

1. Ikasgaia: Giza bizitza independentearen aurkako delituak

**I.Hilketa**

Lehenik eta behin, giza bizitzaren aurkako delituetan bizitza, jaiotzetik heriotzararte babesten saiatzen dira. Gure kode penalean bi figura aurki genitzazkeen alde batetik erahilketa eta hilketa, hauen ezberdintasuna tipo mota da lehena bigarrenaren tipo berezia da honetan hainbat galdakizun kualifikatu bat eskatzen delako (ankerkeria maltzurkeria edo ordainsariz egin izana) berdintasuna ordea egitatean dago hauda pertsona beraren heriotza kausatzea. Honela Estatuan beharrezkotzat ikusten da bizitza bezelako ondasun juridiko bat babestea. Honen ezaugarrietako bat bizitzaren xedaezintasunean oinarritzen da, bizitza gizakiari loturiko ezaugarri moduan honek bizitzarengan erabakitzeke debekuan hain zuzen ere. Era berean xedaezintasun honen argudioak eragin erlijiosoan ditugu. Honetaz gain bizitza gizarterako bizikidetzarako funtsezko elementu gisa kontsideratzen da. Honen aurka doktrinaren sektore batek bizitzaren xedaezintasunak askatasunaren mugaketa bat suposatzen duela argudiatzen du. Honela izanik, gaur egun gori gorien dagoen eztabaida bat da ea estatuak zer gainjarri behar duen lehen biziaren askatasuna. Eztabaida honen fruitu gisa Eutanasiaren inguruko arauak behatzea besterik ez dugu. Espainian, Eutanasia aktiboa (Hau da norbait pozointzea subjektu pasiboaren adostasunaz) debekaturik dago, ordea pasiboa (makina bati loturik dagoen pertsona bati makina desentxufatzea) baimendurik dago. praktikan hainbat problematika sortzen ditu:

a) Noiz hasten da giza bizitza? Hau oso eztabaidatua da, Zigor kodeak ez dio galdera honi erantzuten, beraz interpretaziorako mugarik ez du uzten. Historikoki Zilborrestea moztean ematen da bizitza Kode zibileko 31. artikuluari jarraiki, baino, Auzitegi Gorenaren jurisprudentziari erreparatuaz gero, haxe dio "el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto" beraz erditze fasean hasiko da giza biziaren hasiera juridikoki. Honek hala ere Segurtasun juridikoari dagokionez, arazoak ekar ditzazke zeren araua eskuan izanik zilborrestea moztea da muga.

b) Giza bizitzaren amaierari dagokionez, hau pertsonaren heriotz errealekin amaitzen da hau da "La confirmacion del cese irreversible de las funciones cardiorespiratorias y craneoencefalicas"

**2.Hilketa (ZK-ko138.art)**

*"El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años."*

Hilketa hitza Zkan zentzu zabala batean erabiltzen da gizon baten heriotza beste batengatik hala ere I tituluko hilketa forma guztiak ez dute esan nahi bata bestearen menpe dagoenik (Buruaz beste egiteko indukzioa). Hemen zentzu hertsizko hilketari egiten diogu erreferentzia, honela izanik Doluzko supotua barnetatzen da, hau tipo arrunta bezala hartzen dugu zeren ez du subjektu aktiboarekiko inolako inguruabarrik eskatzen hau aplikatua izan dedin, erahilketarekin gertatzen denez gero.

**3.Tipo Objektiboa**

Akzioak eragina duen objektu materiala subjektu pasiboa da hilketa delituan eta bere forma guztietan, non bizitza da ondasun juridiko babestua balio ideal gisa. Subjektu aktibo zein pasiboa edozein pertsona izan litezke. Hala ere kasu berezi bat topatzen dugu Zkko 485.1 artikuluan non subjektu pasiboarekiko galdakizun berezi bat galdatzen den (Erregea hiltzea) hau tipo arruntatzat hartzen da.

Akzioa beste pertsona bat hiltzean datza. Modalitate eta medio anitz aurki genitzazkeen, (beti ere 139.artikuluarekin topatzen ez garen bitartean). Ez-egiteko egitea posible da, beti ere berme egoera ematen den bitartean. Eraitza beti pertsonaren heriotz efektiboa izango da kausalitate harremanaren gauzatzea galdatuz, noski. Tipo motari erreparatuaz gero hau egite eta eraitza delitua izan liteke.

**4.Tipo Subjektiboa**

138. artikuluko giza hilketa delitua doluzkoa da zuzenbideagabekeriak 142.art (Delitua astunaren kasuan) 621.2 (Falta arinen kasuan) hartuz. Hala ere hainbat supotu bereziekin topa gintezke 142. artikuluan

baitan

- .2 Hilketak, motordun, suzko edo denadelako tresna bat erabiltzean eman denean
- .3 Zuhurtziagabekeria profesional baten ondorioz eman denean, hemen ikus dezakegunez karguaren desgaitasuna ematen da, tipo kualifikatua izanik. Hau kritikatu izan da zeren, Nola da posible pertsona bati bere lanean gehiago galdatzen zaiola jakinik, bere huts egite batengatik zuhurtziagabekeria tipo astuna (142.1art) baino zigor handiagoa jasatea? Proporzionaltasun printzipioa urratu litekeen. Honela zuhurtziagabekeria zehazterako orduan, Lex artisari erreparatu beharra daukagu.

## II.Erahilketa (Zkko 139.art)

*"Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

- **1.ª** Con alevosía.
- **2.ª** Por precio, recompensa o promesa.
- **3.ª** Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido."

Honela izanik Hilketaren tipo astundutzat ala autonomotzat hartu behar dugu? Erahilketa tipo berezitzat hartu behar dugu, zeren delituaren garapen graduaren inguruko hainbat auzi zehazterako orduan, garrantzitsua da egozpen titularen apurketa ematea bidezkoak izan ez litezkeen ondorioak ekar ditzazke eta:

- A.k B nahi du hil eta honetarako C.rekin harremanetan jartzen da pistola bat eskuratzeko. Ondoren Ak B. hiltzen du hemen, zein erantzunkizun du Ck?
    - 65.1.artikuluak eskuan izanik aldagai pertsonalak (Eskizofrenia etab) subjektu aktiboari aplikatuko zaizkio
    - 65.2 artikuluak dioenez, aldagai instrumentalak (Pistola ematea adib) bi subjektuei aplikatuko zaizkie Ck beti ere honen berri duen heinean, ordea ez du erantzunkizun penalik izango.
- \*Historikoki, inguruabar berezien bidez beste pertsona batek heriotza bat eragingo balu erahilketa tipoagatik zigortuko baitlitzatekeen partaide egozpen titulua apurtu gabe. Ordea lehen esan dugun bezala, C erahilketarik zigortua izana ekarriko lukeen informaziorik izan gabe.

Topatu genitzaizkeen galdakizunen artean saria prezioz edo hitzemandez bidez egitea da, honela kontzeptua zehazterako orduan, batzuen ustez hau ordainketa ematean datza ordea beste sektore baten ustetan ordainektaren akordioa ematean datza zeren subjektu aktiboak nahiz eta ordainketa ez jaso horren ondorioz jarduten du, zentzu honetan adierazi da Auzitegi Gorenaren doktrina. Era berean sariaren edukia ez du zertan ekonomikoa izan.

Bestetik Ankerkeria dugu, hau da Sufrimendua nahita handitzean datza, honela muga non ezarri behar dugu. Muga beharrezkoak ez diren sufrimenduak SORTZEAN datza, horrenbestez subjektu aktiboak, pasiboa hiltzen badu lehen labankadaz, ondoren eman ditzazkeen labankadak ez dira supostu honen barnean bilduko.

## 8.Tipo Subjektiboa

Hemen, juridikoki posible dela ematen du baino faktikoki ezinezkoa da erahilketa bat doluz ez den modu batean ematea zeren inguruabarrek delituaren gauzatzeko borondate bat galdatzen du subjektu aktiboarekiko.

Azkenik, 140. artikuluko tipo superkualifikatuaren topatzen gara, hemen 139. artikuluko inguruabar bat baino gehiago ematean datza, ondorio gisa zigorra 20-25 urte bitartekoa izan liteke. Hau kritika askoren objektu izan da

- proportzionalitatea urratu dezakeelako, Zkko 66.1.3 artikuluekin konparatuaz gero, bi inguruabar astungarri ematen direnean goiko erdian astuntzea eskatzen du, zigorra 17 urte eta erditik 20 urte

bitartekoa bilakatuz 20-25 bitartekoa izan ordez.

- Non bis in idem printzipioa urratu dezake, zeren zigor kodeak 66.1.3 artikuluan aurreikusiriko mekanismoaz baliatu liteke kasu hauetan.

Dakigunez gero, Gobernuak egin nahi duen erreformari erreparatuz, I tituluko delituak aldaketak jasango dituzte. Hauen artean hauek azpimarratuz.

El artículo 139 de la propuesta de reforma del Código Penal introduce una nueva circunstancia que cualifica el asesinato, “*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*”, que no encuentra relación con las demás circunstancias del mismo artículo.

La reforma eleva la pena del delito a 25 años y crea un amplísimo marco penal (15 años a 25 años) que podría afectar al principio de legalidad.

El artículo 140 introduce unos supuestos de especial gravedad, castigados con la pena de prisión permanente, en los que son destacables los problemas de *bis in idem* que plantean las circunstancias 1ª y 3ª.

139.artikuluak, inguruabar berri bat barneratzen du delitu bat betetzeko edo beste bat estaltzeko erabilia (Marta del Castilloren kasuarekin lotu genezakeena)

Bestetik zigorra 15-25 urte bitarteko espetxealdia suposatzen du legalitate printzipioarekiko eragina izateko aukerarekin.

Azkenik 140.artikuluak larritasun bereziko hainbat supostu barneratzen ditu espetxealdi iraunkorarekin zigortuak izan litezkeenak. Baita ere Bis artikuluan 1 eta 3 supostuak non aurretiazko espetxealdia aplikatu litekeen (Terroristak eta Sexu askatasun delituak)

## **7.Parrizidioa eta haur hilketa**

I tituluko supostuen barnean murgilduaz gero, ez dugu egitate jakin honen inguruko arauketarik aurkitu. Honela kasuan kasu, bai haurrak edota bai guraso batzuek, babesik gabeko egoera batean aurkitzen dira hauek subjektu aktiboarengatik erasotuak direnean, horrenbestez 139. artikuluko supostuaren barnean aurki gintezke delitua maltzurkeriaz egin izanagatik. Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia ildo honi heldu dio ordea doktrinari erreparatzen badiogu 22.1 artikuluko tresna batzuen erabilera suposatu behar du hauek aplikagarriak izateko. Beraz praktikan objektibo zein formalki ez da ematen parrizidioan tresna hauen erabilera. Honela soluzio moduan doktrinak hau proposatzen du.

- Giza hilketa + Nagusitasun abusua
- Giza hilketa + Ahaidetasun harremana

## **2.Ikasgaia: Bizitza independentearen aurkako delituak (II)**

### **I.Sarrera**

Ikasgai honetan, bizitza independentearen aurkako delitu mota desberdinak ikusiko ditugu, (indukzioa, eutanasia eta beharrezko laguntza ematea) hau da beste subjektu baten bidez heriotza eragitea. Jokaera guzti hauek bizi titularraren adostasuna dute amankomunean delitua burutzerako unean. Honela Suizidioa ere barneratu genezakeen ikuspuntu honetatik, baina ez da hala suizidatzea ez da delitua kontsideratzen. Lehenik suizidioa zer den definitu beharra daukagu:

*"El suicidio es un ataque contra la propia vida del que lo realiza"*

honen arrazoiak arlo politiko kriminalera hedatzen da, hain zuzen ere zigorren helburuari, EK-ko 25.artikuluak xedatzen duenez zigorrak birgizarteratzera bideraturik egon behar dute, hau da Aurrezaintza bai orokor eta bai berezi bat eman behar da. Honela izanik aurrezaintza berezia ez baitzen emango. Gehienbat bi arrazoiengatik

- Subjektua hiltzean ekintza atipiko bat izango baitlitzatekeen, ezinezkoa da hildako bat zigortzea.
- Ez du zentzurik aurrezaintza orokor eta bereziaren ikuspuntutik arlo terrenalarengatik interesik ez duen subjektuari

Ordea ez dago legitimazio juridikorik beste baten heriotzean parte hartzeko. Hau da suizidioaren impunitateak ez du ordenamendu juridikoaren axolagabekeriari suposatzen. Bizitza arlo penalean babes objektua da baita ere bere titularraren borondatearen aurrean ere, ez delako xedatzeko askea. Honela Zuzenbide penalak ezin du pertsona baten suizidioan parte hartu duten subjektuak egoera onuragarri batean utzi. Honela izanik, 143.artikuluak tipifikatu ditu kasu hauek, non seguraski ez ziren zigortuak izango <<partaidetzaren akzesoriotasun printzipioan>> oinarrituaz gero, hain zuzen ere Suizidioa ez bada zigorgarria, ezin dugu suizidio batean parte hartu duen norbait zigortu egozpen titulua hautsiko litzateke. Hurrenez hurren hauek dira aztertu behar ditugun delituak:

#### "Artículo 143

- 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*
- 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*
- 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*
- 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo."*

Hemen berriz ere Bizitza eta Askatasuna bezalako ondasun juridikoen ponderazio baten aurrean aurkitzen gara, eta Auzitegi Gorenaren Jurisprudentziak ezarri duenez (AGE 11/1991) Bizitza askatasunari gainjartzen dio.

Hala eta guztiz ere, doktrinan hainbat ikuspuntu garatu dira ponderazio honen inguruan:

- Alde batetik Rodriguez Mourullo autorearen ikuspuntua azaldu beharra daukagu, Honen ustetan bizitza ondasun juridiko xedaezin bat da, Bizitza ordenamendu juridikoaren gainean dagoen ondasun juridikoa da, Honela izanik Estatuak hainbat betebeharrak ditu honekiko
  - Bermatu: Subjektuak nahiz eta ez nahi Estatuak bere kide guztien bizitza mantendu behar du nahiz eta honek ez nahi.
  - Babestu: Estatuak bere eskuetan dituen medio guztiak jarri behar ditu bere kideen bizitza bermatzeko.
  - Errespetatu: Estatuak bizitza errespetatu behar du bere egoerari erreparatu gabe.
- Beste alde batetik Diez Ripolles eta Munagorri Laguia-k garaturiko ikuspuntua dugu, Hauen ustetan Estatuak ere baditu betebeharrak bizitza eskubidearekiko baino Errespetatu eta Babestu behar ditu, bermatu beharrik ez du. Estatuak ezin du bere kideen borondatea murriztu eta egozpen titularen hausketarik ez da ematen
- Gaur egungo ikuspuntuari erreparatuaz gero, Bizitza eta Askatasunaz gain Duintasuna ere ponderatzen da (EK.10.art). Honela Duintasuna bermatzeko bizitza babestu beharra interpretatu da. Ildo honi jarraituz, Auzitegi Konstituzionalak, Berme funtzioa aldarrikatzen du, Xedatzeko modua kasu berezi batzuetara hedatuz eta honen ondorioz Egozpen titulua apurtuz.

## **2.Elementu Amankomunak**

Hauek aztertzen jarriaz gero, Bizitza propioaren aurkako eraso atipiko bat dugu eta beste pertsonaren bidez egin bada tipikoa da 143.artikuluak jaso. Zuzenbide Penalaren kontzeptu juridiko penala suizidioaren inguruan aurkeztu ondoren, Hainbat betekizun dituela baieztatu genezakeen.

- Subjektu aktiboaren Borondatea
- Gaitasuna portaerak izan ditzazkeen ondorioen inguruan

- Beste pertsona baten indukzioa

Honela kasuistika anitz bat aurkitu genezakeen, zeren egintza hauek oso modu ezberdinean interpretatu genitzazkeen, alde batetik giza hilketatik oso gertu egon litezkeen edo erahilketa, bestetik, askatasunaren adierazpen gorenaren izan liteke. Doktrinaren eskutik despenalizazioaren aldeko argudioak garatu dira, Muñoz Conderen ustetan bidezkozte kausa gisa arautu beharko liratekeen.

Heriotzaren kontzeptua kontuan izanik beste autore batzuek bizitzaren baldintzaren objektiboa heriotza bilakatu dute hau da heriotza eman behar du nahiz eta nahi ez, tipikoa izan dedin, hala ere azpimarratu beharra dago aurreko faseak ere tipikoak direla eta ikuspuntu honek ez duela zentzurik.

\*Kasu aipagarrien artean, 18 urteko batek Whisky botila bat osoa edatearen apustua onartzea eta honen ondorioz intoxikazio etilikoz hiltzea dugu, hau atipikoa izango litzatekeen zeren botila bat edatea ez da delitua.

\*Bestetik pertsona ez-gaitu batei drogak hartzea indusitzea dugu hau delitua da.

Hala eta guztiz ere Zigor Kode alemanari erreparatzen badiogu, Parte hartze hutsa zigorgabea da honela elementu erabakiorra bizitza subjektu pasiboaren kontrolpean egotea da. Honela izanik haxe da araudia:

- 143.1 prezeptua ez da zigorgarria (Indukzioa) zeren subjektu aktiboaren esku dago bere buruaz beste egiteko pausoa ematea
- 143.2 prezeptua ere ez da zigorgarria (Ezinbesteko egintzak egitea) zeren hemen ere subjektu aktiboaren kontrola dago bere buruaz beste egiteko egitatean.
- 143.3 prezeptua zigorgarria da (Heriotzaren exekuziorarte laguntza ematea) zeren hemen subjektu aktiboak ez du kontrola bere heriotzan.

