe ser un Código lo más consensuado posible y, por tanto, coincide en este sentido con la filosofía que ha inspirado las enmiendas presentadas por nuestro grupo al artículo 18.

Según se deduce del texto, y como ha señalado el señor Barrero, la apología es una forma de provocación, no es una figura diferente de la provocación; es una forma de provocación y, por consiguiente, lo que se castiga a partir de esta redacción es la provocación. La figura vamos a llamarle madre, la figura delictiva, la figura delictual o la forma de comisión delictual, es la provocación y la apología se entiende, y regulada tal como está aquí, que es una forma de provocación y al ser una forma de provocación, por ser una forma de provocación y no otra cosa, sólo es delictiva, como acertadamente dice la enmienda, si constituye una incitación directa a cometer un delito. Entiendo que debe decir cometer un delito, no cometer delito, porque cometer delito, no se sabe qué delito es; tendría que ser un delito concreto. Pienso que la redacción obliga a situar allí un artículo: incitación directa a cometer un delito. Por tanto, es una forma de provocación; no es ya la redacción que venía en el proyecto, en el que se hablaba de que, en su caso, pudiera constituir una incitación, sino que se habla en presente indicativo, cuando constituye una incitación directa a cometer el delito, porque, indudablemente, es una forma de provocación. Así, pues, nos parece que esta redacción cumple los objetivos que nosotros perseguíamos con nuestras enmiendas y que son producto de la preocupación que tenemos por el hecho de que surgiese una figura errante como apología, en donde cupiese todo tipo de cosas y que significase en la práctica una vulneración de la libertad de expresión y, en última instancia, una imposibilidad de castigo, lo que ha sucedido hasta este momento, que la apología es algo no castigable en la práctica; es tremendamente difícil castigarlo en la práctica, porque no había una definición al respecto. Era tan amplia y tan vaporosa que los tribunales eran incapaces de poder procesar y castigar, en su caso, una apología de delito.

Hay un segundo párrafo en el apartado 2 de la enmienda, en donde se dice que la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea, porque es claro que la figura que se regula es la provocación en este apartado y que se castiga sólo en los casos que la Ley así lo prevea. Hay que irse, por tanto, al resto de los artículos de este Código Penal, a la parte especial, para ver en qué casos se dice que se castigue también la provocación. Por consiguiente, cuando no se mencione la provocación como forma de comisión de delito punible, no se podrá castigar la provocación a ese delito; solamente se castigará provocación a un delito cuando en la parte especial, en el artículo o precepto correspondiente se diga además que se castigará la forma de provocación. Este es el sentido que tenía una de nuestras enmiendas, que coincide plenamente con la enmienda número 653, con la que pretendemos precisamente eso: que la provocación no sea una figura de comisión predicable de todos los delitos, sino solamente de aquellos que en el resto de la tramitación parlamentaria entendamos que merecen sea castigado como forma de provocación.

Consideramos, por tanto, que es una enmienda transaccional plenamente aceptable por nuestro grupo. Vamos a votarla favorablemente y vamos a retirar, por consiguiente, las enmiendas números 653 y 654. La enmienda número 652 ya fue aprobada por la Ponencia e incorporada a su texto, así que no mantenemos ninguna enmienda en este capítulo.

Quiero hacer una pequeña puntualización respecto a la intervención del señor Barrero, en dos aspectos. En primer

lugar, quiero señalar que el texto de la Ponencia tenía un defecto importante cuando regulaba la apología no solamente como algo predicable de todos los delitos, sino como algo bastante etéreo, en la medida que se consideraba apología punible un enaltecimiento del crimen o del autor del crimen que pudiera constituir incitación directa a cometer un delito; es decir, una indeterminación muy peligrosa, poco precisa, por tanto, una norma que no corresponde a la rigurosidad y a la precisión que exige la norma penal.

En segundo lugar, un matiz sobre algo que ha señalado el señor Barrero: la apología no puede poner en peligro abstracto un bien; la apología tiene que poner en peligro concreto un bien, no un peligro abstracto, sino peligro concreto de un bien jurídico, que sería amenazado directamente por el hecho de que la apología constituyese una incitación directa a la comisión del delito. Creo que queda más exactamente definido lo que se quiere decir con la redacción planteada en esta enmienda transaccional, que vamos a votar favorablemente, en su momento.