### 3.Suizidiora indusitzea

1. *"El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años."*

Dakigunez gero indukzioa hertsapen psikologiko baten bidez subjektu batek bere buruaz beste egitea izango baitlitzatekeen tipo penal hau, beste pertsona bat konbentzitzea bere buruaz beste egin dezan. Indukzioak zuzena eta eraginkorra izan behar du. Lehendik titularrak bere buruaz beste egitea eta bulling kasuak ez dira hemen barneratzen.

Bullingari dagokionez Hondarribiko "Jokin" en kasuan egileak tratu apalesgarriengatik zigortuak izan ziren, baino ez ziren suizidioaren indukzioz zigortuak izan, batez ere bi arrazoiengatik alderdi subjektiboaren barnean, dakigunez dolua egon ahal izateko Ondasun juridikoa (Bizitza) kaltetzeko borondatea egon behar du eta bestetik subjektuek ez zekiten beraien portaerarekin tipo penalaren alderdi objektiboa aurrera eramaten ari zirenik horrenbestez ezin dugu Kausalitate harreman bat ere ezarri zeren beraien tratuan ezin dugu emaitza eragin duen kausa bilatu.

Ordea subjektu aktiboa ezgaia bada subjektu pasiboa instrumentu bat bilakatuko zen eta Erahilketa zein hilketa kasu batean egongo ginatekeen.

### 4.Suizidioaren kooperazioa

- "2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona."*

Tipo honen bidez, beharrezko ekintzetan laguntzea bilatu behar da subjektu aktiboaren partetik, Laguntzak beti ekintza aktibo bat suposatu behar du. Honela ez-egitearen kasuetan zer? Ez-egiteko egitearen existentzia baieztatu genezakeen, honek galdakizun moduan legez edo kontratuz zein aurretiazko portaera baten bidez berme egoeran aurkitzea ezartzen du. Erabaki denez gero Beharrezko ekintzak galdatzen dira, titularrak babestu nahi ez duenean berme egoera hori ez da sortzen zeren ekintzak positiboa behar du izan kooperazioa emateko. Honela ere pistola ematea kooperazioa kontsideratzen da baino non aurkitu litezkeen sopikuntza.

### 5.Suizidioarako ezinbesteko laguntza

*"3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte."*

Supostu honen egitate tipikoa izaera exekutiboko kooperazio bat da, hau da ez da kooperatzen bakarrik baizik eta kooperazio hau subjektuaren heriotza eragin arte burutzen da. Hemen egilea bizitza eskubidearen titularra da, zeren berak du egitatearen domeinua eta berak antolatzen du bere heriotza nahiz eta hau beste pertsona batengatik exekutatua izan. Hemen ikusten dugunez zigorra handiagoa da baino hilketa baino urriagoa da.

Egile batzuen ustez beharrezkoa da tipo penal hau barneratzea zeren kasu guztiak bestela giza hilketa bezala ulertuko lirатеkeen proportzionalitate printzipioa kolokan jarritz. Zeren objektiboki hilketa bezala uler liteke. Honela guztiz beharrezkoa da Titularraren adostasuna Ondasun juridikoa xedatzeko eta honek bere ekintzak ekar ditzazkeen ondorioez jabetzeko gaitasuna izatea.

Era berean akzioa kooperazioa heriotza exekutatzekeo puntura iritsi behar du, hemen honetarako beharrezkoak diren medio guztiak barneratu litezke,

## **6.Eutanasia**

*"4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo."*

Nahiz eta kooperazioak gizatiarrak ez izan orokorrean, gizatiarrak izan litezkeen kooperazioekin topa gintezke titularrak jasaten duen pairamenekin amaitzeko beti ere hau minik jasan gabe egin dezan. Doktrinaren inguruan hainbat eutanasia motaren existentzia baieztatu da, hala ere ez dira onartzen:

- Eugenesia: Genozidioa, hau inolaz ere ezin da justifikatu.
- Ekonomikoak: Arrazoi ekonomikoengatik hiltzea.
- Kriminala: Heriotz Zigorra.
- Experimental: Esperimentuak egiteko helburuarekin norbait hiltzea.

Hala ere onartu genezakeen sailkapena hau da:

- Aktiboa:
  - Zuzena: Zuzenean heriotza eragingo duen medio baten bidez (Xiringa ematea) heriotza eragitea. Hau zigorgarria da. Hala ere arrazoiak objektiboa izan behar du hau da kalteak existitu egin behar dute, ezin du pertsona batek bere buruaz beste egin minbizia diagnostikatu diotenean.
  - Zeharkakoa: Beharrezkoak diren ekintzak lortzea baino hauek heriotza emateko helburuarekin ez egitea baizik eta bere pairamena urritzeko helburuarekin (Medikamentuak epe luzerako ematea adib). Ez da zigorgarria. Helburua ez baita eta titularraren heriotza eragitea.
- Pasiboa: Honek, subjektu aktiboaren eskutik ekintza negatibo bat galdatzen du, titularra inolako asistentzia medikurik gabe uztea. Ez da zigorgarria.

Aztertu beharreko beste elementu bat, borondatea da, honek baditu hainbat ezaugarri

-Beren beregi, zalantzagabea , alta askatua eman liteke

-Idatziz zein ahoz eman liteke

-Bizi testamentuaren bidez eman daiteke: Hau Katalunan bakarrik aurkitzen da erregulatua

-Pazienteak erabaki dezake bizitza gelditzea.

## **3.Ikasgaia: Menpeko Giza bizitzaren aurkako delituak**

## **I.Zenbait hausnarketa politiko-kriminal**

Zigor zuzenbidearen arloan abortua fetuaren borondatezko heriotza bezala ahal da definitu haurdunaren eskutik, bai aurretiazko kanporaketa bidez. Babesturiko ondasun juridikoa fetuaren bizitza edota giza bizitza dependientea da. Baina honetaz gain beste interes batzuk ezarri osasuna, askatasuna eta haurdunaren duintasuna.

Juridikoki hitz egiten Fetuari eragindako lesioak ZK-ko 157 eta 158.artikuluetan barneratzen dira, bestetik Manipulazio genetikoa 159.artikulutik aurrera arautzen dira, azkenik abortua 144-146.artikulu bitartean arautzen dira. Manipulazio genetikoan objektu materiala genotipoa izango da.

## **II.Ikuspegi Konstituzionala**

Bizitzak juridikoki jasan dezakeen, babesa oso modu ezberdinetan emango da hau fetuak jasaten dituen faseen arabera izango da. Honela tradizionalki esan genezakeen Abortua babestua eta bermatua izan dela. Honen adierazpide moduan dugu 1985.urteko Auzitegi Konstituzionalaren sententzia bat non abortuari hainbat muga ezarri zizkion Indikazioak hain zuzen ere. Hemen bizitzaren erabateko babesa ezezten da non lehen esan bezala salbuespenezko hainbat egoeren existentzia baieztatuz hauen arauketa eskatu zuen. Giza eskubideen Europar Auzitegiaren ustetan jaio ez dena ez da pertsona kontsideratzen bere hitzarmenaren 2.artikuluari jarraiki.

- Abortu Terapeutikoa, Eugenesia: Fetuaren jaiotzak, Amaren bizia edo fetuaren bizia arriskuan jar dezakeen kasuetan emango da. Hemen atipikoa izango da.
- Abortu Etikoa, Kriminala: Hemen fetuaren jatorria kontuan izanik haurdunaren duintasuna askatasuna larritzean emango da (Bortxaketa adib)

Ondoren 2010/2 Lege Organikoa dugu, Sexu-osasuna, ugaltze-osasuna eta haurdunaldiaren borondatezko etendurari buruzkoa: arauketa berri bat sortu zuen hemen Indikazioen sistema ezabatzen da eta epe zehatz batzuk zehazten dira non hauetan ematen bada atipikoa izango den.

Ikuspuntu hau justifikatzen dituen oinarri juridikoak hauexek izan litezke. Alde batetik Sexualitatea eta ugaltze-prozedurari dagokionez, duintasuna eta nortasunaren garapen askearen eskubideak urraturik ikus litezkeen (EK 10.art) zeren nahi ez den alaba bat izateak, haurdunaren bizimodua, duintasuna larriki kaltetu ditzazke. Bestetik Nazioarteko mailan emakumeen eskubideak bermatzearen alde eman da sistema honen bidez. Eta azkenik Abortuak ezabatzeak ez du esan nahi ez direnik praktikatu, hauek hala eta guztiz ere emango dira baino oso modu klandestino eta prekarioan haurdunaren osasuna larrialdian jarritz.

Hala eta guztiz ere azpimarratu beharra dago, abortuak atipikoa izan dedin, hainbat ukanbehar bete behar dituela, lehena Zentro autorizatu publiko zein pribatu batean egin beharra, bestetik abortua praktikatzeko duen medikuak eta abortua praktikatzeko txostena ematen duen medikuak ezberdinak behar dute izan.

## **III.Adostasunik gabeko abortua (ZK-ko 144.art)**

*"Artículo 144*

*El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.*

*Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño."*

Hau eman litekeen modalitateetako bat da, larriena. Adostasunik gabe egina adostasuna indarkeriaz engainuz edo mehatxuaren bidez lortua. 4-8 urte bitarteko espetxe zigorra dakar. Nahiz eta haurdunaren adostasuna abortu bera ez justifikatu, legegileak irizpidetzat erabiltzen du zigorra ezberdintzeko. Adostasun horrek (Mehatxu bidezkoa) delitu gehiagoren supostura hedatu liteke. Hala ere subjektu aktiboak ez badaki adostasun falta horretaz adostasunazkoa izango balitz bezala jardungo du. Hemen gatazkan dauden ondasun juridikoak menpeko bizitza eta amaren askatasuna eta duintasuna dira, honela ere adostasuna gaitasunik ez duen ama bat izaterakoan ez du garrantzirik izango. Era berean adostasuna ematerakoan

haurdunak bere erabakiak suposatzen duen ondorioez konsziente behar du izan.

#### **IV.Borondatezko Abortua (145.1 eta bis artikulua)**

##### *"Artículo 145*

*1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado."*

2/2010 LO-ak emandako konfigurazio berrian 145.1 artikulua, emakumezko baten abortua legezko supostuen kanpotik bere adostasunarekin eragin duena zigortzen du 1-3 urteko espetxe zigorrarekin eta ezgaitasun bereziarekin. Epailak era berean zigorra goiko erdian igo dezake ekintza hauek zentro akreditatu batetik kanpo egitean. Nahiz eta Delitu honetan Amaren parte hartzea galdatu medikuaren status-a ez da partaidetzazkoa, egiletzazkoa baizik. Emakumezkoa ordean 145.2 artikulua zigor urriagoa ezartzen dio, 6-24 hilabeteko isuna, zigor hau 2010/2 Lege Organikoak ezartzen du lehen zegoen espetxe zigorra ezabatuz Honela bi portaera motaren aurrean egon gintezke Amak eragindako abortuan edo beste baten partehartzearen bidez egindakoa. Hala ere nahiz eta lege barneko supostuetan egin 145 bis artikulua medikua zigortu dezake hainbat betekizun ez baditu betetzen (Eskubideak ez irakurtzea) hurrenez hurren.

Honela autoabortu supostuan murgilduaz gero, hemen hirugarrengoak partaide zein inductore moduan parte hartzen du abortuan baino emakumezkoa da eragiten duena. Hemen ere 145.3 astungarria erabil liteke.

#### **V.Zuhurtziagabekeriako Abortua (ZK-ko 146.1 artikulua)**

##### *Artículo 146*

*El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

Delitu honetan, Zuhurtziagabekeria profesional baten ondorioz eragindako abortua zigortzen da, hemen abortua ez da bilatzen den emaitza baino hau modu zuzengabe batean lortzen da, bai eskuhartzean, eta bai erditze unean eman liteke. Honela izanik, guztiz beharrezkoa egiten zaigu <<Lex-artis>> begiratzea, hau da profesio jakin hori arautzen duen araua. Honela zuzengabekeria profesional honek, ikus dezakegunez gero, Espetxealdiko zigorra eta desgaitasun bereziaz zigortzen da. Honela fetua hiltzen bada edo baldintza bideraezinetan jaiotzen bada, abortua zigortu behar du izan beti ere eragin duen portaerak profesionalak buruturiko zuzengabekeria baten ondorioz eman bada. Hemen arazoa Kausalitate harremanaren ezarpenan dugu non ez da batere erraza frogatzea. Hala ere lesioak eragingo balira, fetuaren lesio delitua aplikagarria da. Amak bere buruari zuzengabekeriako abortua eragitea atipikoa da. Supostu hau aplikagarria da abortua tratu apalesgarrien ondorioz ematen denean eta subjektu aktiboak badakienean emakumea haurdun dagoela.

#### **VI.Legeak galdatzen dituen inguruabarrak legezko abortuan**

Honen inguruan esan beharra daukagu, Zuzenbide konparatura joango bagina, europar batez ere bi eredu topa genitzazkeela, alde batetik, Indikazio sistema dugu, aurretiazko zigor kodean aurreikusirikoa, hau da supostu jakin batzuetan eman daiteke soilik abortua. Eta bestetik Epe-Sistema dugu non subjektuak abortua egitea erabaki dezake epe jakin baten barruan dagoen heinean. Honela izanik Supostuak hauexek dira;

1. Haurduntzaren borondatezko etendura: lehenik eta behin esan beharra daukagu borondatezko abortua onarturik dagoela 2/2010 Lege Organikoak bere 12.artikuluari onartzen du. Honela baldintza amankomun batzuk ezartzen dira honen egikaritzarako
  - Medikuek egin edo zuzendu behar du



- Egiaztaturiko osasun etxe publiko zein pribatu batean egin behar da
  - Emakumearen adostasuna behar du, hala eta guztiz ere honen izaera esapidezkoa zein idatzizkoa izan liteke beti ere berak 16 urte dituenean hemendik behera tutore ordezkari zein gurasoen baimena behar du.
  - Baldintza zehatzei erreparatuez gero, hau 14 asteetan eman beharko da eta bestetik medikuak amatasunaren eskubideak ezagutarazi behar dizkio subjektuari. Bestetik informazioa jasotzen den unea eta interbentzioa gertatzen den momentuen artean gutxienez 3 eguneko epea behar du egon.
  - 16-17 urteko amen profilean barneratuko bagina hauek erabakia euren esku har dezakete eta salbuespeneko kasuetan gurasoei informatu behar die. Honela ere 16 urte baino gazteagoek Euren ordezkari legalak erabakiko du baino bi hauen artean desadostasuna egongo balitz epaile batek erabakiko du biengatik.
2. Abortu Terapeutikoa: Hemen emakumearen bizitza edo osasuna arriskuan dagoenean ematen da hau lehenengo 22 asteetan eman beharko da eta derrigorrez adituen txostena behar du hori hala dela frogatuz.
  3. Abortu Enbriopatikoa: Hau ere 22 asteetan eman beharko da hemen ere Fetoak akats psikiko edo fisikoak dituenean emango da eta lehen bezala adituen txosten bat beharko du hau hala dela frogatuz, noski abortua praktikatu behar duen medikuak ez egina.

## VII.Konstituzionaltasuna

Auzitegi Konstituzionalak epe sistemaren inguruan auto bat eman du, hain zuzen ere Alderdi Popularreko diputatuak aurkezturiko konstituzio aurkakotasun helegite batean egindako neurri kautelarren proposamenaren aurka, hemen ikusten denez atzera botatzen du legearen inaplikazioa ematea zeren Neurri kautelarraren bi betekizun *Fumus Boni Iuris* eta *Periculum in mora* ez baitira eta ematen, honela ere impugnazioak automatikoki ez dakar neurri kautelarren onartzea. Bestetik Autokuestioa emateko Babes helegite baten prozedura batean egon beharko ginatekeen, kasu honetan gertatzen ez den moduan. Orain arte Auzitegi Konstituzionalak ez du epairik eman. Gatazka honen inguruan esan dezakeguna zera da, hemen Fetuaren eta Amaren askatasunaren arteko ponderazio baten aurrean gaudela. Datorren erreformari jarraiki Abortu enbriopatikoa delitua izango da haurdunen egoera larriagoa bilakatuz.

### Zigor Zuzenbidea 4.Ikasgaia: Osasun eta Gorputz osotasunaren aurkako delituak

#### I.Sarrera:Babestutako ondasun juridikoa

Delitu mota hauei erreparatuaz gero, babesturiko ondasun juridikoak, jaiotako pertsonen osotasun fisikoa edo osasuna dira bai fisikoa zein psikikoa zeren fetoaren lesioak beste kapitulo batean arautzen dira.

Babesturiko ondasun juridikoak ez dira beti berdinak izan, izan ere Tradizionalki doktrinaren eskutik ikuspegi dualista bat nabarmendu da gorputza eta burua ezberdinduz, honela izanik, lesiotzat gorputzak jasaten zituen kalteak bakarrik ulertzen ziren. Honek hala ere bere amaiera 1989.urteko Kode Penalaren erreforman izango du hain zuzen ere une honetatik aurrera gaur egun zutik diraun interpretazioa ezartzen baitelako hau da ikuspegi monista. Ikuspegi honen ustetan babesturiko ondasun juridikoa osasuna da bere osotasunean bai fisikoa eta bai psikikoa. Honen bidez kalte psikikoak eragiten zituzten lesioak tipikoak izatea lortzen da.