El señor **PRESIDENTE:** Señor Olarte.

El señor **OLARTE CULLEN:** Señor Presidente, muy brevemente para decir que el señor Barrero me ha pillado en lo que yo suelo llamar un renuncio, al cometer un error en virtud del cual mantenía, con cierto énfasis, además, como agravante de mi error, la enmienda número 894, con lo cual se pone de manifiesto que el señor Pillado no se encuentra en el monopolio de pillar a los demás, porque en este momento lo he sido yo por el señor Barrero, al igual que ayer creo que el portavoz de Coalición Canaria, cuando recordaba ciertas cosas del texto refundido del 1944 y lo que hoy es el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, advertía la necesidad de que en el artículo 2.° fuese el Consejo el que no interviniera.

Pues bien, en muchas ocasiones una retirada a tiempo es una victoria; pero en este caso la victoria se ha producido antes que la retirada de mi enmienda, porque en la Ponencia ha sido aceptada parcialmente mi enmienda en cuanto al último inciso del texto que propongo en la enmienda número 894. Lo que ocurre —y lo digo como atenuante a mi error— es que en el informe de la Ponencia, que es completísimo (y aprovecho la ocasión, ya que anteriormente cometí el pecado de no alabarlo en la medida justa, porque la Ponencia ha realizado un trabajo realmente extraordinario y en un plazo de tiempo récord), no se incluye la admisión parcial de esta enmienda número 894, lo cual, ahora, me complace constatar que lo fue.

Termino con ello mi intervención, cumpliendo mi compromiso de brevedad, señor Presidente.

El señor **PRESIDENTE:** Son ustedes muy corteses. Sigan así.

Da por retirada entonces la enmienda 894, si no le he entendido mal, ¿verdad, señor Olarte?

El señor **OLARTE CULLEN:** Siento no poder retirar más.

El señor **PRESIDENTE:** El señor Barrero tiene la palabra.

El señor **BARRERO LOPEZ:** Como estamos en el turno de las matizaciones, para que todos seamos exactos en el uso de la palabra, quisiera advertir, en atención a las precisiones que ha hecho el señor López Garrido, que en ningún momento en la Ponencia, cuando definíamos la apología, se hablaba de idea o doctrinas que pudieran ensalzar el crimen, que es la expresión exacta que ha dicho el señor López Garrido. En ningún momento se habla de que pudieran, porque se dice: «...se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.» Lo que, por otra parte, aparece reflejado también en la enmienda transaccional que el propio señor López Garrido ha aceptado como una corrección mejor incluso de lo que aparece en el proyecto.

Con referencia también a la provocación, el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, señor Pillado, seguía sin comprender por qué no aceptamos nosotros la provocación de carácter privado. Aparte de las dificultades sobre las que ya hablé y sobre las que me ratifico, nosotros entendemos que lo que llama S. S. provocación de carácter privado es sencillamente la inducción, no es una provocación de carácter privado, a través de la cual un señor, mediante un escrito, solicita la consumación de un crimen o la solicitud de un crimen —crimen en el sentido amplio— a otra persona, está induciéndole a cometerlo, no está provocando. Al menos eso es lo que nosotros entendemos por provocación privada en el sentido de S. S., pero estará conmigo, en todo caso, en que si sobre cuestión tan delicada tenemos tan distintas interpretaciones bueno será no poner la de S. S. que mueve a ella. Y hasta tal punto mueve a ella que en el ejemplo de brillante lector shakespeariano que ha hecho S. S. en su intervención acerca de Lady Macbeth, yo le quiero tranquilizar porque Lady Macbeth en todo caso sería inductora y no provocadora del crimen. La inducción es, como bien sabe S. S., una forma de autoría, pero no un acto preparatorio. Por tanto, dejemos, a nuestro entender, en la línea de lo que exponía el señor López Garrido, tema tan delicado sujeto a los márgenes estrictos que estamos intentando poner al supuesto de la provocación y de la apología.