Orain Lesioaren kontzeptuan murgilduko bagina, abiapuntu gisa ZK-ko 147.artikuluari erreparatu behar diogu, baino hala eta guztiz ere Legegileak ez du esfortzu handirik egin lesio kontzeptua emateko, beraz Jurisprudentiara joan beharra daukagu hain zuzen ere Auzitegi Gorenak 1985. urtean eman zuen sententzia baten bidez saiatzen baita eta esanahi bat ematen (AG/1985/30/12)

*“hematomas, arañazos, y demás de parecida especie que produzcan mutación de tejidos epitelial o subcutáneo de pequeña monta ”*

Hemen ikus genezakeenez, osotasun fisikoaren aurkako edozein eraso bezala kontsideratzen da lesio bezala hauek beti ere izaeraz garrantzi gutxikoak ere izan litezke. Honela hiru aspektu azpimarratu behar ditugu, alde batetik Eraso fisikoak,Psikikoak zein gaixotasun psikikoak eragiten dituzten erasoak izan litezke.

## "Artículo 147

**1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico."**

Oinarritzko tipoari jarraiki, 147. artikulua Lesio delitua, emaitzakoa egitezkoa, ez egitezkoa zein ez egitearengatik egite bidez aplikatzeko aukera ahalbidetzen du. Emaiza beti osotasun fisikoaren gutxieste bat suposatu behar du.

Honekin jarraiki, eragindako lesioak delitua izan dedin betekizun batzuek galdatzen dira:

- Adituen lehenengo laguntzaz gain, medikuntza-sendabide edo sendabide kirurgikoaren erabilera beharra lesioa sendatzeko.
- Bigarren tratamendu hauek guztiz beharrezkoak izan beharko dute lesioa sendatzeko, honen ezean ez da delitutzat kontsideratuko.
- Bestetik Auzitegi Gorenaren 1993.urteko sententzia batek, Tratamendu medikua honela definitzen du: "*Tratamiento medico es aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias... Por ello, todo aquello que significa simples cautelas o medida de prevencion (Radiografias, pruebas de escaner, o resonancias magneticas) no sera de tratamiento*" (AGE/1993/02/06).

Horrenbestez konklusio moduan, esan genezakeen Jurisprudentziaren eta Doktrinaren irizpideei jarraiki Medikuntza-sendabidea honela kontsideratu genezakeen:

- Sendatzeko objektiboa den tresna
- Baloratu beharrekoea da tratamendu honek duen sendatzeko eraginkortasuna da.
- Adituak Lesioaren inguruan egiten duen zaintza edo jarraipen hutsa ez da medikuntza-sendabidetzat hartuko.
- Egozpen objektiboan aztertuko dugu, hau da kausalitate harremanaz gain, ea kasuan arauaren barne eremuan barneratzen den edo ez.
- Subjektu pasiboak astuntzen badu daukan lesioa emaitza normala denez gero ez zaio egileari egotziko.

Honekin jarraituz, zer gertatzen da lesioak psikikoak direnean? Medikuntzasendabide edo sendabide kirurgikotzat zer hartu beharko genukeen? Logikazkoa denez gero Tratamendu psikologikoak izan behar ditugu kontuan hau da ea subjektu pasiboak terapiarik jasan duen etab.

Bestetik, 2003/11 Lege Organikoak barneraturiko araudia azpimarratu behar dugu hemen hain zuzen ere 147.1 artikuluari berezitasun bat gehitzen zaio, ohikotasunez (urtebetean 4 aldiz) eginiko lesio faltak, ez balira epaituak izango 4. aldiz egitean, hauek delitu bezala zigortuko dira. Honela bi marko penalak aztertzeko beharra dugu:

- Alde batetik: Zkko 617. artikulua 6-12 egun bitarteko lokalizazio iraunkorra

1-3 Hilabeteko isun zigorra

- Bestetik: Zkko 147. artikulua: 6 hilabete edota 3 urte bitarteko espetxe zigorra ezartzen du

\*Hau honela izanik, esan beharra dugu erreforma honek Kode penalak aurreikusirik duen mekanismo bat (Delitu jarraitua) alde batera utzi eta askoz ere zigor larriago bat ezartzen duela. Hemen ere delitu jarraituaren eraentzari jarraiki (ZK-ko 74.artikulua) Goiko erdian igoko litzatekeen zigorrak astunena beraz 9-12 egun bitarteko lokalizazio iraunkorreko zigor batetik 6 hilabete 3 urte bitarteko espetxe zigor batera igarotzen gara. Bestetik ere kasuistikan murgilduz zer gertatu liteke 4garrengo falta burutzean hauetako bat honezkero epaitua egotean, bi aldiz zigortuko al litzatekeen egitate bera? Honela balitz bi printzipio hauek

urraturik ikus litezkeen

1. Non bis in idem hastapena hain zuzen ere lehen falta epaitua izanik hau oinarri gisa izanik berriz ere norbait zigortzeak, Subjektu bera, oinarri juridiko bera eta egitate berarekin bi aldiz zigortzea ekarriko lukeen.
2. Proportzionalitate hastapena hain zuzen ere hemen bi marko penalak konparaturik ikus genezakeen nola batetik bestera ematen den erantzuna areagotzen den.
3. Bestetik Muñoz Conderen ustetan, erreforma honek, beste prezeptu batzuetan bezala <<Egilearen Zuzenbide Penal>> batera hurbiltzen gaituela baieztatzen du, subjektu pasiboa, talde antolatu baten baitan aritzen delako gehiago zigortuz eta ez egin duenagatik.

Hala ere dena ez da hain erraza, Gobernuak erreforma honen bidez, antolaturiko delinkuentzia ekiditen saiatzen da.

Honek doluzko portaera bat barneratzen du derrigorrez. Hala ere zuhurtziagabekeriako tipoa barneratzen da 152.artikuluaren.

Bestetik 147.2 artikulua tipo pribilegiatuak barneratzen ditu hemen egitatea betetzeko medioei erreparatu behar zaie hauek ez badira hain larriak aringarri bat suposatuko dute zigorrean. Horrenbestez tipo pribilegiatuaren oinarriko elementuak erabilitako bidea eta lortutako emaitza dira, guztiz funtsezkoak tipo honen aplikaziorako.

Tipo kualifikatuetan barneratuaz gero, hauek ZK-ko 148, 149 eta 150. artikuluetan arautzen dira.

*"Artículo 148*

*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

- **1.º** *Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*
- **2.º** *Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*
- **3.º** *Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.*
- **4.º** *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*
- **5.º** *Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor."*

Esan beharra dago artikulua honetan 5 tipo kualifikatuak biltzen direla, hauek ez dute izaera autonomia baizik eta 147.artikuluko eraentza izan behar dugu kontuan, hau da lesioaren definizioaren inguruan orain arte esandakoak ere balio du tipo hauentzako.

- Armak eta baliabide zehazki arriskutsuak erabiltzea: 148.1 artikulua, 2-5 urte bitarteko espetxe zigorra ezartzea ahalbidetzen dio epaileari, kaltean armak instrumentuak zein objektuak erabili balira bizitza zein osasunarentzako bai fisiko zein psikikoa. Astungarri honen arrazoa lesioan erabilitako medioaren arriskugarritasun objektiboa da beti ere subjektu aktiboa medio honen arriskugarritasunaren kontzientzia bat duen heinean. Hemen ez dugu astuntzek kaltea egiteagatik baizik eta sortu zitzazkeen arriskuarengatik. Hau ez baita inolako astungarri (22.art) ekin paraleloa, beraz ez da inolako desproporzionalitate bat ematen. Arriskua ordea 149 zein 150.artikuluetan zigorturiko emaitzetan izango dugu, hauek beti ere maltzurkeria lortzeko modukoak izan behar dute. Honela ere Eraso terminoen erabilerak ez-egitezko egitea zein ez egiteak baztertzen ditu. Bestetik ere kasu berezi baten aurrean egon gintezke, Hau da zer gertatuko litzatekeen, subjektu batek beste pertsona bati lesioak eragiteko helburuarekin hau hilko balu? Erantzuna argia da *Versarii In re Illicita* printzipioaren bazterketa dela eta subjektu aktiboari zuhurtziagabekeriako hilketa eta lesio saiakera egotziko diogu. Hemen pilaketa ideal bat ematen da, hain zuzen ere 77.artikulukoa, eta honi jarraiki delitu larriena goiko erdian aplikatuko da horrenbestez, Zkko 142. artikuluari jarraiki 1,5urte 4 urte bitartekoa.
- Ankerkeria edo maltzurkeriaren erabilpenagatik: 148.2 artikulua, kualifikazio berbera ezartzen du

22.5 astungarriaren suposturako beraz astungarri generikoa alde batera utzi beharra daukagu, hala ere 149, 150. artikuluetan aplikagarria izaten jarraitzen du. Hau ere kritikatu izan da, hain zuzen ere humillazio bat suposatzen du eta Zuzenbide Penalak duen mekanismo bat alde batera uztea dakar.

- Biktimaren kalitatearengatik: 148.3 artikulua, biktima 12 urte baino gazteagoa edo ezgaia izango balitz, zigor hau ere ezartzen dio, hau aplikatu ahal izateko, beharrezkoa da egitate honek akzioaren arriskugarritasun handiago bat edo biktimaren indefentsio bat eragin izatea, bestela modu sistematiko batean aplikatzeak prezeptu hau, egileagatiko zuzenbide penal batera hurbilduko luke egileagatikoa baztertuz. Honela hau 1/2004 Lege Organikoari jarraiki ezarri zen. Hala ere hau kritika askoren objektu izan baita, hain zuzen ere hemen ere Zigor Zuzenbideak duen mekanismo bat alde batera uzten da (astungarriak 22.1 eta 22.2koak). Bestetik ere harrigarria dirudi, 12 urteetan ezartzea muga adingabeak 18 urtetik beherakoak direnean, beraz 12-18 urte bitarteko subjektuek ez dute babesik artikuluko honetan. Era berean gurasoen erasoetatik nahi dira babestu baino horretarako badugu 23. artikuluko ahaidetasun gradua non delitu pertsonaletan astungarri gisa funtzionatzen duen.
- Biktima emakumea (148.4) eta bereziki ahula denean (148.5): Supostu honek oinarri gisa emakumeen ahulezia egoera hartzen du eta honela objektiboki hau da kasuan kasura egokitu gabe emakumea gutxiengo egoera batean dagoela onartzen du. Honela izanik, lehen aipatu dugun bezala sistematikoki aplikatzeak egilearen zuzenbide penal bat ekarriko lukeen hau da tratatu txarrak ematen dituen gizonezko bat gizonezkoa izateagatik zigortuko litzatekeen, eta ez kasuan kasu egin duen kaltearengatik. Era berean proportzionaltasuna kalteturik ikusten da, zeren astungarri honen beharrik ez dago astungarrien sistema erabilia izan daitekeelako (22. artikulua)

Azkenik 149. artikuluko tipo superkualifikatuarekin topatzen gara, hemen bilatzen dena lesiorik astunenak zigortzea da, hala ere 150. artikuluko supostuarekin baditu hainbat puntu erkide: Lesioaren iraunkortasuna, sendaezintasuna eta honek ekartzen dituen ondorio larriak fisikoki hitz egiten. Honela prezeptuari erreparatuaz gero, lesioa honela definitu genezakeen.

*"Organo nahiz gorputz-adar nagusi edo zentzumen baten galera nahiz gauzaeza edo impotentzia, antzutasuna, itxuragabetasun larria de gaixotasun psikiko edo somatiko larria"*

Honek bere baitan barneratzen ditu hainbat ezaugarri, lehena kanpoko nahiz barruko lesioak barneratzea baita, eta bestetik "Nagusi" kontzeptuak barneratzen duen izaera zehaztugabea da, beraz nola ulertu nagusi kontzeptua? Honetarako bai irizpide baloratiboak zein subjektiboak erabil litezke kasuan kasu adibide gisa hatzak moztu dizkieten pianista dugu hemen tipo penal hau aplikatzea erabili baitzen. Era berean inpotentzia zein antzutasuna kontzeptuek ez dute inolako arazorik ekartzen hauek interpretatzeko unean. Bestetik lesio hauek itxuragabetasun larri bat suposatu behar dute, hauek interpretatzeko orduan irizpidetzat iraunkortasuna eta honen larritasuna izan behar ditugu kontuan.

Bestalde, 149.2. artikulura joan beharra daukagu, hemen beste supostu bat arautzen da, ablazioarena hain zuzen ere:

*"2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz."*

Honetarako, Zuzenbide administratiboak ere bere eskuhartzea izan du, hain zuzen ere subjektu aktiboak beste herrialde batzuetara mugitzen dira, han praktikatzeko ablazioa. Horrenbestez neurri gisa bai irten baino lehen eta bai etortzerakoan subjektuei azterketa medikuak egitea da.

Azkenik, 150. artikuluko supostua ere badugu, hau da nagusiak ez diren organu edo gorputz-atalen lesioak (belarriak, hatzak etab)

*"Artículo 150*

*El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años."*

## Adostasunaren arazoa

Hau gatazkatsua izan litekeen puntu bat da, hain zuzen ere, eztabaida Osotasun fisikoaren ondasun juridikoaren izaeraren ingurukoa. Honela lehen ikuspuntu batetik, orokorrean adostasunak ez baitauka eraginik, hain zuzen ere bizitza osotasun fisikoarekin batera, ondasun juridiko xedaezintzat hartu baita, honen oinarri juridiko gisa Espaniar Konstituzioko 15.artikulua dugu. Hala ere Zkko 155.artikuluak barneratzen baitu supostua.

### "Artículo 155

*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.*

*No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz."*

Honela adostasunaren izaerari ere erreparatu beharra daukagu, hau baliozkoa askea beren beregizkoa eta adierazia baldin bada zigorra gradu bat edo bitan murriztuko da. Bestetik ere adingabe batek edo ezgai batek emaniko adostasuna deuseza izango da. Hala ere beraien gurasoak balira adostasuna emango luketeenak?

### "Artículo 156

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

*Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz."*

Ikus dezakegunez, supostu batzuetan (Organuen trasplanteak, antzutzek eta zirugia transexuala) gurasoek emandako adostasunak balio juridikoa du eta erantzunkizun penala baztertzen die. Hala ere honek askea eta berezkoa behar du izan. Honela zein da arrazoa honek honela izan dedin? Hain zuzen ere supostu hauek ez daude bideratuta pertsonaren osasuna hobetzera baizik eta sozialki egokia ikusten den aldaketa bat eragitera.

Bestetik azpimarragarria den kasua, subjektu aktiboa bere buruari eragindako lesioak dira, hauek atipikoak dira nahiz eta hirugarren batek denuntziatu zeren Zigor Zuzenbidearen aurrezaintza orokor eta aurrezaintza bereziek ez zuten inolako zentzurik izango. Hau suizidioaren antzera gertatzen da. Bestetik ere baditugu beste bi supostu gatazkatsu:

1. Bikote bat non batek IHESA duen eta babesik gabe harreman sexualak izaten dituzte, hauek egoeraren ezagutzaz eta adostasunaz izaten dituzte. Huake 155.artikuluaren aburuz gradu bat edo bitan urrituko baitlitzaizkiokeen zigorra.
2. IHESA duen bikotea baino inolako adostasunik egon gabe; Hemen subjektu aktiboa hau da IHESA duenak 147. artikuluko zigorra ezarriko baitlitzaiokeen.

Ondoren 154.artikuluko supostuarekin aurkitzen gara hau da liskarrean parte-hartzea.

### Artículo 154

*Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*

Kodeak ez du liskarrean partehartze soila zigortzen. Baizik eta bizitza zein osotasun fisikoarentzako kaltegarriak diren medioen erabilera hauetan. Honela mehatsatzea edota armaren bat ateratzea falta moduan bakarrik da zigorgarria. Liskarra pertsona multzo bat elkarri modu nahasian erasoka liskarretan

aritzea baita. Hemen suertatu litezkeen ondasun juridikoak bizitza zin osotasun fisikoa dira.

Ikuspuntu objektibo batetik, portaerak fisikoa izan behar du hau da portaera aktibo bat galdatzen du tipoa aurrera eraman ahal izateko. Honelaxen ez-egitea eta ez-egitearengatiko egitea baztertuta geratzen dira. Era berean egitatea modu elkarrekiko eta nahasi batean ematen da.

Honela konklusio moduan arrisku-delituak eman liteke osotasun fisiko zein bizitzaren aurka, beraz arriskua lesio bilakatzean pilaketa bat eman liteke, ideala (ZK.ko 77.art) 3-5 urte bitarteko zigorra eroriz.

#### **IV.Familia eremuan gertatutako indarkeria**

Hau 1/2004 Lege organikoaren bitartez arautzera iritsi zen, hemen ikus dezakegunez, 1.artikuluari erreparatu beharra besterik ez daukagu gorputz normatiboaren objektua ikusteko.

Ikus dezakegunez objektu gisa Tradizionalki emakumeek jasandako diskriminazioa ekiditea da. Delituei erreparatzen badiogu, hauen egile ezkontidea dena edo izan dena, edota antzerako maitasun-harremana duena edo izan duena nahiz eta elkarrekin ez bizi direnak dira, beraz hau praktikan sexu indarkeriaz gain etxeko indarkeriako delituetara ere hedatzen da. Lehenik eta behin esan beharra daukagu genero indarkeriaren kontzeptua nahiko zehaztugabea izan litekeela, indarkeri fisikoa eta psikikoa izan liteke, sexu askatasunaren aurkako erasoak, mehatxua, derrigortzea edo askatasunaren aurkako beste erasoak. Hain zuzen ere Zuzenbide Penalaren arloan aldatutako artikulak 148 (Lesioak), 153(Lesioak) 171.4eta .5 (Mehatxuen arloan) 172.2 (Derrigortzeak) eta 620.2 (Tratu txarrak) dira, beraz sexu indarkeriaren arukako delituek ez dute inolako eraldaketarik jasan.

Bestetik ere erreforma arlo prozesalera ere hedatzen da, lege organiko honen bidez, ondorengo erreformekin

- Genero indarkeriako epaitegiak sortu ziren salbuespenezko izaera bat lortuz
- Behin emakumezkoak kereila bat tarteratzean ez dauka ahalmenik hau kentzeko
- Sistematikoki babes neurri bat jartzen da (Hurruntze ordena)

Bestetik 153.artikuluko supostuarekin aurkitzen gara, hauxe dio zehazki artikulak:

#### *"Artículo 153*

*1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años."*

Honi erreparatzen badiogu, egilearen zuzenbide penalaren aurrean egon gintezke hain zuzen ere, egilea gizona izan behar du printzipioz prezeptua aplikatu ahal dedin. Honela ere esan beharra daukagu gizonezkoak jasaten duen zigorra falta den portaera batetik printzipioz (Ez du ezartzen sendabide medikuaren beharra) delitutzat zigortzen du honela izanik hainbat printzipio kalteturik ikusiko liratekeen

- Proporzionalitatea
- Egiteagatiko Zuzenbide penala Egilearengatiko zuzenbide Penala bilakatzen da
- Portaera arinak delitu moduan zigortzea

Hala ere interpretazioari jarraiki, hau ere modu ezberdinean uler liteke; Subjektu aktiboak gizonak eta emakumeak izan litezkeela ere uler liteke, hain zuzen Auzitegi Konstituzionalaren epai bati erreparatzen badiogu (AKE 2008/05/14) hau Loaren 1.artikuluari jarraiki interpretatu behar dugu, hemen autoritate nagusitasuna nahi da zigortu

(PARE BAT DIAPOSITIBA PENDIENTE)

## ORGANUEKIN TRAFIKATZEA (ZK.ko 156.Bis artikulua)

### "Artículo 156 bis

*1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.*

*2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.*

*3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

Tipo Penal hau 5/2010Lege Organikoko Erreforman barneratu zen, honela ordurarte ez baitzegoen deliturik hau aurreikusten zuenik, honela legegileak bilatzen duena tipo penal honekin organuen salerosketari aurre egitea da. 2010Eko erreforma honen arrazoia 2008an Espainiak Estambul-eko hitzarmena sinatu izana da, organuen salerosketari eta transplanteak egiteko turismoari buruzkoa non estatu sinatzaile orok bere Zigor Kodean hau debekatzeko zuen tipo bat barneratzea aurreikusten zuen.

Honela Portaera tipikoari erreparatzen badiogu, honek organuen trafikatzearen faboratzea, sustatzea eta erraztea galdatzen du, hau da zigortua transplantea eragiten duen medikua izango da, era berean trafikatzeko prozesuko negoziaketan parte hartzen duten subjektuak ere zigortuak izango dira, hauen barnean parte hartzearekin edozein parte hartzea uler genezakeen. (Emailak erreklutatzea, emailak aukeratzea, bidaiak antolatzea etab). Hala ere azpimarratu beharra daukagu beharrian egoeratik emaila zigorgabea izango dela, hau mundu mailan ospetsuak diren hainbat erakundeei kasu egin ondoren azkenean ez baita zigortzen, hain zuzen ere legegileak bilatzen duena da hirugarrenek pertsona jakin baten organuak lortzea bere egoera prekarioaz baliatuz. Beraz babesturiko ondasun juridikoa Muñoz Conderen ustetan soziala da indibiduala baino. Era berean transplantaturiko organua bitala izango balitz, eta heriotza emango balitz nahiz eta subjektuak adostasuna eman bere heriotzaren aukeraz suizidioarekiko laguntza exekutibo kasu baten aurrean egongo ginatekeen. (ZK-ko 143.art) eta adostasuna ez balitz egongo erahilketa (139.art) aurrean egongo ginatekeen.

Honela impunitatea 156 bis artikulua lehena apartatuak zehazten du hain zuzen ere "ajenos" diolako hau da beste pertsona baten organuekin trafikatzeko da zigortzen dena subjektu pasiboarentzat inolako erantzunkizun penalik eragin gabe. Hemen adostasuna, errekonpentsa ekonomikoarengatik biziaturik dago eta hirugarrenei ez die inolako salbueslerik eragingo, zeren autolesio kasu baten aurrean egongo gara non hirugarrena bere egoera ekonomikoaz baliatu den. Hala ere adostasuna guztiz konszientea den pertsona adindun batek egin badu erantzunkizun penala baztertuko liokeen hirugarrengoei hau adostasunaren tesia modu literal batean hartuko bagenuke posible izango litzatekeen. Baino orain arte eskeini dugun interpretazioa ondasun juridikoarekin bat dator, hau da subjektu pasiboak duen egoera ekonomikoaz baliaturik organuen transplantea nahi da ekidin. Hala ere 156.2 artikulua organu hartzailea ere zigortzea bilatzen du honek organu transplantearen jatorria modu ez zilegi batean egin denean dakienean. Hala ere hau modu desproporzionatu batean zigortzen da, hurrenez hurren zigor berbera ezartzen zaio eta modu potestatibo batean esleitzen zaio epaileari hau gradu bat edo bi jeisteko aukera, honela epaileak subjektuaren egoera kontutan izan beharko du zigorra ezartzerako orduan, beraz egotzezintasunezko beharrian egoera baten aurrean egonaz gero arintze efektu bat suposatu dezake. Trafikoarekin batera zigorgarria ere bada bidezkoa ez den medio batetik lortzea organua eta zilegizkoa ez den transplante bat eragitea

Tipo penal honek defendatzen duen objektu materiala, Organuak dira, hemen hala ere ezin ditugu kontutan izan gorputzaren bestelako tejiduak (Hezurak azala kartilagoak etab).

## **AURREPROIEKTU.**

Honi erreparatuaz gero, 147.artikulua bere .1 .2 prezeptuak modu berean idatzirik geratzen dira. Ordea .3 prezeptuari erreparatzen badiogu, hemen 617. 1 artikuluko suposamendua barnebiltzen da lokalizazio iraunkorra kenduz eta falta izatetik delitua izatera pasako da honek penalki suposatzen dituen ondorioak ekarri (Preskripzio epe ezberdina, aurrekariak etab) hala ere .4 apartatuak kaltea lausotzera dator, hain zuzen ere prozedura hasteko abokatuaren demanda beharrezkoa da.

Bestetik 156.ter artikulua berria azpimarratu behar dugu, hemen faltazko dolu eta zuhurtziagabekeria supostuak barnebiltzen dira falta supostuak zirenak, delitu bilakatuz.

Azkenik 153.artikulua dugu non genero indarkeraren arauketan .5 prezeptu bat gehitzen dion hauei epaileari potestatiboki askatasun gainbegiratuaren neurria ezartzeko aukera eman. Neurri hau terroristei sexu askatasun delituei eta orain lesioen arloetara hedatu da. Hau delitugilearen arriskugarritasun balorazio bat egitean datza. Atzean populismo politikoa dagoela esan genezakeen.

Oraingo kodeak ezgaia izatea galdatzen du adostasunak inolako baliorik izan ez dezan, ordea erreformak bere 156. artikulua bidez Erabakia hartzeko gaitasuna ez duen pertsona hartzen du beraz ez da beharrezkoa epaileak hau ez gaia izatea deklaratzeko.

## **5.IKASGAIA Askatasunaren aurkako delituak.**

### **I.GOGOETA OROKORRA**

Ikasgai honetan, bahiketa ,legez kontrako atxiloketa eta mehatxuak bezalako delituak aztertuko ditugu. Honela gogoeta orokor gisa, delitu mota hauek askatasuna zentzu orokorrean barnebiltzen dute honela sailkatu genitzazkeen hauek hain zuzen ere euren artean ez daukate zerikusirik eta oso tipo ezberdinak suposatzen dituzte.

- Mugitzeko askatasuna urratzen dutenak Bahiketa eta legezkontrako atxiloketa barneratu behar ditugu hemen
- Aske izateko eskubidea urratzen dutenak: Hemen mehatxuak barneratu behar ditugu.
- Sexu askatasuna: Azken hauek Kode penalean beste kapitulu bat osatzen dute beraz ez ditugu aztertuko ikasgai honetan

Ikuspuntu tradizional batetik 1973.urteko kodeak, delitu mota hauekin babestu nahi zituen ondasun juridikoak Askatasuna eta Segurtasuna ziren. Hala ere azken honen balio juridikoa galdu egin da azken erreformen medioz izan ere honek hedadura oso zabala baitzuen eta hau nahiz eta gizartearen nahiarekin lotu guztiz babesteko beharra galdu du ikuspuntu penal batetik izan ere ez baita inoiz zuzenean babestu beti beste ondasun juridiko batekin batera modu supletorian aurkeztu baita. Honela izanik ZK.ko VI Tituluan babestutako askatasunarekin topatzen gara zentzu orokorrean. Hemen hausnarketa bat egin beharra daukagu, izan ere esatea al daukagu zigor zuzenbideak gure askatasuna mugarik gabe babesten duela? Hau ezinezkoa da. Izan ere pertsona ororen askatasunak bere mugak beste pertsona baten eskubideetan topatzen du, honela askatasunak borondatearen zati bat suposatzen du muga besteen askatasunen errespetuan topatuz.

Era berean askatasuna tipo penal hauetan ondasun juridikoa eta objektu materiala bilakatzen da izan ere subjektu pasiboak ez baitu inolako kalte fisikorik jasan baizik eta bere askatasuna izan da mugatua izan dena. Lehen esan dugun bezala askatasunak zeharkako izaera bat jasotzen du beste tipo penal batzuetan Adibide hauek jar genitzazkeen.

- Ebasketetan eta lapurretan ondareari kalte bat eragiteaz gain, askatasun mugaketa bat suposatu dezake honek, hala ere ez dugu zigortuko

Gogoeta honen ondorioz,

## **II.ONDASUN JURIDIKO BABESTUA:LEGEAREN AURKAKO ATXILOKETAK (163.ART)**

Zigor Kodeko 163. artikuluari erreparatzen badiogu, hauxe dio;

*Artículo 163*



*1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.*

Honela izanik, ikus dezakegunez hemen askatasunak jaso dezakeen erasorik larrienaren aurrean gaude, honetarako beharrezkoa da subjektu pasiboa askatasunik gabe geratzea, mugitzeko askatasunik gabe hobe esanda esan genezakeen, gizakiaren askatasun ibiltaria dela "La libertad ambulatoria" delitu mota honekin babesten saiatzen den Ondasun Juridikoa, nahiz eta hau koakzioen eratorpen bat izan. Hala ere praktikan oso zaila da ezberdintzea zer den koakzioa edo zer den atxiloteta bat. Honen harira zer suposatzen du mugitzeko askatasunik gabe geratzea? Ba ezin mugitzea ezta ere kanpora ateratzea. Honela hau aurrera eramaten duen norbanakoa 4-6 urte bitarteko espetxealdiarekin zigortuko da. Zigor nahiko larria esan genezakeenez, hau Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia kontuan izanik ondoriozgarria da: La libertad es el don maspreciado despues de la vida" (AGE 1996/12/13).

## **1.OINARRIZKO TIPOA**

Hala ere zer suposatzen du askatasunik gabe geratzeak? Subjektua giltzaperatzea edo atxilotzearekin nahikoa al da? Honi erantzun ahal izateko esan beharra daukagu, giltzaperatzea inmovilizazio batekin lotua egon behar duela hala ere inmovilizazioa nahikoa al da? hainbat faktore azpimarratu beharra ditugu. Jurisprudentziak honelaxen interpretatzen baitu eta.

- Giltzaperatzearen akzioa: Jurisprudentziaren ustetan giltzaperatzearen akzioa lortzen bada delitua burututzat emango da nahiz eta hau oso iraupen urrikoa izan. Horrenbestez askatasun gabetzearen unean burutzen da tipoa iraunkortasun baten beharrik gabe. Hala ere doktrinaren gehiengoak usten du gutxieneko iraupen bat egon behar duela beti ere kasuaren inguruabarrei erreparatuz.
- Giltzapektzearen iraunkortasuna: Zigor Kodean ikus dezakegunez, 163.2.3 eta .4 prezeptuetan supostu ezberdinak barneratzen dira bakoitzean irizpidea giltzaperatzearen iraunkortasuna izanik. 72 ordu baino gutxiagokoa izan bada gradu batean jetsiko da zigorra 15 egun baino gehiagokoa bada zigorra 5-8 urte bitartekoa izango da eta bestea autoritatera aurkezteko hertsituko balu 3 eta 6 hilabete bitarteko isun zigorra izango da.

\*Delitu mota honek, hau da 15 egun baino gehiago irauten duenak badauka bere hedapena handitzea. Dakigunez gero, Frankismo garaiko erregimenean tortura asko eman ziren, Honen ondorioz Argentinako epaile bat ikertzen hasi da "Justizia Unibertsalaren" printzipioaren babesean. Honen ondorioz hainbat Guardia Zibilen Estradizioa eskatu du. Jakinaren gainean dagoenez Estradizioak hainbat galdakizun ditu eta bat ez da ematen gobernu espainiarrak estraditatzeko, "Naziokoak ez ematekoaren" printzipioa era berean Frankoren garaiko legegintza penalak ez baitzuen tortura delitua tipifikatzen beraz ekintza atipikoa izango litzatekeen estradizioa zailduz. Bestetik ere Garzon epaileari prebrikazio delitua egotzi zioten ikerketa aurrera eramaten saiatu zenean izan ere une horretan aurreikusirik ez zegoen tipo penal bat aplikatzen saiatu zelako. Honela izanik zein irtenbide geratzen zaigu? Prozesua irekitzea gorpua galtzeagatik legearen aurkako atxiloteta bat eman delako eta gorpua ez delako aurkitu. Hau era berean ez da preskribagarria zeren preskripzio epea gorpua aurkitzen denean hasten da kontatzen.

- Giltzaperatzea, Itxia dagoen leku batean pertsona bat izatea da, lekuak berdina du zer nolakoa den ahal du izan higiezin zein higigarri bat.
- Atxilotzea, Irikita dagoen leku batean atxilotzea da hau da adibidez mendian norbait zuhaitz bati lotua uztea.
- Beste alde batetik ere esan beharra daukagu, tipoa indarkeriaz edo larderaiz egiteak ez duela beharrezkoa suposatzen portaera tipikoa izan dedin, horrenbestez bai atxiloteta eta bai giltzaperatzea indarkeriaz edo larderiaz egin bada, atxiloteta eta lesio delituen arteko delitu pilaketa bat emango da hurrenez hurren pilaketa mediala, izan ere lesioa atxilotzeko edo giltzaperatzeko egin dira eta. Hala ere hau erreala bezala ere uler genezakeen.

## **EGILETZA ETA PARTAIDETZA**

Delitu honen garapen graduari erreparatzen badiogu, egilea beti atxilotzea zein giltzaperatzea aurrera

eramaten duen subjektua izango da. Hala ere egiletzaren eremua ez da hemen geratzen izan ere askatasunaren erasoekin lotuta egongo diren beste partze hartzeak ere egiletzat kontsideratuko dira hau da ingurua zaintzen dutena eta delituaren kontsumazioa zaintzen dutenak. Honela delitugileekin erlazonaturik egotea beharrezkoa da egilekide kontsideratzeko hau da laguntzea nahikoa kontsideratuko da.

## **ZUZENBIDEKONTRAKOTASUNA**

Hemen subjektu pasiboaren adostasunak, printzipioz askatasun mugatzea justifikatzen du, adostasun ezean beharrian egoerara jo genezakeen buru gaixoekin gertatzen den bezala hauen arriskugarritasuna beste modu batean ekidin ezin den heinean hala ere honetarako epaileak erabaki behar du. Honela bai Psikiatrikoek eta bai autoritateak aurrera eramandako atxiloketak justifikazio kausa bat suposatzen dute. Legeak zehazturiko betekizun bat ez bada betetzen 20.7 ko aringarria izango dugu.

Bestetik gurasoen zentzarazteko eskubidea azpimarratu beharra daukagu, KZ-eko 154. artikuluan aurreikusitakoa. Hau dakigunez, gurasoek daukaten eskubidea da heziketa emateko. Honela hauek aurrera eramandako atxiloketak abusu kasuetan delitu bezala aurreikusten dira, honetarako beharrezkoa da semeak demanda bat tarteratzea. Hemen 20.7 ko justifikazio kausa fundamendurik gabe ikusten da izan ere semeen heziketa ezin baita funtzio edo ogibide batekin parekatu. Hemen modu berean lesioak egongo balira delitu pilaketa baten supostuan aurkituko ginatekeen. Hala ere praktikan aurkitu genezakeen arazo bat Beste delituekin pilaketa bat suposatzen duen edo ez da. Hau da lapurreta bat ematean eta ondoren askatasunaren aurkako atxiloketa bat. Pilaketa bat emango al zen? Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak dioenez lapurreta tipoak askatasunaren aurkako delitua barneratzen du. Orain tipo mota ezberdinak ikusiko ditugu

## **ONDORIOZTATUTAKO TIPOAK**

### **1. TIPO PRIBILEGIATUAK**

- 163.2. Artikuluko supostua

*"2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado."*

Honek bere funts materiala 21.5. artikuluko aringarrian topatzen du, hau da subjektu aktiboak epe jakin baten (72 ordu) buruturiko portaeraz damutu eta askatasuna ematen die atxiloketaren objektua lortu gabe. Honetarako beharrezkoa da egilearen aske eta borondatezko akzio bat izatea subjektu pasiboa(k) aske uztea, atxilotuak ihes egitean ez baita aringarri hau aurreikusiko.