En el tema de la comisión por omisión, también el hecho de que nos lleve al Grupo mayoritario a interpretaciones incorrectas —puesto que S. S. cree que por la expresión «asumido» no se entiende una posición voluntarista y subjetiva del autor, sino un deber jurídico de carácter penal—, debía mover a S. S. a quitar esa expresión de la enmienda, porque aporta poco. Si se quitara esa expresión y lo limitáramos a la expresión «deber jurídico» tendríamos claras las tres fuentes en las que he insistido antes sobre las que se basa el error con referencia al deber jurídico, que son: la fuente legal, la contractual, y la fuente de la injerencia, que llama la doctrina, y sobre las cuales sí que la doctrina mayoritariamente está muy cercana, o está prácticamente en una posición unánime.

Las consecuencias de la trilogía a que se refiere el artículo 13 las tiene S. S. en el artículo 33 —porque nos co-

menta S. S. que no tiene consecuencia alguna ese tipo de trilogía—, donde se habla de las consecuencias de los delitos y de los aspectos punitivos de este código en consecuencia y en base a la tripartición. El artículo 33 habla de penas graves, de penas menos graves —y, lógicamente, define ambas— y de penas leves. Como consecuencia de ello es por lo que se hace en el artículo 13 la división a la que hemos hecho todos referencia. Pero veo que el hecho de que S. S. se haya quedado solo en esta defensa de lo que S. S. llama tradicional tampoco le ha movido a retirar la enmienda, porque en este caso, como en algún otro, S. S. y su Grupo están realmente solos.

En atención a lo que usted comentaba sobre las tentativas existe una confusión. El artículo 62 no habla de la figura de la frustración, porque la tentativa acabada o inacabada no significa automáticamente la deducción de un grado en un caso y de dos en otro. El artículo 62 dice: «A los autores de esta tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, ...» porque ahora no funciona ya el elemento automático, «... atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.» Ha habido supuestos intermedios, por eso hablaba de la disfuncionalidad de estos supuestos de la frustración, entre lo que era tentativa y lo que era frustración, que suponían una cierta disfuncionalidad que S. S. recuerda perfectamente por los muchos casos que habrá llevado en esta línea en su vida profesional.

Por último, no hemos aceptado la enmienda por la que varía la enumeración del artículo 18 porque estemos buscando subterfugios frente a las enmiendas, tan ricas técnicamente, de la oposición. Sabe S. S. que hemos aceptado muchas de ellas en el sentido de apoyarlas con nuestros votos porque todo lo que sea enriquecer el Código es bueno. Por otra parte, ésta, como bien sabe S. S., es una enmienda estrictamente técnica. Si entiendo que deberíamos de esperar al martes es porque este artículo 18 tiene en este momento una enmienda transaccional de la que ha dado lectura el señor Presidente, y su enmienda, con el cambio de numeración, se refiere al proyecto y no a la enmienda transaccional. Si no hubiera ningún tipo de disfuncionalidad, nosotros aceptaríamos de buen grado su enmienda. Para esa mínima reflexión —ahora la enmienda también es correcta frente a la enmienda transaccional— es por lo que le pedía a S. S. que dejáramos esto para antes de la votación que se producirá el martes que viene.

El señor **PRESIDENTE:** Señor Barrero, entiendo que la enmienda número 578, referida al artículo 18, queda retirada con motivo de la presentación de esta enmienda «in voce».

El señor **BARRERO LOPEZ:** Entiende bien, señor Presidente.

El señor **PRESIDENTE:** Tiene la palabra el señor Pillado.

El señor **PILLADO MONTERO:** No voy a reabrir ningún debate, señor Presidente, sólo quiero aclarar un concepto que me parece que no lo está suficientemente.

La inducción es la provocación que produce su resultado, es una forma de autoría, pero cuando no produce su resultado, y se hace privadamente, de palabra o por escrito, pero sin publicidad, ¿tiene que quedar impune? Entendemos que no.

El supuesto de Lady Macbeth, que yo he citado, es un caso de inducción, puesto que la provocación produjo el resultado. Pero si la provocación no produjese el resultado, no fuese un supuesto de inducción, es decir de autoría, si el marido de Lady Macbeth no hubiese consumado el magnicidio, ¿quedaría impune la conducta de su mujer que le pedía, e insistía, que matase al rey? Entiendo que en modo alguno podría ser. Pues, con arreglo al proyecto que estamos defendiendo, si el resultado no se hubiese producido Lady Macbeth no hubiese cometido delito alguno.