- 163.4 Artikuluko supostua

*4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.*

Legeak babesturiko kasuak, LECrim eko 490. artikuluan eta hurrengoetan aurreikusten dira. Delitu honen punturik garrantzitsuena, subjektu aktiboaren intentzioa da autoritatara subjektu atxilotua aurkeztea da, hau da alderdi subjektiboak supostu honetan dolo berezi bat galdatzen du, non honen ezean tipo arruntaren aurrean egongo ginatekeen. Berez bidezkotze kausa ez oso baten baitan jarduten du subjektu aktiboak, hau da legezko obligazio baten baitan jardutea, hala ere hau ez baita ematen zeren subjektu aktiboak askatasunaren mugaketa batera bideratu du justizia bere eskutik hartuz. Baita ere debeku errore gaindigarri moduan aurkeztu liteke.

### **2. TIPO KUALIFIKATUAK**

- 163.3. Artikuluko supostua

*3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.*

Hemen, ikus dezakegunez, atxiloketak 15 egunekoa baino luzeagoa behar du izan honenbestez zigorrak luzeagoa behar du izan izan ere emaitza gaitzespena handiagoa eta

astunagoa delako izan ere askatasunaren mugaketa modu zehatzgabe batean hedatzeko aukera dago eta.

- 164.artikuluko supostua: Bahiketa

*Artículo 164*

*El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.*

Iraunkortasuna ere bahiketa tipoaren baitan ere eragina du zigorraren zehaztapenerako. Honela ez da beharrezkoa baldintzaren galdakizuna betetzea hau da bahiketa bertan behera uzteko trukean eman edo egin litekeena ez bete izanak ez du ekintza atipiko bat suposatuko, era berean objektuak ez du zertan ekonomikoa izan behar berdin du honek duen izaera.

- 165. Artikuluko supostua

*Artículo 165*

*Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*

Honek hainbat kualifikazio erkide zehazten ditu legez kontrako atxiloketei eta bahiketa tipifikatuei zigorrak bere goiko erdian ezarri autoritate baten simulazioaz egin bada edota subjektu pasiboa adingabea edo ezgaia izango balitz.

- 166. Artikuluko supostua

*Artículo 166*

*El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.*

Tipo honek, bere funtsa, Ekintza gaitzespenaren astungarritasunean topatzen du, lehen kode penalak, erahilketa edo hilketa presuntzio supostu baten kasuan aplikatzeko egina baitzegoen. Hau kritikatu izan baitzen izan ere larria da legezkontra atxilotu duen bati erahilketa zein hilketa delitu baten presuntzioa izatea. Honela erredakzio berriak paraderoaren arrazoirik eza barneratzen du egitatearen larritasunean garrantzia eroriz. Hau atxiloketa edo bahiketa baino askoz ere larriagoa da, ez esateagatik hilketa edo erahilketa baino, hauxe da Konstituzio Auzitegiak bere doktrinaren bidez emaniko interpretazioa. Honela guztiz beharrezkoa da pertsonaren desagerpena ematea. Izan ere praktikan gertatzen dena da Erahilketa presuntzio bat dagoela eta hau ezin zaiola leporatu subjektu aktiboari zeren gorpurik ez badago ez dago frogarik berak heriotza egin duenik. Ordea gorpua agertuko balitz pilaketa erreala emango litzatekeen.

- 167.artikuluko supostua

*Artículo 167*

*La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.*

Hau agintari edo funtzionari publikoaren kasuan ematen da, adibiderik azpimarragarrian

ordenik gabe aurrera eramandako atxiloketa da hala ere hemen ez dakigu edo subjektu pasiboaren berme konstituzionalen aurkako delitua (Zkko 530.art) edo funtzionariak legez kontrako atxiloketa bat eraman duen, zigorra bere goko erdian igota. Esan genezakeen hemen atxiloketa arbitrarioa eman behar dela 167. artikulua aplikagarria izan dedin.

### III.MEHATXUAK

#### 1.HAUSNARKETA OROKORRA

##### *Artículo 169*

*El que amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:*

- **1.º** *Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.*

*Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.*

- **2.º** *Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.*

Oinarrizko tipoa ZK.ko 169. artikuluan topatzen dugu. Mehatxu bezala haxe uler genezakeen, pertsona bati ekintza edo hitzekin kalte bat eragin nahi izatea ulertzera ematea. Juridikoki zentzu hertsia batean barneratzen da izan ere mehatxatzen den kalteak delitu bat suposatu behar du eta hurrenez hurren bizitza, osotasun fisikoa, askatasuna, osotasun morala, askatasun sexuala, intimitatea, ohorea, ondarea edota orden sozioekonomikoaren kalte bat suposatu behar dute. Honela Delitu honek kaltetzen duen ondasun juridikoa Askatasuna da zentzu orokorrean, baino zehatzagoak izanik erabakiak hartzeko borondate prozesua askea izatean eragiten du, hau da subjektu pasiboari erabakiak modu askean hartzeko gaitasuna galarazten zaio. Era berean delituaren izaerari erreparatuaz gero, Auzitegi Gorenaren doktrinak (2001/06/01) hainbat ezaugarri eskatu ditu portaerak tipikoa izan dedin.

- Jarduera soilekoa: Ez da galdatzen Ondasun juridikoa zuzenean lesionatzea hau da ekintza aurrera eramatearekin delitua gauzatutzat hartuko da gazteleraz (Delito de mera actividad) denadelakotzat kontsideratzen da.
- Arrisku delitu bat da: Hau da portaerak tipoikoa izan dedin portaera berak Ondasun juridikoa arriskuan jartzearekin nahikoa da
- Oinarrizko elementua: Etorkizuneko gaitz bat betetzearen promesa ekarri behar du mehatsuak gazteleraz "Un mal que constituya delitos contra..." eta lehen aipaturiko ondasun juridiko guztiak.

Bestetik ere erabilitako medioa ez zilegia da , hau da pertsona bati delitu bat burutuko duzula bere aurka jakinarazteak nahiz eta honen objektua zilegia izan ez baitu aldaketa handirik eragiten zigorra zehazterako orduan, hau da baldintzaren izerak ez du eraginik zigorra zehazterakoan. Honela garrantzi tipikoa duen inguruabarra helburua lortu edo ez lortzeak ekarriko du aringarria biktimaren borondate-prozesuan arrisku zehatz hori gertatzea da. Hau da Adibidez nik pertsona bat jotzearekin mehatxatzen badiot eta ondoren jotzen badiot zorra ez didalako ordaindu honek ez jotzea baino zigor astunagoa ekarriko du, lesio delituaren pilaketa ahaztu gabe noski.

#### 2.KONTZEPTUA

Gaitza: Jurisprudentziaren ustetan, gaitzak ondorengo ezaugarriak bildu behar ditu.

- Etorkizunekoa: Hau da etorkizunean sufri dezakegun kalte bat izan behar du
- Zehatza: Betetzeko posiblea izan behar du, ezin zerbait abstraktua izan.
- Posiblea: Zehaztasunarekin lotu genezakeen hau da gertatzeko aukerak egon behar dute.
- Beldurtzeko egokia: Intimidazioa modu objektibo batean eman behar da, hau da "Ex ante" begirale objektiboaren ikuspegi batetik edonor intimidatuko balitz medio horrekin egokitzen kontsideratuko dugu (Muñoz Conde)
- Serioa: Hau da ezin du txantxetan egoteko zantzurik izan
- Iraunkorra: Hau da

Era berean nori egon beharko du zuzenduta gaitz hau? Mehatxatua dagoen pertsonari zuzenean edo berarekin harreman estu bat izango duen edonori, multzo honetan ahaidetasun edo edozein lotura barneratu genezakeen inolako zehaztasunik gabe.

### 3.ELEMENTUAK

- Subjektu pasiboak ezagutu behar du mehatxuaren existentzia, beraz tipo penal hau beti doluzkoa izango da beti derrigorrez.
- Lehen esan bezala bereizten den elementu bakarra baldintza betetzea edo ez betetzea da, hobe esanda (Ekintza gaitzespen).

### 4.MOTAK

- Mehatxu baldintzapekoa (169.1 artikulua):

*1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.*

Honek hiru osagai barneratzen ditu:

- Mehatxatuak delitua osatzea suposatu behar du hau da mehatxua aurrera eraman izana suposatu duen objektua lortu izana "Hilko zaitut zorra ez badidazu ordaintzen" Hiltzea etorkizuneko gaitza izango da eta Subjektu pasiboari heldu behar zaio, hau gertatzean, Subjektu pasiboak zorra ordainduko balio tipo penal honen aurrean egongo ginatekeen.
- Baldintza zilegia edo zilegia ez izatea: Hemen kasuistika batekin topa gintezke
  - Hilko zaitut zure zorra ordaintzen ez baduzu: Hemen helburua zilegia da baino medioa ez
  - Hilko zaitut bortxatzen ez bazaitut: Hau bai medioa eta bai helburua ez dira zilegiak ondorio moduan zigor berdina eroriz
  - Doktrinaren ustetan eraso desberdina denean zigorrak ere desberdina beharko lukeen izan. Praktikan mehatxuak burutzearen edo ez burutzearen ondorioa, astungarritzat hartuko da burutzea eta aringarritzat ez burutzea

\*Falta denean gaitza mehatxua falta tipoaren barnean egongo da.

- Tipo kualifikatua: 169.1.2.parrafoa:

*Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.*

Parrafo honetan deskribatzen dena kontutan izanik, mehatxuak idatziz, telefonoz edo beselako komunikazio medioen bidez egingo balira lehengo zigorrak bere goiko erdian ezarriko dira. Hemen medioaren ustetan egite badira astunagoa kontsideratu izan da idatzi egitea izan ere mezuak intimidazioa handiago dakarrela usten da. Hala ere ikuspuntu juridiko formal batetik ez

du zentzurik arriskua ez delako areagotzen (Ekintza gaitzespena). Hau da egile batzuen ustetan oinarri juridikoa intimidazioan datza, hau da idatziz zein beste medio batez egiteak subjektu pasiboa intimidatzen du. Ordea beste batzuen ustetan mehatxu anonimoak izateak eragiten du intimidazioa. Hala ere lehen esan bezala doktrina gehienak kualifikazioaren zentzua ez du ulertzen.

- Mehatxu soila 169.2.artikulua.

**2.º** *Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.*

Hemen topatzen dugun kasua zera da: Subjektu pasiboak egin behar duena esaten zaio inolako baldintza (Hil egingo zaitut) ezarri gabe. Ikus dezakegunez zigorra arinagoa da hala ere batzuen ustetan gehiago zigortu beharko litzatekeen biktimaren lasaitasunaren uraketa bat egiten delako. Gehienek ustetan askatasunaren mugaketa bat suposatzen du nahiz eta ekintza gaitzespena arinagoa izan. Honela ere hainbat zehaztapen egin behar ditugu, Lehena tipo hau arrisku delitua izateak saiakerarik egote eza suposatzen du helburua lortu edo ez lortzeak eta ekintza gaitzepenak delitua suposatzen baitu eta. Eraitza lortzeak pilaketa erreala suposatuko du.

- Delitua ez den gaitzarekin mehatxatzea (ZK.ko 171.1 .4 eta .5 artikulua)

#### *Artículo 171*

1. **1.** *Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.*

Honi erreparatuz gero, prometituriko gaitzak ez du delitua izan beahr, Delitua burutu duen pertsona bati, esatea salatuko dugula dirua jasotzen ez badugu, Delituak salatzea ez da delitua den kalte bat, Hau baldintzapeko mehatxu bat da, Zigorra zehzterako unean jurisprudentziak kasuan kasuko inguruabarrak aztertzea galdatzen du. Gaizkiak egitate ez zilegi bat suposatu dezake edota legezkoa den bat. Hemen hala ere subjektu pasiboaren egoeraz baliatuko bagina delitua betetzeko nahikoa da. Hemen lortu nahi den uzia eta baldintzarekin harremanetan jarri behar gara.

**4.** *El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

**5.** *El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

Hauetan, Genero indarkeriari buruzko lege organikoak barneraturiko portaerak zigortzen dira. (1/2004 Lege Organikoa hurrenez hurren) Beste ikasgai batean aipatu dugunaz gero, lege organiko honek proportzionaltasuna urratu eta egiteagatiko zuzenbide penal batetik egileagatiko Zuzenbide Penalera eramango liguke. Postura hau lausotzeko Auzitegi

Konstituzionalak bere doktrinan portaeraren larritasuna ez da aztertu behar, baizik eta subjektu aktiboak bere portaera hori autoritate nagusitasun edo biktimaren ahuleziaz aprobetxatuz burutu duenean aplikatuko da, honen bidez sistematikoki aplikatzea nahi da ekidin.

- Xantaia (171.2 eta .3 artikulua)

*2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.*

Hau 1995. urteko Zigor Kodeak indarrean sartu zuen, hemen auzipean dugun portaera hauxe da, diru kopuru edo sari bat eskatzea zenbait datu pribatu edo intimo ez argitaratzeko subjektu aktiboaren eskutik. Hau horrenbestez baldintzapeko mehatxu bat izango da. Helburua ohorearen, ospearen edota intimitatearen delitu bat ez betetzea da. Hau tipo penal ezberdin batean sartzen da izan ere delitua ezberdina delako 169. artikuluan aurreikusten direnetatik. Era berean bilatzen duena oinarritzko tipoa baino zigor handiagoa ezartzea da Doktrinaren ustetan askatasuna eta intimidazioa urraturik ikusten direlako eta ez erabakiak hartzeko askatasuna.

*3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.*

Hemen, bi supostu ezberdinekin topatzen gara

- Argitaratu nahi den delituaren zigorra bi urte baino gutxiagokoa denean: Hemen zigorra salbuetsita geratuko da Adib: Nik dirua eskatzea tratu apalessagarria ez salatzeke. Doktrinak Zigortua izatea proposatzen du ez duelako zentzurik.
- Argitaratu nahi den delituaren zigorra bi urte baino gehiagokoa denean: Hemen zigorra gradu bat edo bitan jeits liteke. Adib: Nik dirua eskatzea hilketa bat ez salatzeke.
- Ordea zer gertatzen da espetxealdiko zigorra ez badago ezarrita argitaratu nahi dugun delituarentzat? Ministeritza fiskalak errazago zigortzeko mehatxua delituaz akusatzea abstenitu liteke (errebelatu den delituaz). Beraz potestatiboa da.

- Tipo Astundua (170.1 eta .2 artikulua)

#### *Artículo 170*

*1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.*

Hemen agerikoa denez gero subjektu pasiboen aniztasuna dela eta nahi da zigortu astunago portaera jakin hauek. 1998ko kodeak barneratu zuen aldaketak segurtasun juridikoa kolokan uzten du "edo beste edozein pertsona talde"ri erreferentzia egitean. Honela lehen esan bezala biztanle zein kolektibo batera bideraturik dauden mehatxuak nahi dira zigortu subjektu pasibo beraren aniztasuna bilakatuz arrazoia hau larriago zigortzeko. Biktima taldeen artean Talde etnikoak (Arraza, Kultura edo hizkuntzarekin lotutakoak ditugu) edota pertsona taldeak izan litezke (Politikoak, Erlijiosoak, sexualak etab). Ondorioz ekintza gaitzespena handiagoa da izan ere biktimak potentzialagoak dira nagusitasun abusu batera sometituak izateko edota hauen ahuleziaz baliaturik delitua burutzeko.

*2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas.*

Hemen mehatxuak publikoki akzio biolentoak egitea erreklamatzeko dituzten subjektuak zigortzen dira talde edo organizazio terroristengatik hau da arrazoi politiko kriminalengatik.

#### IV.DERRIGORTZEAK/HERTSAPENAK

Delitu mota hauek Zigor Kodeko VI. Tituluko II Kapituluan arautzen dira. 172. artikuluan hurrenez hurren.

##### Artículo 172

1. *El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

Hemen kalteturiko ondasun juridikoa erabakiak askatasunez hartzeko eskubidea izango da izan ere norbaitek bidezko baimenik gabe legeak behartzen ez dionea biolentziaz nahi ez duena egitera behartzen dio. Hau praktikan Cajon de sastre baten antzerako zerbait bilakatzen da, gainontzeko tipoetan tipifikatu ezin ditugun portaerak zigortzea bilatzen du impunitatea ez lortzeko. Askatasun hau Diez Ripolles-en ustetan bi zentzutan uletu behar da

- Zerbait egitea edo ez egitean gauzatuko den prozesu erabakitzailea martxan jartzearen erabakia egikaritzea eragotziz.
- Hartuta dagoen erabaki horren egikaritzea eragozte

\*Bi hauetan indarkeria erabili beharko da emaitza hauek lortzeko. Indarrari buruz ari garenean indar positiboa zein larderiaz ari gara hitz egiten.

Subjektu pasiboa tipo honetan erabakiak modu askean hartzeko gaitasuna urritzen zaion subjektua izango da. Hemen edozein pertsona barneratu liteke bai adingabeak baita ez gaiak ere. Hala ere bi talde hauengain zailtasunak topa genitzaizkeen izan ere subjektu hauek ez dute inolako kontzientziarik egiten dutenaren inguruan, beraz nola da posible zerbait erabakiak modu askean hartzeko gaitasuna izatea? Doktrinaren aldetik tipo hau aplikatu ordez Lesio psikologikoen tipoa aplikatzea proposatzen dute (Zkko 147.artikula). Beraz jarduteko gaitasun bolitiboa kaltetu behar da.