El señor **PRESIDENTE:** Hoy hemos tenido ilustraciones en materia de teatro clásico y de cine. Sigan por ese camino. **(El señor Barrero López pide la palabra.)**

¿Señor Barrero?

El señor **BARRERO LOPEZ:** En esta línea de ejemplos tan interesantes, sepa el señor Presidente que este portavoz renuncia a poner el supuesto de Otelo como delito consumado.

El señor **PRESIDENTE:** Gracias, señor Barrero.

Vamos a levantar la sesión, ya que las votaciones las efectuaremos al comienzo de la próxima sesión.

Sí quiero hacerles un anticipo del plan de trabajo. Con motivo de acuerdos adoptados por la Junta de Portavoces, y efectuadas consultas con los portavoces de esta Comisión, vamos a prescindir de la sesión dedicada al Código Penal el próximo jueves, ya que el Pleno acabará el miércoles por la tarde. Celebraremos sesión de la Comisión el martes, día 16, a lo largo de toda la mañana, desde las diez. No la convocamos a las nueve y media porque es el día de incorporación de los señores Diputados y es mejor dar un margen para la llegada puntual de todos. La segunda sesión en la próxima semana la celebraremos el miércoles, a partir de las nueve y media. El jueves celebraremos sesión por la mañana, pero no para discutir el proyecto de Código Penal, sino para celebrar la comparecencia del señor Fiscal General del Estado, cuestión que ha sido calificada por la Mesa a las cuatro menos diez. Y, a lo largo de esa semana, estableceremos el calendario posterior de debate del Código Penal para los días 29 y siguientes de mayo y primeros días de junio.

Quiero anticiparles a SS. SS. —espero que colaboren con la Presidencia en este sentido— que voy a ordenar el debate de forma que podamos fijar más o menos extensamente nuestra atención según la trascendencia de las enmiendas y la importancia de los artículos del Código, para que no cometamos el absurdo de dedicar el mismo tiempo a cuestiones importantes y delicadas, a las que hay presentadas enmiendas de importancia, que a aquellos capítulos

—ya hemos dicho que discutiremos el proyecto por capítulos— que no tienen una excesiva incidencia en las cuestiones que nosotros tenemos que debatir. De manera que la Presidencia, según esta valoración que me permitiré hacer, irá fijando turnos de cinco, diez o quince minutos, según se trate de uno u otro supuesto, para que, como máximo, dediquemos hora y media a aquellos capítulos que tienen una importancia grande, y sin perjuicio de que algún artículo pueda verse separadamente, y media hora a aquellos que tienen muy pocas enmiendas y que no han sido objeto de polémica ni siquiera en Ponencia, con un período intermedio de una hora para aquellos en los que no concurran claramente ni una ni otra de las dos circunstancias expresadas anteriormente.

Queda por concretar, y me gustará oír a SS. SS. informalmente al terminar la sesión o en los próximos días, si vamos a mantener el criterio de fijar una hora de votaciones en cada sesión o bien, como sería el gusto de la Presidencia, vamos a vincular las votaciones a los debates, lo cual, sin duda, daría mayor entidad al debate. Me gustaría que la votación se produjera inmediatamente después del debate y que, por tanto, la trascendencia de las intervenciones pueda influir en el comportamiento de los grupos a la hora de votar e incluso en la trascendencia pública que tenga cada debate, pero como yo sé que a los grupos parlamentarios les crea algún tipo de problema estar siempre pendientes de las votaciones, no me atrevo a decidirlo sin oír la ponderación que hace cada portavoz en esta materia. Desde luego, eso sería lo deseable, pero no me atrevo a asegurar que sea posible y, por tanto, ustedes dirán. En todo caso, muchas gracias por su trabajo.

Se levanta la sesión.

Eran las seis y cuarenta y cinco minutos de la tarde.

Imprime RIVADENEYRA, S. A. - MADRID
Cuesta de San Vicente, 28 y 36
Teléfono 547-23-00.-28008 Madrid
Depósito legal: M. 12.580 - 1961