Subjektu aktiboari dagokionez, Edozein pertsona izan liteke baita funtzionarioak ere, baino hauei ez baitzaie inolako tipo berezirik aplikatzen.

Tipo objektiboari erreparatuaz gero, Emaizta gaitzespena galdatzen da beraz emaitza tipo baten aurrean gaude. Portaerari dagokionez, Legeak debekatzen ez duen zerbait egitea eragozte edota egin nahi ez duena egitera behartzean datza, hau naiz eta zuzena izan ala ez ondorioz esan bezala erabakiak modu askean hartzeko askatasuna murriztuz.

Tipo subjektiboan murgilduaz gero, Jurisprudentziak dolaarekin batera beste elementu baten existentzia galdatzen du, Jarduteko askatasunaren kontra atentatzeko helburua. Hala ere Doktrina gehiengoaren ustetan ez da beharrezkoa. Baieztape hau, arrazoi juridiko formaletan oinarritzen da hain zuzen ere 172.artikuluak galdatzen ez duelako. Azkenik zuzenbidearen portaera ez da aurreikusten, beraz zigorgabea izango litzatekeen.

Beste alde batetik, gatazkatsuak izan litezkeen kasu batzuekin topa gintezke, hauek bidezko baimenik gabe egitearen eskakizunak dira. Honela Zigor Kodeko 172.artikuluari jarraiki, koakzioak oinarritzeko eskubide baten egikaritzea galarazten badu, zigorra goiko erdian astunduko da. Honela bi kasuekin topatzen gara non interesen arteko gatazka bat ematen den. Hain zuzen ere Askatasuna vs Bizitza binomioaren ponderaketa bat ekarriko dute kasu hauek. Diez Ripollés-ek dioenez, askatasuna gailentzen da, baino Doktrina gehiengoak, eta Jurisprudentziak era berean zerbait egiteko betebeharra galdatzen du. Hona hemen bi kasuak

- Gose greban aurkitzea espetxean: Honek bere justifikazio kausa ZK.ko 20.7.artikuluan aurkitzen du hau da funtzio edo eskubide baten egikaritzea jardutean portaera zuzenbidekontrakoa ez da izango. Beste alde batetik ere ZK.ko 20.5.artikuluan oinarritu gintezke beharizan egoera dela eta, praktikan salbuesle osoa edo ez-osoak aplikatu baita. Azkenik, Espetxetarako Lege Organiko Orokorren



eraentzari erreparatu behar diogu hain zuzen ere bere 210.artikuluak, non preso batek bere bizia arriskuan duenean espetxe administrazioak eskuhartu behar duen.

- Jehova lekuko bati odol trasfusio bat egitea: Kasu honi dagokionez, bere justifikazio kausa ere 20.5 eta 20.7 artikuluetan topa dezake ere bai salbuesle oso edo salbuesle ez-oso bezala. Honek era berean beste lege batean topatzen du medikuei eskuhartzeko betebeharra. Hain zuzen ere Osasunerako Lege Orokorrek bere 10.artikuluaren arrisku kasuan aurkituaz gero medikuak pazientearen bizitza bermatzeko eskuhartu behar du.

2010eko erreformari erreparatzen badiogu, honek 172.1 artikuluan azkeneko parrafoan tipo berri bat aurreikusten du gaztelaniaz "Acoso Inmobiliario" bezala ezagutua. Honelaxen dio Tipoak;

*"Tambien se impondran la penas en su mitad superior cuando la coaccion ejercida tuviera como objeto impedir el legitimo disfrute de la vivienda"*

Hemen, zer nolako jarduerak sartu genitzazkeen? Ba gehienbat eraikuntza sektorean egiten diren hainbat jarduera ez zilegi enpresariaren partetik, (Familia jakin bat sartu alokairu sinboliko batengatik eta hauek bizilagunei kanporatu araztea etxearekin espekulatzeko).

Bestetik ere 172.artikuluak bere bigarren paragrafoan aldaketa bat jasan zuen non lehen esan bezala oinarritzko eskubideen egikaritzea galaraztean zigorra goiko erdian igoko da izan ere ekintza gaitzespen handiagoa galdatzen du honek hain zuzen ere ordenamendu juridikoak gehien baloratzen dituen eskubideen egikaritzaren aurkako portaera bat suposatzen du eta.

Azkenik Alderdi popularrak aurkeztu duen proiektuaren edukari erreparatuaz gero, Hemen bi supostu nahi dira zigortu;

- Behartutako Ezkontzak (172.2 bis artikulua); Hemen globalizazioa dela medio, kultura batzuetan ematen den portaera onartezin bat da, pertsona bat beste batekin ezkontzera behartzea hain zuzen ere, Kultura batzuetan ematen da baino inolaz ere Europan. Honela legegileak beharrezkotzat ikusi du jarduera mota hauek zigortzea kontestu kulturalarekin bat ez datozelako eta askatasunaren urrapen larri bat suposatzen duelako.
- Jazarpena/Akosoa: Hemen zigortu nahi den jarduera espioitza eta pertsona jakin baten jarraipen konstatzea egitea da, Hemen hala ere zaila duguna jarduera honek akosoa noiz suposatzen duen jakitea da. Honela delitu pribatutzat kontsideratu da non prozedura subjektu pasiboak bere ordezkari legalaren medioz jardutean ematen denean.

## **6.IKASGAIA: OSOTASUN MORALAREN AURKAKO DELITUAK**

### **I.SARRERA**

Osotasun moralaren rubrikari erreparatzen badiogu gaur egungo ZK.ari, Tortura eta Osotasun moralaren aurkako beste delitu batzuk bezala arautzen dira. Honela Tortura aurrerakin moduan, esan genezakeen funtzionari batek bete behar duen delitu bat dela. Honela izanik, subjektuan gain ematen den berezitasun honek edonolako partikularrengain kanpo uzten du tipo penal honen aplikazioa. Torturaren jarduera, funtzionari batek subjektu bati bai helburuarekin edo gabe (Tortura gratuita) beharrezkoak ez diren kalteak eragitea suposatzen du. Hala ere partikularrei posible zaie hau aplikatzea baino hainbat berezitasunekin.

Osotasun moralaren existentzia ezezaguna zen 1995. urteko kodeak barneratu zuen arte. Honela garaiko legegileak beharrezkotzat ikusi zuen beherapena, humilazioa eragiten zuten portaerak zigortzea izan ere portaera mota hauek ez baitziren eta kodean aurreikusten.

Baino osotasun moralataz hitz egiten ari garenean, zehazki zerri buruz ari gara hitz egiten? Osotasun psikikoa, Duintasuna, osotasun fisikoa? Azter ditzagun ondasun juridiko bakoitza zehazki;

- Osotasun fisikoa: Hau aztertzen genuenean, esaten genuen osotasun fisikoaz gain osotasun psikikoa ere barnebiltzen zuela ondasun juridiko hau babestera bideraturik zeuden tipo penalak. Horrenbestez esatea daukagu osotasun psikologikoak bere estalki juridikoa ZK.ko II Liburuko I-V tituluetan topatzen duela, lesio eta hilketa delituetan hain zuzen ere.
- Duintasuna: Honi erreparatzen badiogu, EK.ko 10.artikuluaren aurreikusten da, horrenbestez ez da

Oinarrizko eskubide bat bezala kontsideratzen.

## II.ONDASUN JURIDIKOA

Horrenbestez, arlo berezi bat topatu behar diogu osotasun moralari, Doktrinaren ustetan haxe da osotasun moralak duen definizioa:

*"O. Morala: tratu txarrak eta beherapenak ez jasotzearen eskubidea: "Derecho fundamental constitucionalmente consagrado comprendido en la inviolabilidad del espíritu, relacionada directamente con la causación de comportamientos tendentes humillar y a envilecer, su sustrato material, que ajeno a los derechos a la libertad y a la integridad física lo consagra como derecho autónomo e independiente en el que se manifiesta uno de los aspectos esenciales de la dignidad humana"*

- Consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española: Horrenbestez Osotasun moralak Oinarrizko eskubide izaera eskuratzen du gure ordenamendu juridikoan, hau da babes osoa

*"Artículo 15*

*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra."*

- Ajeno a la libertad y la integridad física: Osotasun moralak ondasun juridiko autonomo bat bezala eratu da gure ordenamendu juridikoan horrenbestez osotasun morala urratzeak ez du zertan zuzenean beste ondasun juridiko baten urraketa ekarri behar, nahiz eta posible izan hau ere gertatzea. Adibide moduan Bullying-a dugu non humilazio bat dakarren jarduera bat da honek zuzenean ez du kalte psikologikorik eraten baino pertsonaren osotasun morala urratzen du honek humilazio bat jasan duelako, eta horrenbestez giza duintasuna ere.
- Sustrato material del espíritu: Osotasun moralak objektu moduan pertsonaren izpirituen euskarri materiala du
- Manifestación de la dignidad: Osotasun morala duintasuna adierazteko bide bat bilakatzen da. Honela esan beharra daukagu Duintasuna nahiz eta Eskubide bezala ez aurreikusi, Ondasun juridiko pertsonalen bidez babesturiko ondasuna dela esan genezakeen, hau da Osotasun fisikoak osotasun psikologikoak askatasunak eta Osotasun Morala urratzean aldiberean duintasuna urratzen ari gara.

## III.OSOTASUN MORALAREN AURKAKO ERASOAK

Hala eta guztiz ere, non du Osotasun moralak bere jatorria? Honek tresna ezberdinetan izan du bere jatorria, baino lekuri azpimarragarrienak, Giza Eskubideen Europar Auzitegian, Europar Komisioan eta Europar Giza Eskubideen Hitzarmeneko 3.artikuluari kontsagratzen da eta;

*"Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas ni tratos inhumanos o degradantes."*

Espanian Tortura beti aurreikusi da, baino arazoak tipo penal honen aplikazioak izan baititu. Era berean, tratu gizagabeak eta apalesgarriak ez dira aurreikusi. Ordea Espainiak itun hau sinatzean, aurreikusi behar izan zituen. Historikoki Tortura beti osotasun fisikoarekin uztartu den tipo penala izan da osotasun morala alde batera utziz. Honela 1950. urtetik aurrera aurreikusi zen. Arazoa gehienbat terminologikoa da eta nahiz eta Hitzarmenak hiru tipo hauek aurreikusi hiruren arteko ezberdintasunak zehaztea guztiz lan zaila bilakatu da juristentzako. Estrasburgoko auzitegiaren garrantziari erreparatzen badiogu, honek Estatuz gaindikot organo jurisdikzional gisa funtzionatzen du, guztiz beharrezkoa bilakatu Estatu barne "Iter Judiziala" igarotzea hona helegitea tarteratzeko. Era berean Komisia gaur egun desagerturik dago.

Osotasun moralak gatazka benetan 1972.urtean suposatu zuen, hain zuzen ere Erresuma Batua eta Irlandaren arteko gatazka batean. Garai honetarako Irlandaren inguruko liskarra gori gorien zegoen eta Erresuma Batuko poliziek hainbat Irlandarrei gehiegikeriaz tratatu zituen. Honela beharrezkotzat kontsideratzen da Torturak, tratu apalesgarriak edota ez gizatiarren arteko desberdinketa bat egitea. Honela bai komisioak eta bai Auzitegiak bide ezberdinak hartu zituzten;

-Auzitegiak, portaera, Tratu ez gizatiar bezala hartu zuen izan ere aurrera eramanez portaerak humillazio moduan hartu zituen, hauek suposatu zezaketen larritasun eta inguruabar ezberdinei jaramonik egin gabe,

nahiz eta honek onartu portaerek helburu bezala torturaren lortzea izatea.

-Komisioak orde, portaera torturatzat hartzea erabaki zuen, izan ere komisioak, portaeren larritasuna teknikak, subjektu pasiboen ezaugarriak, larritasuna eta egitateen kanpo (Nagusitasun abusua) eta barne inguruabarrak (Subjektuen ahulezia) izan baitzituen kontuan.

Honela portaeren arteko aldagai bezala portaeraren larritasun bera hartuz objektiboki oso zaila egiten da hiru delituen arteko ezbedinketa bat egitea. Horrenbestez, Torturaren aurkako hitzarmenari erreparatzen badiogu, bere 1. artikuluan honela definitzen du.

*"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."*

Barne ordenamenduaren perspektibatik, hiru kasu hauek zigortzen saiatu dira. Tratu apalesgarriei erreparatzen badiogu, oinarritzko tipoa ZK.ko 173.1 artikuluan topatzen da .

#### Artículo 173

*1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Ikus dezakegunez, osotasun morala espresioa barneratzen da eta honek galdagarri bezala, Auzitegiaren antzera larritasuna barneratzen du aldagai bezala, honelaxen esan genezakeen oso portaera zabala dela, izan ere ez du definitzen partikularren artean eman litezkeenak gizagabeak izan litezkeenik. Era berean galdagarri moduan eskatzen da Humilazio sentimendu bat sortzea subjektu pasiboarekiko. Eta Azkenik borondatearen menperatze bat suposatu behar du. Honela ere gutxieneko larritasun bat suposatu behar du, bestela Falta bezala zigortu beharko litzatekeen. Bestalde doktrinak emaniko definizio juridiko penalarri erraparatzen badiogu, hauxe izan da definitzeko bilatu den modua;

*"Definizio juridiko-penala: Trato degradante se comete cuando el autor, a través de la inferencia de sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza, abusando de la superioridad que ostenta –fáctica, circunstancial, temporal o motivada por el estado de intimidación en el que se encuentra el sujeto pasivo- provoca sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento de especial intensidad que cosifican e instrumentalizan al sujeto pasivo. Dicho comportamiento alcanzará la condición de trato degradante, trato inhumano o tortura, a medida que vayan superándose los niveles más intensos de gravedad exigidos"*

Kasuistikari erreparatzen badiogu, 1995. urtetik aurrera bi kasu eman baitziren. Lehena Bartzelonan 1998. urtean non gizonetako batek bere emaztea komunean sartu eta bonbari eman zion. Bestea Valladoliden dugu 2002. urtean hain zuzen ere, Emakumezkoak gizonari bere semearen pardela pasa zion aurpegitik. Honela kasuistika hain bariatua izanik guztiz zaila izan liteke tratu apalesgarri moduan definizio unifikatu bat eratzea, izan ere bi kasuak Osotasun moralaren aurkako delitu moduan hartu ziren.

Beste alde batetik ZK.ko 173.1. artikuluko 2. parrafoari dagokionez, Mobbing delituak aurreikusten dira, non hain zuzen ere 2010ean izan baitzen barneratua.

*"Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima."*

Tipo honek bere kritika jaso baitzuen doktrinaren aldetik, hain zuzen ere posible baitzelako 173. artikulua bidez zigortzea inolako espezifikaziorik egin gabe. Hala ere elgegileak erreformaren zio adierazpenean guztiz aurkakoa baieztatzen zuen bere erreforma arrazoitzerako orduan, hau da portaera zigorgabea izan zitekeela ez balitz inolako neurririk hartzen. Honela mobbing delituak badiu hainbat

betekizun.

- Nagusitaunaz baliatuz: Honek Muñoz conderen ustetan jazarpen horizontala baztertzen du. Irakasleak ordea kontrakoa defendatzen du, hau da nagusitasunak faktikoa behar du izan ez du zertan harreman organiko batean oinarritu.
- Behin eta berriz egita: Ohikotasuna
- Jazarpen larria suposatzea: Honetarako tipoak egintza hostilein zein humilanteak egitea galdatzen du, hau muñoz conderen ustetan oso portaera zabala barnebiltzen du. Non hauetako bakoitzak delitu ezberdinak suposatu dezakete edota ezta hori ere. Honela ere suposatu dezakeen kalteak fisiko zein psikikoa izan liteke Humilazio envilecimiento edo gauza gisa tratatzea. Non azken finean graduala izatera iritsiko den Trato degradante, ez gizatiarra edota tortura azken forma gisa.
- Ez da beharrezkoak tratu apalesgarriak izatea: Honela nola da posible tratu apalesgarritzat hartu ezin litezkeen portaerak tratu apalesgarriak diren portaera bezala zigortzea? Hauxe izan da Doktrinak tipo penal honi egin dion kritikarik handiena. Honela ere Muñoz Conderen ustetan, portaera hauek ahal dira Injuria eta Kalumnia zein koakzio tipoetan barneratu ez badira tratu apalesgarriak izatera iristen. Honela ere Zuzenbideak baditu bere eskuetan beste adar batzuk (Lan zuzenbidea zein zuzenbide administratiboa) portaera hauek zigortzeko. Honela ere autoreak dioenez, tipo honek defendatzen duen ondasun juridikoa ere guztiz difuminaturik ikusten baita zeren ez baitu ez ohorearen ezta askatasunaren eraso bat suposatzen.
- Harreman juridiko publiko zein pribatuetan eman liteke.

\*Kritikei erreparatuz gero, ondorio batera hel gintezke, lan jazarpena azken finean tratu apalesgarrien modalitate bat besterik ez dira eremu ezberdinean ematen direnak baizik, hain zuzen ere ondasun juridiko berbera kaltetzea dute helburu, osotasun morala, Praktikan hala ere beti ematen dira kalte psikologikoak baita era berean ere osotasun fisikoa ere kaltetuta ikus zitezkeen. Azkenik, Legegileak osotasun moralaren babeserako aurrera eramanez duen terminologia anitza ia kalte antzerakoak zigortzeko ez dauka zentzurik. Izan ere onezkero baditugu arazoak tortura tratu apalesgarri eta tratu ez gizatiarren arteko ezberdintasunak zehazteko, tratu apalesgarrien barnean lan jazarpena eta tratu ez apalesgarri moduan har genitzaizkeen portaeren arteko ezberdinketari ekiteak arazoa zaildu besterik ez du egiten.

Zertan datza orduan Lan jazarpenaren funts materiala? Ba gertaturiko humilagarriak diren jazarpenak behin eta berriro egitean datza: Honela Tratu hitzari buruz ari garenean hitz egiten prozedura bati buruz ari gara hitz egiten, baino zergatik galdatzen da iraunkortasuna? Izan ere portaera bakoitza indibidualki aztertuko bagenu nekez ahalko genuke larritzat hartu, honela tratu apalesgarri bat dagoen ala ez kontsideratzeko, guztiz beharrezkoa izango da prozesu guztia kontuan izatea. Hala ere indibidualki egiteak ez du zigorgabetasuna ekarriko, hauek 620.2. artikuluko falta aplikatuko zaie.

**2.º** *Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

Botere judizialaren kontseilu nagusiak zehaztu duenez gero, 173.1 artikuluko eta 620. artikuluko tipo penalak ezberdinak direla dio. Hain zuzen ere delituak, ohikotasunez eta larria izatea galdatzen du, ordea faltak mehatxuarekin lotuago dago zuzena ez den iseka bat egitea hain zuzen ere, honela indibidualki hartu beharko da hauxe aplikatu ahal izateko. Horrenbestez, portaerak berak gutxieneko larritasuna ez badu zuzena ez den iseka gisa bezala hartuko da.

Hala ere posible da osotasun moralaren aurkako eraso bat portaera batekin lortzea. Honela doktrinaren zati batek iraunkortasuna ez du galdakizun gisa hartzen izan ere portaera batekin ere posible baita tratu apalesgarria eragitea edota era berean osotasun morala urratzea. Honela izanik, badugu kasu bat non emakumezko langile batek, baztertua izan zen konstanteki bere lanpostua kentzeko helburuarekin. Honek jasandako portaera egitean ez zuen kalte psikologikorik izan baino portaera horren biktima izan baitzen, orduan tipoa aplikagarria izango al zen?

Honela horrenbeste kritika egin ondoren nola justifikatu du legegileak hau? Hona hemen 2010eko

erreformako zio adierazpenaren zati bat;

*"2010ko Lor-ren Zio Ebazpenak: "Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas"*

Bestetik ere 2010eko erreformak, bizilekuaren inguruko jazaprena barneratzen du. Erreformaren zio adierazpenari erreparatzen badiogu portaera mota hauek helburu moduan, bizileku zehatz batetik botatzea, egitate honen ondorioz etxearekin irabaziak lortzea izango da.

### **Tratu apalesgarriak familia eremuan**

*2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.*

Tipo hau, ZK.ko 173.2.artikuluaren arautzen da. Honek hainbat ezaugarri ditu aldez aurretik

- Delituzkoak diren portaerak zigortuko dira: Hau da, 153. artikulua ez bezala delitutzat kontsideratzen diren portaerak bakarrik zigortuko dira.
- Ohikotasuna: Hau oso kontzeptu zehatzgabea da "habitualmente" hain zuzen ere, honela izanik, lehenik eta behin artikulua beraren 3 prezeptuari erreparatu behar diogu, honelaxen dio arauak.

*3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Hala eta guztiz ere artikulua ez du inolako zenbaki zehatzik adierazten baizik eta guztiz modu potestatiboan epaileari uzten dio hau behatzea bai zenbat aldiz egin den, baita gertutasuna eta aurretiazko prozeduretan epaituak izan diren edo ez jaramonik egin gabe non Muñoz conderen ustetan *Non bis in idem* hastapenaren urraketa bat suposatuz deza. Honela ere frogatzerako unean "acreditados" kontzeptuak zailtasunak plazaratu ditzazke arazo psikologikoetan batez ere non akusatuaren hitzak biktimarekin talka egingo balu zeinen alde egingo zen? Praktikan arazo hauek lehentasunezkoa egin dezakete 153. artikulua aplikazioa. Ohikotasuna eta kalte psikologikoaren beharrezkotasunari uko eginez.

Honela arazo handiak dakartza interpretazio aldetik tipo penal honek. Honi ere gehitu beharra daukagu tipo hauek izan dezaketen konstituzio aurkakotasun zantzua, emakumea emakumea izateagatik sistematikoki defendatuz eta egileagatiko zuzenbide penalera hurbilduz, epaileek tipo hau sistematikoki aplikatzea sexu arrazoiengatik indarkeriagatik izan ez diren kasuetan aplikatzea

ekar dezake eta. Praktikan hau honelaxen izan da, izan ere epaileek hobeto babesten dela uste dute biktima.

Honela izanik Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak 3 aldiz egin izatea galdatzen du ohikotzat hartzeko portaera. Beraz 2 aldiz egiteak ez ohikotasuna suposatzen du, horrenbestez ze trataera juridiko merezi dute bi portaera hauek? Ba genero indarkeria baldin bada lehen aipaturiko 153. artikulua edota 617. artikuluko falta edo 147 lesio oinarritzko tipoa genero indarkeria arrazoiengatik ez bada eman.

## **TORTURA(174.1 artikulua)**

### *Artículo 174*

*1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.*

Torturari erreparatzen badiogu, honek dakarren berezitasunetako bat Subjektu aktiboarekiko du, honek beharrezkoa behar du izan agintari edo funtzionari batek egin izatea. Nazioarteko Itunari erreparatzen badiogu ordea indutitu batek ere egin dezake. Honela Torturaren aurkako nazioarteko ituna dugu iturririk garrantzitsuena tipo penal honekiko non bere esanahia lehen zehaztu dugun bezala bere 1. artikuluan topatzen dugu. Definizio honen aburuz ahal ditugu hainbat elementu plazaratu

- Helburua(Elementu Teleologikoa): Edozein pertsonaren konfesio, informazioa lortzea edota egin duen edo egiteaz susmatzen den egitate bat egiteagatik zigortzea, edo edonolako diskriminazioan oinarrituriko arrazoi batengatik egitea.
- Espetxealdia ez da tortura
- Beste edozein pertsonak egiteko aukera dago beti ere indutitua den heinean Hala ere elementu subjektiboak dakarren berezitasuna funtzionari batek egin izana da
- Elementu materiala: Honek eragindako kalteak pairamen fisiko zein mentalak izatean datza non bere ezagutza fakultateak urritu ditzazken.

Espainiako eraentzari erreparatzen badiogu, delitua aurreikusten da betekizun guzti hauek sortuz eta baita ere formalki tipifikatua izanik. Hala ere praktikan gertatzen dena da frogatzea oso zaila dela batez ere kalteak psikologikoak direnean. Bestetik ere badago instituzio prozesal bat non tortura gisa kontsideratu genezakeen atxiloteta inkomunikatua hain zuzen ere. Non terroristei zaien aplikagarri hainbat neurri ekartzen dituen: Tortura al da?

- Abokatua estatuak izendatzea
- Familiarrekin hitz egiteko aukera eza
- 5 eguneko espetxealdia 3ko izan ordez
- Audientzia nazionalak epaitzea zuzenean
- Testigantza abokatu gabe egitea

## **7.IKASGAIA: SEXU ASKATASUNAREN AURKAKO DELITUAK**

### **I.BABESTUTAKO ONDASUN JURIDIKOA**

Lehenik eta behin titulu honetan babesten diren ondasun juridikoei erreparatzen badiogu, askatasun sexualaren ondasun juridikoa, 1999ko erreforman barneratu zen. Lehen "Honestidad" delako ondasun

juridikoa babesten zen hau da sexu askatasunaz gain beste hainbat ondasun juridiko barneratzen zituen ondasun juridikoa, hala ere ondasun hauetatik eratorritako delituak orain ez dira existitzen adibidez prostitutek sexu askatasuna ez zuten babesturik, zeren ordenamendu juridikoak ez zien onestasun hau onartzen, honen atzean noski ideologia erlijioso bat dago. Honela 1999.urteko erreformak barneraturko ondasun juridikoari buruz hitz egiten ari gara. Hain zuzen ere legegileak tipo penal hauetan materialki babesten den ondasun juridikoa dela baieztatzen du sexu askatasuna eta ukiezintasun sexuala tituluaren azpian jartzeko delitu hauek. Honelaxen Sexu askatasuna Subjektu pasiboak bere sexualitatearen inguruan erabakiak modu aske batean hartzea ahalbidetzen dion ondasun juridikoa da. Honen ondorioz ordenamendu juridikoak esleitzen dion gaitasunaz jardutea ahalbidetzen dio. Era berean, Sexu askatasunarekin batera titulu honek babesten duen beste interes bat azpimarratu behar dugu, ukiezintasun sexuala, hau da subjektu pasiboaren organu sexuak inolako kalterik edo jazarpenik ez jasotzeko eskubidea, argi eta garbi ikus genezakeen erreformak barneratzen duen Rubrika nola geratzen den antolatuturik '*Delitos contra la libertad e indenidad sexuales*'. Hala ere baditugu nahiko gatazkatsuek diren bi kolektibo aipaturiko bi interes hauekiko;

- Adingabeak: Hauei ordenamendu juridikoak ez die jarduteko gaitasuna bere osotasunean esleitzen 18 urteak bete arte. Horrenbestez nola justifikatu hauen sexu askatasuna dutela? Arrazoietakoa bat subjektu hauek hauetako delitu baten biktima izango balira, beraien pertsonalitatearen garapena kalteturik ikustea da. Hain zuzen ere subjektu pasiboak bere harreman interpersonalak etorkizunean modu egoki batean ezin garatu izana ulertzen da, eta horrenbestez adina eskuratzean beraien jarduteko gaitasuna bere osotasunean erabiltzea arriskuan ikusiko litzatekeen. Horrenbestez etorkizunari begira askatasuna babestea saiatzen da ordenamendu juridikoak
- Ezgaiak: Hauek modu iraunkor batean beraien jarduteko gaitasuna urrituta dute bai bere osotasunean edo partzialki. Horrenbestez ezin gara beraien pertsonalitatearen garapenean oinarritu beraien askatasun sexualaren edukitza defendatzerako orduan. Honela legegileak sexu askatasunaren esleipenarekin, gizabanako hauek subjektu aktiboen objektu sexual gisa jokatzeko nahi da ekidin, subjektu aktiboen beharizan sexualak asetzeko orduan. Honela Morales Prat eta Garcia albero egileek pertsonalitatearen eragitera prozesuan interferentziak ez jasotzearen eskubidea aldarrikatu dute subjektu hauengan sexu ukiezintasunaren funts bezala.

Honela askatasunaren esanahiari erreparatzen badiogu, danok dakigu askatasuna bizitza eta osotasun fisikoaren ondoren ondasun juridikorik garrantzitsuenak dela, eta egunerokotasunean gehien kaltetzen dena. Honela izanik Konstituzioaren 17. artikuluan aintzatesten da segurtasunarekin batera. Hala ere honek ez du esan nahi autonomia ez denik. Eta honen ondorioz Zigor Kodeko VI Tituluan arautzen da. Honela askatasunak jaso ditzazkeen erasoak askotan beste ondasun juridiko batzuekin batera ematen da, adibidez intimidazio bidezko lapurretan, extorsioa etab. Orokorrean askatasunaz gain beste ondasun juridiko batzuk kaltetzen dira baino askatasunak jasandako erasoak bitartekari gisa jokatzeko du delitu beraren baitan bere autonomia tipikoa galduz. Honela izanik sexu askatasunaren aurkako delituak ez balira tipikoak izango askatasunaren aurkako delituetara jo beharko genuke. Horrenbestez ondorio gisa askatasunaren barnean; sexu askatasuna, sexualitatearen egikaritzaren aurkako erasoak eta gainontzean aipaturiko delitu autonomoak ditugu non bakoitzak bere ezaugarri propioa izango du.

## II.SEXU ERASOAK

Hauek beraien eraientza VIII.Tituluko I.Kapituluan topatzen dute. Honela topa genitzazkeen delituen artean, oinarritzko tipoa 178. artikuluan, eta kualifikatuen artean 179.art (bortxaketa) eta 180. urteko tipo kualifikatua dugu:

- Oinarritzko tipoari erreparatzen badiogu, hau esan bezala 178.artikuluan arautzen da. Eta honelaxen dio;

*"El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidacion, sera castigado como responsable de agresion sexual con la pena de prision de uno a cinco años"*

Honela tipo objektiboan finkatuaz gero, sexu askatasunaren aurkako *atentatua* barneraturik dago, honek ordea zer esan nahi du? Muñoz conderen ustetan, sexu askatasunaren atentatua egoteko harreman korporal bat egon beharra subjektu aktibo eta pasiboaren artean (askatasunaren aurkako delituak

kanporatuz) Honela ere askatasun sexualaren aurkako portaerak (exhibizio lizuna) kanporatzen dira.

Honela *sexual* hitzak planteatzen ditu zailtasunak interpretatzerako orduan, hain zuzen ere, orokorrean instintu sexualaren adierazpenarekin erlazionaturiko arazoak dira. Honelaxen ezin dugu sexualaren kontzeptu objektibo bat eraiki. Horrenbestez legegileak egin duen bezala haragitze bat suposatzen duen portaera barneratu genezakeen 179. artikuluan egin den bezala. Honela zailtasuna hain izaera sexual argia ez dutenean beraien kalifikazioa plano guztiz objektibo batean arazotsuagoa da. Adibidez muxuak ematean edo ta 179. artikulua aipatzen ez dituen gorputz zatiak ikutzea (Bagina uzkia eta ahoa). Honela logikoa izan litekeenez gero doktrinak helburu lizun bat galdatzen dio portaerari hau sexualtzat hartzeko, hala ere hau praktikan oso zaila bilakatzen da frogatzea. Honelaxen Muñoz Conderen ustetan portaerari larritasun edo potentzialitate inplizitu bat galdatu behar zaio, hau da jende asko dagoen lekuetan hauek ematea ikusiko dugunez gero beste delitu mota batean barneratzen dira. Honela sexu-organuek parte hartu beharra ere galdatzen da.

Bestetik portaera honetan parte hartzen duten subjektuei erreparatzen badiogu, subjektu aktiboak edonor izan litezke bai gizonezko eta bai emakumezkoak honela ere prostituzioan aritzen direnak ere barneratu beharra ditugu 1999. aurretik barneratzen ez dena.

Honela tipo berari erreparatzen badiogu, indarkeriaz zein beldurrazpenaz jarduera aurrera eramatea galdatzen du. Hala ere bi ezaugarri hauek ere galdatzen dira subjektu aktiboari hertsapen delituetan honela hauen ezberdintasuna portaera aurrera eramatean dagoen inguruabar sexuala edo konnotazio sexuala da. Honela Indarkeria *Vis absoluta* bat dagoenean emango da edota *Vis Fisica* bat dagoenean emango da, non biktimak eragindako erresistentzia handiagoa den heinean hau handiagoa izango den. Honela beharrezkoa da kausalitate harreman bat eta proportzionaltasun bat egotea vis hau eta emaitzaren artean.

Intimidazioak edo beldurrazpenak mehatxatzea suposatzen du edota presio psikologiko bat. Auzitegi Gorenaren ustetan, honetaz gain inguruabarrei erreparatzea galdatzen du; Bakarrik egotea taldeka egitea delitua etab.

Tipo subjektiboari dagokionez, Dolua akzio biolento zein beldurtarazle bat egitea borondatez bezala ulertua bere esanahi sexuala ulertuz ez du beste nolako elementu subjektibo espezifikorik galdatzen. Honela subjektu aktiboak eraso sexual bat burutu nahi du. Honela prektikan zaila da bortxaketaren saiakuntza eta sexu-eraso burutuaren arteko ezberdintasuna lerrotatzea. Adibidez pertsona bat biluzten badugu eta ez badugu haragitze hori aurrera eramaten, biluztea bortxaketa saiakera edo eraso sexual burutu bezala hartu behar ahal dugu? Tarte oso handia da bi delituen artean, saiakeran 3-6 urte bitartekoa eta burutuan 1-5 urte bitartekoa. Garapen gradua dela eta burutzea doktrinaren ustetan ukitza lortzen ez bada saiakuntza bezala hartuko da nahiz eta indarkeria zein larderia egon. Honela ere beharrezkoa da baginatik, uzkitik zein ahotik ematea sarketa bestela oinarritzko tipoaren aplikapena bertan behera geratuko da.

- Tipo Kualifikatua; Honek bere eraentza, esan bezala 179. artikuluan topatzen du;

*"Cuando la agresion sexual consista en acceso carnal por via vaginal, anal o bucal, o introduccion de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vias, el responsable sera castigado como reo de violacion con la pena de prision de seis a doce años.*

1999. urteko erreformak barneratu zuen bortxaketa terminoa, adarrak edo objektuak uzkitik baginatik zein ahotik sartuaz gero ematen dena, haxe da ezaugarri nagusia.

Honela argi dugu subjektuen artean gizonezkoak gizonezkoei eta gizonezkoek emakumezkoei egin diezaizkiekela, eta emakumeak? Hauek ahalko dute bete tipo penal hau, hala ere objektuak edo sexualak ez diren adarrak barneratzean.

Burutzeari dagokionez, Bi portaera zigortzen dira, beraz bi momentu aztertu behar dira;

- Gauzak sartzea: Objektuak uzkiko edo maginako barrunbe batean sartuta egoterakoan emango da sartutzat,
- Haragi sarketa: Zakila sartzea galdatzen da "inmissio penis".
- Ahoko sarketa: Frogatzeko arazoak aurkeztu izan ere eyakulazioa galdatzen du



jurisprudentziak froga gisa.

Egiletza eta partaidetza dela eta, kasuistika ezberdinarekin topa gintezke, Norberaren eskuko delitua izan liteke, hau da egilea zentzu hertsian hartzea eta egile bat bakarrik egotea. Hala ere honek ez du galarazten partaidetzaren arau orokorrak aplikatzea honela ezinbesteko laguntzailea zein sopikuntza onartzen dira. Honela batek bortxatzen badu eta gainontzekoek heltzen badiote, nahiz eta besteek ez bortxatu Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak egileztat hartzen ditu. Honela ere oinarritzko elementu gisa larderia eta indarkeria ditugu, horrenbestez hirugarren batek egingo balu egilekidetza moduan hartuko da auzitegi gorenaren ildoari jarraiki.

Pilaketei erreparatuz, Bortxaketa ematean posible da lesioak zein hilketa bat eragitea, hemen delitu pilaketa ideal zin erreala eman liteke bakoitzari bere ondorioak gehituz.

- 180. Artikuluko tipo kualifikatua; Honek 178 zein 179. artikuluko supostuen gainean aplikagarriak diren inguruabar batzuk ematen ditu non hauetakoak emanaz gero ondorio juridiko ezberdinak eman litezke;
  - 180.1 artikuluari erreparatzen badiogu, inguruabarrek subjektu pasiboaren ahulezia dute funtsa bezala 2. batez ere pertsona bat baino gehiagoren artean ematean. Honela lehenengo inguruabarrean isekagarriak izatea galdatzen da, hau kasuan kasu frogatuko da. Adibidez eyakulazioa titietan ematea. Jurisprudentziak osotasun moralaren kaltea 173.1 artikuluan jasotakoa 180.1 artikuluan bertan jasotzen dela ulertu du beraz ez litzatekeen pilaketarik emango. Honela ere tratu apalesgarriak ere barneraturik ulertzen dira 180. artikuluan. Hirugarrenengo inguruabarrean egileak biktimaren ahuleziaz jardutean emango da. 180.4.artikuluak senidetasun harremanak aurreikusten ditu. Eta .5ak erabilitako bideak bereziki arriskutsuak izatean heriotza sortzeko edo 149 zein 150. artikuluek aurreikusitako lesioak sortzeko.
  - 180.2 artikulua, bi inguruabar edo gehiago emango balira zigorrak bere goiko erdian ezarriko dira. Orain eraentza honi erreparatuz, delitua honelaxen konfiguratzen da
- Bortxaketan
  - 180.1 artikuluari jarraiki bi aukera daude
    - 178. artikulua 5-10 urte inguruko zigorrera igo
    - 179.artikulua 12-15 urte bitarteko zigorrera igo
  - 180.2 artikulua jarraiki bi edo astungarri gehiago emango balira
    - 178.artikulua 7 urte eta 6 hilabete eta 10 urte bitarteko zigorra
    - 179.artikulua 13 urte eta 6 hilabete eta 15 urte bitarteko zigorra
  - Hilketa hauetako inguruabar bat emanaz gero 22.artikulua aplikatuko litzatekeen.
    - 12 urte eta 6 hilabete15 urte bitartekoa
- Ondorioz bortxatzea inguruabar jakin batzuetan larriago zigortzen da norbait hiltzea baino inguruabar berdin horietan.

- Abusu sexualak: Hauek eraentza 181. artikuluan topatzen dute;

"El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sera castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses"

Tipo honetan ikus dezakegunez indarkeria zein larderiaren faltan gaude. Oinarritzko tipoarekin jarraituz, galdatzen den portaera atentatua da honela adibide moduan taberna batean jendez beterik norbaiti ipurdia ikutzea da. Honela zehazteko zer den atentatua eta zer ez unean uneko inguruabar pertsonal zein kulturaleri erreparatu behar diegu, zeren muxu batek unearen arabera konnotazio ezberdinak izan ditzazke. Honela subjektuei erreparatuz bai subjektu aktiboak zein

subjektu pasiboak edozein pertsona izan litezke.

- Beste alde batetik abusu sexualen eraentzak barneratzen duen modalitate berezia ere azpimarratu beharra daukagu, 181.2 artikulua hurrenez hurren. Hauxe dio artikulua

*"A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto."*

Bi kasu hauetan, subjektu pasiboak harreman sexual bat onartzeko zein ezeztatzeko gaitasuna ez duela presumitzen da. Hala ere frogatzen bada gaitasun autonomoa zuela ez da tipikoa izango. Era berean esan beharra daukagu subjektu pasiboak 12 urte baino gutxiago baldin bazituen, gaitasun eza hartuko da sistematikoki.

- Honela izanik konorterik gabe edo buru nahastea dutenen aurka eginiko delituaren aurrean gaude. Efektu hauetara gaitasun gabezia harreman sexual hauek jasaterako orduan onartzeko zein ados egoteko gaitasun eza izatea. Honela delitu honetan kontsentimendu eza ezinbesteko betekizuna da, subjektu aktiboak pasiboaren arretra falta aprobetxatuz. Adostasun tazitua egitatea destipifikatzen du.

Jurisprudentziaren eskutik, zenbait egoera bereizi behar dira; Inkonszientzia egoerak, lokartiak eta narkotizatuak. Honela ere buru nahastearen kontzeptua ZK.ko 20.1 artikuluan topatzen dugu, non buruhauste honetaz baliatuz burutu beharko du egileak bere delitua. Honela burunahasteak izaera sexuarekiko portaerak burutzeko gaitasunari eragin behar dio, honek praktikan frogatzeko unean arazoak plazaratzen ditu.

*"Cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender y actuar conforme a es comprensión."*

- Beste aukera bat delitu hau burutzeko biktimaren borondatea bertan behera utziz da; Drogak, farmakoak edo antzerakoak izango diren beste gai natural edo kimiko batzuek baliatuz izango da. Honela izanik Drogen trafikoko kasu baten aurrean ere topa gitezke (ZK.ko 368.art) Honela bi kasuen aurrean egon gitezke:
  - Droga ematea eta abusu sexuala: Hemen pilaketa erreala zein medikala eman zitekeen hau da ZK.ko 368 eta 181.2 artikuluen zigorrik larriena goiko erdian.
  - Zilegia den farmako bat ematea ondoren abusatzeak: Hemen maltzurkeria, konfidantza abusuaren astungarriak gehitu behar dizkiogu 181.2 artikuluko supostuari.

- Era berean 181.3 artikuluko supostuari erreparatu behar diogu, hauxe dio artikulua

*"Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima"*

Hemen adostasuna egongo da, baina akastuna izango da zeren subjektu aktiboaren nagusitasunaren eraginez izan baita lortua. Honela ere egilea edozein pertsona izan liteke beti ere honek nagusitasun-egoera faktiko batetik baliatzen denean. Nagusitasun hau 13 urtetik gorako edonoren gain ere eragin liteke. Ez da nahikoa bien artean harreman bat egotea, baizik eta hau klase honetakoa izatea, non nagusitasun bat eragitea.

- Beste alde batetik, 181.4 artikuluko Tipo kualifikatuarekin topatzen gara, hemen arautzen dena aurretiazko kasu guztiei apikagarria izanik, abusuak haragitze baginal uzkiak zein ahozkoa denean. Hemen ere posible da haragitze hau mentalki gaizki dagoen subjektuak aurrera eramatea, beraz Auzitegi Gorenaren jurisprudentziari erreparatuz inguruabar sozio kulturalari adi egon beharko dugu eta ez prezeptuaren literalitasunari.
- Azkenik, 181.5 artikulua dugu non honen arabera zigorrak goiko erdian astunduko dira biktimaren ahuleziaz baliatzen badira, hemen aurretiazko gaitetan esan duguna ere aplikagarria da, hau da prezeptu hau aplikatzeko ahulezia egoera hau frogatu behar da eta ez da.

Oraingoak Engainuaren bidezko abusua aztertuko dugu, hau ZK.ko 182.artikuluaren arabera da

*"1.El que inteviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciseis, sera castigado con la pena de prision de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses."*

Honela lehen galdakizun modura 13-16 urte bitarteko pertsona bati sexu-abusua egitea dugu hala ere ezaugarri berezia engainuaren erabilera dugu, non jurisprudentziaren ustetan

- Egileak erabiltzen duen maulazko edozein bide izan liteke harreman sexualak izateko objektuarekin. Hala ere gehiegizko hedapen batek xantai sexualara ere eraman genezakeen.
- Subjektu aktiboak: gizonak zein emakumeak
- Doluzkoa
- Egileak ezagutu behar egindako promesa gezurra dela eta biktimaren adina ez dela nahikoa promesa hori gezurra dela ohartzeko.

Bestetik 13 urte bainoa gazteagoak direnen aurkako abusu eta eraso sexualen delitua aztertuko dugu Hau ZK.ko 183. artikuluan arautzen da, segurtasunaren izenean: irizpide zehaza adina izango da ez subjektu pasiboaren heldutasuna. Honela kasu honetan luris et de lure presuntzio bati ekiten zaio, hau da inoiz baimenik ez dela egon suposatuko da eta sistematikoki ulertuko da subjektu pasiboak ez duela gaitasunik bere heldutasunari erreparatu gabe. Oinarrizko tipoak honelaxen dio

*"El que realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años sera castigado como reesponsale de abuso sexual a un menor con la pena de prision de dos a seis años"*

Zigor kodearen rubrika honi erreparatzen badiogu, hau 5/2010 Lege Organikoarengatik barneratua izan baitzen, honek ulertzen du 13 urte baino gazteagoa denaren ukiezintasun sexuala indartu beharreko ondasun juridiko bat dela eta horrenbestez Kapitulu honetako gainotzeko zigorrak baino astunagoa da. Hau honela izanik subjektu pasiboarengan berezitasun bat topatzen dugu izan ere zigor zuzenbideak guztiz ahulak direlako defendatzea bilatzen du, ahulak esaten dugunean, esan beharra daukagu ez dutela inolako gaitasunik defendatzeko. Honek hiru tipo ezberdin barneratzen ditu abusu sexuala (183.1art) eraso sexuala (183.4.eta .5) eta denadelako prestamen ekintza bat (183 bis artikulua). Inolako zalantzarik gabe erreforma honen jatorria pederastia kasuen igoeran dugu. Hemen modu inkongruente batean ezgaiak baztertzen dira non beraien adin intelektualak adin honen azpitik egon litekeen.

Kapitulu honekin jarraituz, tipo bakoitza aztertuko dugu

- Abusuak: Hauek lehen esan bezala 183.1 eko oinarrizko tipoan jasotzen dira, zigor bezala 2-6 urte bitarteko espetxe zigorra ezarritik. Hemen jarduera indarkeriarik gabekoa behar du izan adingabearen askatasun eta ukiezintasun sexualen aurka. 183.3 artikuluari erreparatzen badiogu, eraso mota hauetan haragitzea egon bada indarkeriarik gabe, 8-12 urte bitarteko espetxe zigorra eroriko zaio delitugileari arrazoi gisa ekintza gaitzespenaren astuntze bat dugulako.
- Erasoak: Hauek 183.2 artikuluan jasotzen dira, hauek oinarrizko tipoarekiko jasaten duten berezitasuna zera da, eraso indarkeriaz egin dela (Intimidazioaz edo larderiez), horrenbestez guztiz logikoa izan liteke zigorra astuntzea, hau honela izanik 5-10 urte bitarteko espetxe zigorra ezartzen zaio delitugileari. Era berean 183.3 artikuluari erreparatu behar diogu, hemen haragitzeak indarkeriarekin ematen diren kasuak zigortzera dator, hauei 12-15 urte bitarteko espetxe zigorra ezarritik.
- Tipo subjektiboari erreparatzen badiogu, hauek aplikagarriak izateko guztiz beharrezkoa da doluzko portaera bat egotea. Subjektu aktiboak bere jarduera engainagarria dela ezagutu beharko du eta subjektu pasiboak 13 urte baino gutxiago dituen subjektu bat dela.
- Tipo Kualifikatuei erreparatzen badiogu, hauek 183.4 eta 185. artikuluetan topatzen ditugu hauen barne supostu hauek aurkituz
  - Garapen intelektual urriko umeak non egoera hauengatik babesik gabeko egoera bat emango litzatekeen, eta hau sistematikoki aplikatuko da 4 urte baino gutxiago dituen pertsona bat

denean.

- Egitateak bi pertsona edo gehiagotatik egitean multzoan.
- Indarkeria edo larderia bereziki isekagarriak edo apalesgarriak diren jardueretan, hau logikoki eraso sexualetan bakarrik izango da aplikagarri.

Astungarri hauetako bat baino gehiago ematean, ez da emango 180.2 artikulua duen eraentza bezala, horrenbestez 183.4 artikulua aurreikusten duen marko penal finkoan mugitu beharko gara.

- Azkenik 183.5 artikuluko supostu astungarria dugu, hau delitua funtzionari batek egitean datza, hala ere prezeptuak ez du funtzionariei bakarrik egozten baizik eta bere nagusitasun egoeraz baliaturikoak ere zigortzen ditu.

*"En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se aplicara, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años"*

- Bestetik, 183.bis artikuluko Child Grooming bezala ezagutzen den delitua dugu, hau ere 5/2010 Lege Organikoak barneraturiko araua da;

*El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de 12 a 24 meses sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

Ikusten dugunez hau artikulua luzea da eta horrenbestez eduki handikoa, beraz artikulua esapide ezberdinei erreferentzia egingo diegu;

- *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*: Hemen kontaktua internet, telefono zein edonolako informazio edo komunikazio teknologiaz izatea zigortzen da beraz legegileak edonolako medioak erabiltzea zigortu nahi du zigorgabetasuna ekiditeko.
- *contacte con un menor de trece años* : Era berean 13 urte baino gazteagokoekin harremanak izatea galdatzen da, honek arazo bat ekar dezake, hau da 13 urtetik gorakoak diren pertsonekin hau gertatuko balitz ekintza atipikoa izango litzatekeen. Honela pentsa dezagun artikulua hau ez dagoela, Prestamen ekintza honen bidez ez zaio delituari hasiera ematen, beraz emaitzarik ez duen portaera bat zigortzen da Zigor Zuzenbidearen mugak aurreratuz eta proportzionaltasuna kalteturik suertatuz.
- *proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189.*: Hemen portaerak helburu moduan aipaturiko artikuluetako delituak betetzera bideratu behar da hau da, ekintza gisa. honekin aurretik azalduko delituen bat betetzeko helburua duen bilera bat hitzartzen den edo ikuskizun exhibizionistetan edo pornografikoetan (189.art). Hala ere mota guztietako jarduerak zigortzen al dira? Ez hemen *siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*, esapideak esaten duen bezala kontaktu hau zigorgarria izango da ekintza material hauek ondorengo gerturatze batera bideraturik daudenean.

Zigorrari erreparatzen badiogu, hau 1-3 urte bitartekoa izango da edo bestela 12-24 hilabeteko isun zigorra. Aldi berean, zigor honek kualifikatua izan liteke, zigorra goiko erdian astunduz hurbilketa hau hertsapenen edo larderiaren edo engainuaren bidez egin badira.

Oraingoan Sexu Jazarpena aztertuko dugu hau ZK.ko 184.artikuluari jasotzen da Delitu hau lehen aldiz 1995. urteko Zigor Kodean barneratu zen, ondoren 1999an erreformatu zen, eduki handiago bat emanik eta II

kapitulua sortuz eta oinarrizko tipo bat eratuz, eta bi kualifikazio eratuz, ondoren 2003ko erreformak asteburuko espetxe zigorra isunagatik aldatu ditu. Honelaxen dio oinarrizko tipoak.

*"1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses."*

- *El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero:* Oinarrizko tipo honen jarduera izaera sexualeko mesedeak eskatzean datza eskatzen duenarentzat edo hirugarrenentzat. Hala ere eskatzea nahikoa da ez da beharrezkoa inolako kontaktu sexualik izatea. Hau honela izanik Madrilgo Auzitegi Probintzialak haxe zehaztu du.
- *en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual,* Eskakizuna egintza asilatu bat izan liteke, baino -sexu-jazarpen- terminoak Kapitulua honi hasiera ematen diona, hainbat molestia edo jardura errepikatuen emaitza izango da *"esta solicitud no necesariamente debe verbalizarse, sino que puede concretarse en la realización de actos concluyentes, como determinados tocamientos o insinuaciones"*
- *con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante,* Baino eskakizun bera bakarrik delituzkoa izango da lan irakaskuntza edo zerbitzu eskaintza harremanetan mesede sexualak eskatzean datzanean.
- Honela ere legeak ez du mugatzen erabili behar diren bideak, idatzi ahoz zein keinuz edo denadelako medioen bidez egin liteke eskakizuna.

Tipo Kualifikatuari erreparatzen badiogu, hau 184.2 artikuluan topatzen dugu

*"2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses"*

Tipo Kualifikatu honek baditu hainbat ezaugarri:

- Nagusitasun egoera baten baliatzea behar du egon;
- Biktimari, harreman horien inguruan izan ditzakeen bidezko itxaropenei kalte egite egingo dielako mehatxu egite bat egon behar du.
- Boterezko harremanaren barne gertatu egiten da
- Nagusitasun egoeraz baliatzeran frogatzen da frogatzen diren mehatxu bat egon dela frogatzeko hauek grabatu egin beharko liratekeen Intimitatearen aurkako delitu (ZK.ko 197. art) baten aurrean aurkituz.

Bestetik 184.3 artikuluko supostua dugu, Hemen biktimaren arabera kualifikazio baten aurrean gaude, bere adina gaixotasuna edo egoera dela eta berziki pertsona ahula denean zigorra astunduko da.